

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLIII * Enero-Febrero 1967 * Núm. 458

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo; y

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Francisco Sánchez de Frutos.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

Depósito legal: M. 968.—1958

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
«Los Derechos Reales», de MICHELI GIORGIANNI, traducción de LUIS DíEZ PíCAZO	9
«Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	29
LEGISLACION:	
Crónica legislativa, por FRANCISCO DE COSSÍO	53
DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:	
Dictamen sobre derecho de alimentos, por D. P.	67
VIDA JURIDICA:	
Curso de Conferencias en la Academia Matritense del Nota- riado. «El negocio fiduciario», de FEDERICO DE CASTRO, por D. P.	83
JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Rêgistros y del Notariado, por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO	89
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y JUAN VALLET DE GOYTISOLO	105
2. Jurisprudencia mercantil por RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS	201
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	204

	Págs.
LIBROS :	
«Derecho administrativo especial», de AURELIO GUAITA, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	239
«La segunda hipoteca en el Derecho español», de VICENTE GUILARTE ZAPATERO, por TERESA PUENTE MUÑOZ	242
«Curso de Sociología del Derecho», de ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, por M. A.	260
«La contratación privada. Sus problemas en el tráfico mo- derno», de JAIME SANTOS BRIZ, por ELÍAS IZQUIERDO	261
«La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales», de GUILLERMO SENÉN DE LA FUENTE, por LUIS DíEZ PICAZO	295
«Venditio hereditatis» («La venta de herencia en el Derecho romano»), de ARMANDO TORRENT, por JESÚS DELGADO ECHE- VARRÍA	298
REVISTAS :	
Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	305

ESTUDIOS

Los derechos reales^(*)

SUMARIO: 1. La tradicional partición de los derechos patrimoniales en derechos reales y derechos de crédito.—2. Los derechos de garantía y las características del derecho real.—3. Las servidumbres negativas.—4. Los derechos de disfrute.—5. Los derechos reales y la absolutividad.—6. Los derechos patrimoniales desde el punto de vista del poder concedido al titular.—7. Los derechos reales y la inherencia con la cosa. La publicidad y la posesión.—8. Conclusiones sobre la distinción entre derechos reales y derechos de crédito. Las *obligaciones propter rem* y las cargas reales.—9. Las obligaciones reales y el moderno derecho de la edificación: la inscripción.

1. La categoría de los derechos reales se individualiza usualmente dentro de la más amplia de los derechos patrimoniales a través de la tradicional distinción de estos últimos en dos grandes ramas: de un lado los derechos reales y de otro los derechos de crédito. La doctrina dominante encuentra el fundamento de esta distinción en la presencia en las dos categorías citadas, de unas características diversas y contrapuestas. Mientras que en los derechos de crédito el poder del acreedor es *mediato*, en cuanto que la consecución del bien no es garantizada por el ordenamiento jurídico mediante una potestad sobre el bien mismo, sino únicamente a través del trámite (de la actividad) del deudor, y *relativo*, en cuanto que se ejercita y corresponde sólo frente a una persona determinada, el deudor; en los derechos reales, en cambio, el poder concedido al titular posee las características de *inmediatividad* sobre la cosa objeto del derecho y de *absolutividad*.

(*) El original del trabajo que a continuación publicamos apareció por primera vez en el *Novissimo Digesto Italiano*. Su traducción al castellano ha sido posible merced a la amable autorización de la Unione Tipografico-Editrice Torinese.

El poder atribuido al titular del derecho real es *inmediato*, en cuanto que se concreta en un señorío directo sobre el bien, de tal manera que el ejercicio del derecho y la satisfacción del interés por este tutelado no implican la cooperación de otros sujetos.

La segunda de las características indicadas, es decir, la llamada absolutividad, es entendida en dos sentidos diversos. Con el primero de ellos se intenta usualmente designar el fenómeno consistente en que en el derecho real se verifica la instauración de una relación entre el titular y todos los demás miembros de la comunidad jurídica a los cuales incumbe un deber negativo. Más precisamente: al derecho real corresponde una obligación de no impedir el ejercicio del derecho, que pesa y está a cargo de los demás miembros de la comunidad. Tal deber se concibe como una consecuencia del reconocimiento del señorío de que goza sobre la cosa el titular del derecho real, esto es, como un deber de respetar su poder inmediato sobre el bien.

Por otra parte, al deber negativo de abstención a cargo de los terceros se le atribuye también un significado y un relieve más intenso. Considerándolo como un elemento fundamental y constitutivo del derecho real, que se identifica, por ello, como el resultado de un complejo de deberes negativos impuestos a los demás miembros de la comunidad.

Un significado diverso se atribuye al carácter absoluto del derecho real en contraposición a la relatividad del derecho de crédito, cuando se dice que mientras el primero es ejercitable *erga omnes*, el segundo sólo puede ejercitarse frente a la persona del deudor.

La doctrina dominante, sin embargo, no deja de encontrar dificultades al catalogar, con base en los indicados criterios, en una u otra categoría, determinadas situaciones particulares (las llamadas *obligationes propter rem*, las cargas reales), pues en ellas se encuentran algunas características propias del derecho real junto con otras propias del derecho de crédito. Se afirma así usualmente que existe una zona de frontera entre los derechos reales y los derechos de crédito, con lo cual disminuye claramente la importancia y valor de la distinción.

2. No han faltado tentativas, más o menos ilustres, de revisión de los términos antes referidos de la tradicional partición. Se

ha llegado así hasta a anular a uno u otro de los dos términos, reduciendo todos los derechos patrimoniales, ora a los derechos reales, ora a los derechos de crédito. A veces, incluso las tentativas de revisión han tocado la noción misma de derecho subjetivo.

A nosotros nos parece que—dejando intacta la noción común de derecho subjetivo—es posible individualizar entre los derechos patrimoniales la categoría de los derechos reales, pero que la individualización de esta categoría debe ser realizada usando un método distinto del tradicional.

A nuestro juicio, la distinción de los derechos patrimoniales en derechos reales y de obligación se encuentra ya anticuada en los términos en que comúnmente se la pone. Es conocida la dificultad con que la distinción tropieza para lograr clasificar algunas situaciones surgidas de las exigencias del tráfico moderno, como, por ejemplo, el derecho del socio en una Sociedad de capitales. En realidad, la distinción parte del presupuesto—probablemente cierto en una determinada era económica—de que tanto el derecho real como el derecho de crédito tienen por objeto una *res*, ya que en el primer caso el titular ha obtenido ya, mientras que en el segundo caso espera (*credere*, tener confianza) obtener por medio de la actividad del deudor. En otros términos, la distinción tradicional tiene presente sólo el paradigma de la propiedad de un lado y de otro el del crédito de un bien, frecuentemente de una suma de dinero. Así, los criterios sobre los cuales se apoya, se revelan como inidóneos para clasificar otras situaciones.

Es fácil demostrar que, por una parte, las características que la doctrina dominante considera como fisiónómicas del derecho real no se encuentran en algunas de las situaciones jurídicas que ella misma, tradicionalmente, coloca dentro de la categoría de los derechos reales; y, por otra parte, que aquellas características no son exclusivas de esta categoría, sino que, antes bien, se presentan en situaciones que la doctrina dominante coloca dentro de la categoría de los derechos de crédito. De esta manera, aunque puede considerarse legítimo establecer una distinción de los derechos patrimoniales con arreglo a la diversidad de la estructura del poder puesto a disposición del titular, no parece que sea posible clasificarlos en las dos tradicionales categorías.

Comencemos examinando la característica consistente en la lla-

mada inmediatividad del poder del titular, que constituye, según algunos, la principal de las características diferenciales del derecho real, y según otros, cabalmente la única.

Es posible encontrar situaciones jurídicas en las cuales, no obstante ser colocadas por la doctrina dominante entre los derechos reales, el interés del sujeto no se logra de hecho con un poder inmediato sobre la cosa. A la inversa: es posible encontrar situaciones jurídicas, comprendidas tradicionalmente entre los derechos de crédito, en las cuales, sin embargo, el instrumento que el Ordenamiento jurídico pone a disposición del sujeto para el logro de su interés está constituido justamente por un poder inmediato sobre la cosa.

Analicemos, de un lado, los llamados derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) y las servidumbres negativas; de otro lado, el arrendamiento, el comodato y la anticresis.

Según la doctrina tradicional, en los llamados derechos reales de garantía se encuentra presente también la característica fisio-nímica de los derechos reales en general, consistente en la inmediatividad del poder del titular sobre la cosa. Se dice, de esta manera, que en la hipoteca la inmediatividad del poder del titular consiste en la posibilidad que tiene el acreedor hipotecario de ejercitar un derecho sobre la cosa sin necesidad de la cooperación del deudor. Sin embargo, la moderna doctrina, más sagaz, no ha dejado de poner de relieve que así entendía la inmediatividad del poder del acreedor hipotecario, resulta un concepto evanescente, y por otra parte, que, bien vistas las cosas, no puede considerarse como una característica exclusiva del poder del acreedor hipotecario comparado con el poder de los demás acreedores.

Por lo que se refiere al primer punto, hay que advertir que, si bien es cierto que el acreedor hipotecario puede ejercitar su derecho sobre la cosa sin necesidad de la cooperación del deudor, eso no significa que ejercite su poder inmediato sobre la cosa, dado que es necesaria, sino la cooperación del deudor, por lo menos la cooperación del órgano jurisdiccional. El Ordenamiento jurídico no permite que el acreedor hipotecario satisfaga su interés directamente sobre la cosa, sino que le impone la necesidad de reclamar al Estado la realización de su interés mediante la instauración del correspondiente procedimiento de expropiación (art. 2.808, C. c.). Más aún, la

Ley prohíbe expresamente el pacto en virtud del cual se estipule que, por la falta de pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada (o dada en prenda) pase automáticamente al acreedor (art. 2.744, C. c.).

Por lo que se refiere al segundo de los puntos antes esbozados, se hace preciso observar que si fuese cierto que la hipoteca es un derecho real porque su contenido consiste en el poder de satisfacer directamente sobre el bien el interés del acreedor sin la colaboración del propietario de la cosa hipotecada—poniéndose así en la sombra la intervención del Estado y subrayando, en cambio, la falta de actividad del sujeto pasivo—, debería considerarse también como real el derecho atribuido a cualquier acreedor sobre los bienes presentes y futuros de su deudor (art. 2.740, Código civil), y más todavía el derecho del acreedor protegido por un título ejecutivo que le permite expropiar los bienes del deudor que ha incumplido (arts. 2.210, C. c. y 474, C. Proc. c.).

Las cosas no cambian en nada por lo que se refiere a la prenda.

3. Pasemos ahora a examinar las servidumbres negativas. ¿Puede decirse que en esta situación jurídica el interés del sujeto se satisface mediante la atribución al mismo por el Ordenamiento jurídico de un poder inmediato sobre la cosa? A nosotros nos parece que no.

Cuando se dice, a propósito de una hipótesis típica de servidumbre negativa, como es la servidumbre *altius non tollendi*, que el propietario del fundo dominante tiene un señorío (limitado) sobre el actual estado en que se encuentra el fundo sirviente, se pone de manifiesto abiertamente la dificultad con que se topa la doctrina tradicional. En realidad, en la *servitus non tollendi* el titular no tiene necesidad de ningún poder sobre la cosa para lograr la satisfacción de su interés. Si el interés del titular tiene por objeto la inalterabilidad del actual estado en que se halla el fundo sirviente, semejante interés negativo no puede, en nuestra opinión, ser conseguido mediante un poder que se ejercite sobre la cosa ajena, pues, en verdad, la actividad del titular del derecho no es ni suficiente, ni, por otra parte, necesaria para realizar el interés protegido. En la servidumbre negativa, el interés del

titular del derecho se realiza, en cambio, mediante una limitación de la esfera de libertad del propietario del fundo, es decir, mediante la imposición a este último de una obligación de no desplegar la actividad contraria al interés del propietario del fundo dominante.

Que se trata de una verdadera y propia obligación es algo que resulta del hecho de que la observancia del comportamiento negativo del sujeto pasivo de la relación, es por sí sola suficiente para satisfacer el interés del titular de la servidumbre, lo que constituye la característica peculiar de la relación obligatoria. Al titular de la servidumbre negativa no le corresponde, pues, un poder sobre la cosa ajena; poder que, por lo demás, no sería necesario ni idóneo para la satisfacción de su interés.

En definitiva, la servidumbre negativa se realiza por medio de una relación obligatoria. En seguida veremos en qué casos y por qué causas una relación obligatoria puede asumir también las características de un derecho real.

Hemos descubierto, de esta manera, dos grupos de situaciones jurídicas (derechos de garantía y servidumbres negativas), que la doctrina coloca usualmente entre los derechos reales y en los cuales, sin embargo, el interés del sujeto no se consigue por medio de un poder inmediato sobre la cosa.

4. Es posible de otro lado individualizar algunas situaciones jurídicas que tradicionalmente vienen quedando fuera de la categoría de los derechos reales, y en las cuales, sin embargo, el instrumento a través del cual el titular consigue la satisfacción de su interés está constituido justamente por un poder inmediato sobre la cosa (de otro). Tales situaciones son el arrendamiento, el comodato y la anticresis.

La doctrina tradicional afirma que del contrato de arrendamiento surge una relación obligatoria entre arrendador y arrendatario, en la cual el instrumento a través del que este último realiza su derecho de goce sobre la cosa es un deber que el arrendador está obligado a cumplir *quotidie et singulis momentis*.

Es evidentemente artificiosa esta idea de la existencia de un deber positivo a cargo del arrendador de hacer gozar al arrendatario momento a momento. Sobre todo por esta razón, la doc-

trina más moderna ha venido poco a poco asignando a dicho deber un contenido negativo y afirmando que el arrendador sólo está obligado a *dejar gozar* al arrendatario. Sin embargo, de esta manera se ha hecho pedazos aquella correspondencia entre el derecho del arrendatario y el deber del arrendador que estaba en la base de la doctrina tradicional y justificaba, aunque fuera artificiosamente, la afirmación de que el primero se realiza a través del segundo. Un deber puramente negativo del arrendador no es el cambio suficiente para realizar el interés del arrendatario, que consiste en el goce de la cosa; podría tener, todo lo más, la función auxiliar de no turbar al arrendatario en la satisfacción de su interés.

Hace falta, además, tener en cuenta otra consideración. Si fuese cierto que el arrendatario consigue la satisfacción de su interés a través de un deber (positivo o negativo) del arrendador, siempre que en un momento dado este último dejase de cumplir su deber, debería el arrendatario cesar en el goce: si esto no se verifica es porque en realidad el arrendador no cumple ninguna obligación de tal tipo.

En nuestra opinión, el arrendatario, como las personas investidas de un llamado derecho real de goce (enfiteusis, usufructo, uso, habitación, servidumbre positiva), consigue la satisfacción de su interés por medio de un poder inmediato sobre la cosa, que le es reconocido por el ordenamiento jurídico. Si confrontamos la posición del arrendatario con la del usufructuario, advertiremos en seguida que el interés de uno y otro son idénticos: el goce de la cosa ajena. Tal vez hubiera sido posible en abstracto que la Ley hubiese predispuesto instrumentos diversos entre sí para la obtención del mismo interés, esto es, en un caso una relación obligatoria y en el otro un poder inmediato sobre la cosa. Resulta, en cambio, de la regulación de ambas instituciones, que tanto el usufructuario como el arrendatario disfrutan de la cosa del mismo modo; tanto en un caso como en el otro, sin la cooperación de otra persona. Tal cooperación es necesaria únicamente en la fase inicial de instauración de la relación (entrega de la cosa) y eventualmente durante la vida de la relación con el fin de hacer posible el goce de la cosa, de conformidad con el uso de la misma (por ejemplo, reparaciones de la cosa).

Es superfluo advertir que unas consideraciones idénticas a las desenvueltas respecto del derecho del arrendatario puedan repetirse en lo que se refiere al derecho del comodatario o al del acreedor anticrético.

La investigación en torno a la primera de las características consideradas por la doctrina dominante como fisonómicas del derecho real, es decir, la inmediatividad del poder del titular, nos conduce al siguiente resultado: no se puede decir que el poder inmediato sobre la cosa (propia o ajena) como instrumento de satisfacción del interés del sujeto esté siempre presente en todas las situaciones jurídicas que usualmente se incardinan entre los derechos reales, y, por otra parte, ese poder inmediato se encuentra, en hipótesis, tradicionalmente excluido del territorio de los derechos reales y colocado, en cambio, entre los derechos de crédito.

5. Prosiguiendo el examen crítico de la doctrina dominante, es menester ahora cribar la segunda de las características consideradas como fisionómicas de los derechos reales, es decir, la llamada absolutividad.

Como hemos visto ya, de acuerdo con el primero de los dos significados con que tal característica es entendida, la absolutividad de los derechos reales designará la relación existente entre el titular del derecho y todos los demás miembros de la comunidad vinculados con aquél por un deber negativo de abstención. Según la doctrina dominante, esta característica expresaría la posibilidad de que los derechos reales, a diferencia de los derechos de crédito, sean violados por todos los miembros de la comunidad y no sólo por algunos sujetos determinados. Por esto, si se demostrara que tal posibilidad no existe en alguna de las situaciones que la doctrina dominante coloca entre los derechos reales, la característica indicada no podría considerarse ya como fisionómica de la categoría del derecho real.

La imagen del derecho real como idóneo para hacer surgir una relación que todos los miembros de la comunidad están obligados a respetar—aparte su legitimidad en el plano dogmático—conviene exclusivamente al paradigma de la propiedad. No se ve, cierta-

mente, cómo los terceros pueden violar los llamados derechos reales de garantía.

Bien visto, tampoco parece ser violado el derecho del titular de una servidumbre predial. El tercero extraño, que, por ejemplo, impide al titular el paso a través del fundo sirviente no viola la norma que le impone el deber de no perturbar el ejercicio de la servidumbre, sino más bien la norma que protege la libertad personal. A la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta la consideración de que un tercero extraño puede, de igual modo, violar un derecho de paso que surgiese de una mera relación obligatoria existente entre los propietarios vecinos.

A alguno le ha parecido que la distinción entre derechos reales y derechos de crédito basado sobre la idea de que sólo los primeros pueden ser violados por todos, no tiene valor, porque también en los derechos de crédito existe esta posibilidad. Se implica de tal modo el delicado problema de la violación del derecho de crédito por parte de los terceros, que aquí no puede ser desflorado.

De acuerdo con el segundo de los significados, que, como habíamos indicado, se atribuye a la característica de la absolutividad de los derechos reales, ésta designa la ejercitabilidad *erga omnes* del derecho, en contraposición a la relatividad del derecho de crédito, que únicamente puede ser ejercitado frente a la persona del deudor.

No obstante, se ha observado justamente que existen dos excepciones a tal principio: una, en el sentido de que hay derechos que vienen siendo colocados en la categoría de los derechos reales y que no son ejercitables *erga omnes*; otra, en el sentido de que hay derechos que usualmente vienen siendo colocados entre los derechos de crédito y que son, en cambio, ejercitables *erga omnes*. Por un lado, se ha aducido el ejemplo de la propiedad inmobiliaria no inscrita, que no puede oponerse al sucesivo adquirente que, a su vez, ha inscrito (art. 2.644, C. c.) y el ejemplo de la propiedad mobiliaria, que no puede ser hecha valer frente al poseedor de buena fe (art. 1.153, C. c.); por otro lado, el ejemplo del arrendamiento por más de nueve años, e inscrito, que puede oponerse a cualquier tercero (art. 1.599, 2, C. c.).

6. Nos parece que con todo ello ha quedado suficientemente demostrado que la doctrina dominante que pretende fundar la distinción entre los derechos reales y las obligaciones sobre la base de las características examinadas no puede eludir las críticas. Es tiempo ahora de recoger el fruto de las críticas hechas a la doctrina dominante y de deleñar nuestro pensamiento sobre la ciencia de los derechos reales.

El hecho de que la doctrina dominante quiera realizar la distinción entre los derechos patrimoniales, teniendo presente la diversidad de la estructura del poder que la Ley pone a disposición del sujeto para la satisfacción de su interés, es algo que, como hemos observado más arriba, se encuentra perfectamente justificado. No parecen, en cambio, justificadas, por una parte, la pretensión de reducir la diversidad de la estructura de los varios poderes que la Ley pone a disposición de los sujetos para la satisfacción de sus intereses a dos únicos (derecho real y derecho de crédito), ni, por otra parte, la tentativa de distinguir los poderes mismos según que atribuyan al titular una potestad inmediata sobre una cosa o en cambio una potestad hacia una persona obligada a un determinado comportamiento.

El examen de los derechos patrimoniales, desde el ángulo visual de la diversidad de la estructura del poder puesto a disposición del sujeto para la satisfacción de su interés, debería conducir, en nuestra opinión, a una clasificación diversa.

Ante todo, en la obligación, el instrumento que la Ley predispone está constituido por el deber de observar un determinado comportamiento, puesto a cargo del deudor, al que corresponde un poder de pretender la observancia de dicho comportamiento a favor del acreedor. El deber del deudor es idóneo para realizar perfectamente el interés del acreedor, pues este interés tiene como objeto propio aquel comportamiento (arg. art. 1.174, C. c.); del mismo modo, también el poder del acreedor tiene como objeto el comportamiento del deudor.

Si examinamos, en cambio, la propiedad, resulta evidente que no puede encuadrarse dentro del esquema del derecho de crédito, por cuanto que el interés que con ella la Ley trata de proteger no es tal que pueda ser realizado mediante el comportamiento de otro u otros sujetos. Por ello, aunque se admita que al dere-

cho del propietario corresponde un *deber* de todos los demás sujetos (y no, más bien, como nosotros propendemos a creer, una *sujeción*), falta toda correspondencia entre tal deber y el poder del propietario. La imposición de un deber semejante a todos los miembros de la comunidad es simplemente una expresión del precepto genérico de *neminem laedere*.

El interés del propietario, que consiste en disfrutar de la cosa de un modo pleno y exclusivo, se realiza, en cambio, perfectamente mediante un poder inmediato sobre la cosa, es decir, a través del permiso de satisfacer directamente sobre la cosa el interés (de disfrute) protegido. Es cierto que la propiedad indica principalmente la pertenencia de una cosa material. Noten que este término (pertenencia) no sirve para señalar la *titularidad* del *derecho*. Desde este punto de vista, cualquier derecho pertenece al titular, y así se ha podido hablar de «propiedad literaria» o incluso de «propiedad del crédito»: la expresión de la «titularidad» es la facultad de disposición que constituye el atributo normal de cualquier derecho subjetivo. La idea de «pertenencia» cobra, sin embargo, un significado particular cuando se refiere a una *cosa*; sirve entonces para indicar que el titular realiza su interés, no sólo excluyendo a los demás, sino sobre todo mediante un poder de disfrute inmediato sobre la cosa.

Un fenómeno análogo se verifica en los derechos de disfrute menores: también en ellos el interés del titular se realiza mediante un poder inmediato sobre la cosa. Ello puede encontrarse, no sólo en la enfiteusis, en el usufructo, en el uso, en la habitación y en la servidumbre positivas, sino también, por las razones más arriba expuestas, en el arrendamiento, en el comodato y en la anticresis; mientras que, por el contrario, en la servidumbre negativa, como ya hemos tratado de demostrar, el interés del titular trata de ser realizado mediante una relación obligatoria, es decir, mediante la imposición de un comportamiento a una persona determinada.

Mediante un poder profundamente diverso de los que hasta ahora hemos encontrado se realiza el interés del acreedor hipotecario y el del pignoraticio; tal interés es doble en cuanto que, de un lado, tiende a la satisfacción de la pretensión sobre el bien, cualquiera que sea la persona a quien éste pertenezca, y de otro

lado tiende a la preferencia en relación con los demás acreedores sobre el reparto del precio obtenido con la venta del bien en cuestión.

Los derechos patrimoniales examinados podrían ser clasificados, por tanto, tomando en consideración la estructura del poder concedido al titular, del siguiente modo: obligaciones, derechos de disfrute (donde podría distinguirse entre derechos de disfrute sobre cosa propia y sobre cosa ajena), derechos de garantía (sobre cosa ajena), y, podría añadirse, derechos potestativos.

En esta clasificación no encontramos, sin embargo, los derechos reales, a los cuales pertenecen, como hemos visto más arriba, situaciones jurídicas profundamente heterogéneas desde el punto de vista de la estructura del poder concedido al titular, ya que es posible encontrar alguna de ellas en todas las categorías de la clasificación que acabamos de hacer.

No pretendemos que la clasificación propuesta agote todos los derechos patrimoniales. En particular, los derechos de disfrute tomados en consideración son, por las razones señaladas, exclusivamente aquellos que tienen por objeto una *res*; han quedado por ello excluidos de su número los derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales, cuya clasificación, como es sabido, es muy controvertida, precisamente por la inadecuación de los dos polos (derechos reales y derechos de crédito) entre los cuales se debate la distinción usual de los derechos patrimoniales.

El derecho sobre los bienes inmateriales sólo puede encontrar una idónea cualificación cuando se acepte el principio de que en una clasificación de los derechos patrimoniales hecha sobre la base de la estructura del poder concedido al titular no puede encontrar ningún puerto el «derecho real», el cual indica, como en seguida veremos, una cualificación que prescinde de la estructura del poder del titular.

Se pueden hacer consideraciones análogas respecto de otras situaciones, como, por ejemplo, la del socio: es objeto de vivísima disputa, como es sabido, si el derecho del socio sobre los bienes que constituyen el patrimonio de la Sociedad es un derecho real, un derecho de crédito o un derecho *sui generis*. A nuestro parecer, la disputa podría resolverse teniendo en cuenta los criterios,

más arriba indicados, que deberían presidir la clasificación de los derechos patrimoniales.

7. A nuestro parecer, la calificación de derecho real es el resultado de una clasificación de los derechos patrimoniales completamente distinta de las anteriores. Además de examinar y clasificar los derechos patrimoniales sobre la base de la diversidad de la estructura del poder concedido del titular, es posible hacerlo desde otro punto de vista, que es el de la ligazón e inherencia del poder del titular respecto de una cosa.

Es posible, de esta manera, individualizar entre los derechos patrimoniales aquellos en los cuales el poder está ligado a una cosa determinada. Tal ligazón existe cuando el poder del titular tiene una íntima conexión con la cosa, bien en el sentido de que se ejercite directamente sobre ella (como ocurre en el derecho real por excelencia, la propiedad, y en los derechos de goce), bien en el sentido de que el interés del titular se satisface mediante un determinado destino de la cosa (como ocurre en los llamados derechos reales de garantía), o bien, finalmente, en el sentido de que la prestación, a que el titular tiene derecho, hace referencia a una cosa (lo que no es infrecuente en relaciones obligatorias).

Incidentalmente, conviene señalar que cuando en los derechos de crédito se produce la descrita ligazón con la cosa, la tutela del acreedor puede en determinadas situaciones hacerse más rica, por ejemplo, mediante la adquisición—como ya ha puesto de manifiesto la jurisprudencia—de acciones posesorias, mientras aumenta la posibilidad, usualmente excluida, de que el derecho del acreedor sea violado también por los terceros.

La descrita ligazón con una cosa no es, sin embargo, suficiente por sí sola para que el poder del titular pueda ser calificado como *real* en el sentido que a esta expresión atribuye tradicionalmente el Ordenamiento jurídico. Para ello es necesario que el poder sea inherente a la cosa, lo cual se verifica cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a la descrita ligazón funcional entre el poder y la cosa la virtud de hacer posible la satisfacción de su interés, cualquiera que sea la esencia de las relaciones jurídicas o de hecho que envuelvan la cosa. Tal característica de *inherencia* del poder respecto de la cosa la expresa a veces la Ley casi plásticamente,

sobre todo en materia de derechos reales *in re aliena*, cuando habla de *carga* o *gravamen* (art. 1.027, C. c.) o de bienes vinculados (arts. 2.808-09, C. c.).

Sólo desde un punto de vista meramente descriptivo, la *inherencia* se asemeja a lo que antes hemos llamado *absolutividad* o posibilidad de que el poder sea ejercitado *erga omnes*. Hay que advertir, sin embargo, que la *absolutividad* es una característica común a otros derechos patrimoniales—y entre ellos, a una serie de derechos personales—en los que falta la *inherencia* respecto de la cosa y que no pueden por ello ser calificados como reales, por ejemplo, los derechos sobre bienes inmateriales.

Apenas hace falta añadir que la *inherencia* no puede confundirse con lo que antes se llamó *inmediatividad*. Esta última se refiere a la estructura del poder del titular, esto es, al modo como éste persigue la realización de su interés, mientras que la *inherencia* se refiere al ligamen del poder con la cosa. Así, por ejemplo, la hipoteca no atribuye al titular un poder inmediato sobre la cosa para la satisfacción de su interés y, sin embargo, se da en ella una verdadera inherencia en el sentido de que el derecho sigue a la cosa, cualquiera que sea su propietario (art. 2.808, C. c.). Por el contrario, el arrendamiento de bienes muebles, aun atribuyendo al titular un poder inmediato sobre la cosa para la satisfacción de su interés, no se puede decir que sea inherente a la cosa misma, dado que es imposible al tercer adquirente de buena fe (art. 1.599, párrafo primero).

Hay que añadir que el problema de la noción del derecho real se complica con los principios de la publicidad y de la posesión, así como con los relativos a la eficacia de los contratos.

En cuanto al primer punto, hay que observar que, como quiera que la esencia del derecho real consiste, más que en la ligazón del poder con la cosa, en la inherencia de aquél respecto de la cosa misma, de modo que el titular pueda recibir la satisfacción de su interés prescindiendo de la situación de hecho o de derecho en que la cosa se encuentra, el Ordenamiento asegura tal satisfacción sólo si los terceros han sido puestos en condiciones de conocer la existencia de aquel poder, los medios más idóneos para tal fin son la posesión, por lo que se refiere a las cosas muebles, y la anotación en un registro especial para los inmuebles y para

cierto número de cosas muebles. En cuanto al segundo punto, que tiene numerosas zonas de conexión con el primero, hay que advertir que, aun cuando el contrato sólo produce efectos entre las partes, siempre que la relación surgida entre los contratantes dé lugar a una ligazón con una cosa, el Ordenamiento jurídico suministra los instrumentos necesarios, a fin de que tal ligazón se transmita—en concurso con los otros presupuestos—en verdadera y propia inherencia; es de advertir, sin embargo, que dicho fenómeno coincide sólo parcialmente con la distinción entre efectos obligatorios y efectos reales.

8. En conclusión, pues, la noción de derecho real y la contraposición entre él y el derecho de crédito, aparece fundada sobre unas bases completamente distintas de las comúnmente aceptadas. En realidad, estas bases tenían como presupuesto un determinado estadio de la historia de la economía en que prevalecía la propiedad (especialmente inmobiliaria), que constituía en el pensamiento de filósofos y de juristas el derecho perfecto por excelencia, al cual se contraponía el derecho de crédito, que constituía simplemente un estadio de expectativa respecto de la propiedad.

Una vez que los derechos distintos de la propiedad (especialmente el derecho de crédito) han enriquecido su número y su contenido con la evolución del sistema económico. Se impone una revisión de las bases mismas de la distinción.

De acuerdo con lo que hemos señalado anteriormente, ambas categorías serán fruto de una valoración de los derechos patrimoniales hecha desde dos puntos de vista distintos y absolutamente independientes el uno del otro. Por ello, puede ocurrir que una relación que sobre la base de la primera valoración puede situarse entre los derechos de goce, pertenezca, además con base en la segunda valoración a los derechos reales, y puede ocurrir también que una relación, que con base en la primera valoración se sitúa entre los derechos de crédito, pertenezca también con base en la segunda a los derechos reales. Efectivamente, el usufructo, que es un derecho de goce (primera valoración), es un derecho real (segunda valoración), cuando el título constitutivo ha sido inscrito; por el contrario, la servidumbre negativa, en

la cual, como nos hemos esforzado en demostrar, el interés del titular se logra mediante una relación obligatoria, es una obligación (primera valoración) y es además un derecho real (segunda valoración) cuando el título constitutivo ha sido inscrito: lo que no carece de consecuencias prácticas porque permite aplicar a las servidumbres negativas las normas relativas a las relaciones obligatorias y, concretamente, las relativas a las obligaciones negativas (por ejemplo, el art. 2.933, C. c.), además de las que regulan los derechos reales.

El resultado a que hemos llegado nos permite encuadrar exactamente la figura de la *obligatio propter rem* y la de las cargas reales, y puede tener importancia para solucionar los problemas que plantean la valoración y los límites de eficacia de algunos supuestos de hecho que cada día son más frecuentes. La doctrina ha aislado algunas hipótesis en las cuales la persona del deudor no queda determinada por sus notas físicas, sino con encontrarse en una cierta relación con una cosa y, más concretamente, con un fundo determinado. Hipótesis de este tipo son las previstas, por ejemplo, en los artículos 882, 883, 1.090 y 1.104, Código civil. Según algunos, deberían comprenderse también entre estas hipótesis las llamadas limitaciones legales a que está sometido el propietario en el ejercicio de su derecho, en el caso de que puedan considerarse como verdaderas y propias obligaciones, esto es, cuando al deber del propietario corresponda un derecho de otra persona. Estas hipótesis constituyen la categoría de las obligaciones *propter rem* u obligaciones reales.

Se discute si al lado de esta categoría puede tomar carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento jurídico la figura de la *carga real*, institución esencialmente germánica. En virtud de la carga real (*Reallast*), el poseedor de un fundo está obligado frente a otra persona a cumplir una prestación, ordinariamente periódica (v., por ejemplo, 1.105, B. G. B). Según algunos, un caso de carga real admitido por nuestro Ordenamiento jurídico sería el canon enfiteútico. No es éste, en verdad, el lugar para afrontar la cuestión de la admisibilidad de la carga real y la de su diferenciación respecto de la obligación real.

Aquí nos interesa únicamente resaltar que, si son exactos los resultados que hemos obtenido anteriormente sobre la clasifica-

ción de los derechos patrimoniales, no tienen ninguna razón de ser las incertidumbres de la doctrina en punto a las categorías mencionadas. La doctrina dominante encuentra, efectivamente, una gran dificultad, como hemos recordado, para clasificar las obligaciones reales y las cargas reales, y afirma usualmente que estas dos categorías pertenecen a la zona gris de frontera entre los derechos reales y las obligaciones. Se propende, sin embargo, a considerar a las cargas reales como derechos reales en que la prestación está ligada con la cosa.

En cambio, toda dificultad desaparece si se tiene en cuenta que los conceptos de derecho real y de obligación son el resultado de dos valoraciones distintas de los derechos patrimoniales. Efectivamente, tanto la obligación real como la carga real, pertenecen, sin duda, a la categoría de las obligaciones si la clasificación se hace según el criterio ofrecido por la estructura del poder a través del cual el titular satisface su interés, pues en ellas el instrumento puesto a disposición del titular está constituido por una pretensión frente a otro sujeto obligado a observar un determinado comportamiento. En cambio, si la clasificación se hace según el criterio de la inherencia del poder del titular respecto de una cosa, se puede decir con seguridad que las obligaciones reales y las cargas reales pertenecen a la categoría de los derecho reales.

En la práctica, se han presentado algunas situaciones semejantes a la obligación real, frente a las cuales la doctrina y la jurisprudencia más reciente han propendido a afirmar su admisibilidad, y, por consiguiente, la posibilidad de lograr el intento práctico perseguido por las partes. Así, por ejemplo, al vender un taller, el vendedor pactó con el comprador que no sería nunca dedicado al mismo uso industrial a que antes sirvió, igual al de otro taller vecino del mismo propietario, el Tribunal de Casación de Roma (31 dic. 1917, v. en «Riv. Dir. Común», 1918, II, 486), decidió que, si el contrato había sido inscrito, el tercer adquirente estaba sujeto a la obligación en cuestión. El propietario de un fundo ribereño del Tiber asumió la obligación de mantener, con una serie de obras determinadas y con unas plantaciones de chopos, un dique con el fin de defender de las crecidas un fundo vecino; la casación (6 nov. 1928, v. en «Foro H.», 1929, I, 1) admi-

tió la eficacia de tal relación jurídica respecto de los sucesivos adquirentes de los dos fundos.

9. Hipótesis de obligaciones inherentes a una cosa se presentan cada vez con una frecuencia mayor en el moderno Derecho de la edificación. Las exigencias impuestas por las glomeraciones urbanas han ampliado en una medida creciente, como es sabido, las limitaciones al derecho de la propiedad sobre las áreas urbanas. Además de los deberes impuestos por las disposiciones de la autoridad administrativa (Reglamentos de edificación, planos reguladores, etc.), surgen también deberes en virtud de las llamadas convenciones de edificación estipuladas con los Ayuntamientos, con las llamadas «parcelaciones» o más simplemente mediante acuerdos entre dos o más propietarios vecinos. Materia de obligaciones inherentes a una cosa la ofrecen también los llamados Reglamentos de condominio, en los cuales, al establecer deberes negativos o positivos, a cargo de los condueños de casas por pisos.

Los deberes que surgen en los supuestos de hecho mencionados pueden tener el contenido más vario, como, por ejemplo, no construir más que a una determinada distancia de los linderos, o sólo en una fracción determinada de la parcela, o destinar una parte de la misma a «zona verde», construir y conservar calles y aceras privadas, destinar el edificio o el apartamento exclusivamente a vivienda o no destinarlo a ciertos usos, etc.

La doctrina y la jurisprudencia, seducidas por el viejo criterio de distinción entre derechos reales y derechos de crédito, han entendido que, atribuyendo a las relaciones descritas naturaleza de obligaciones, quedaba excluida la eficacia frente a terceros, es decir, frente a quienes adquiriesen el inmueble de quien había consentido la obligación. Y, por otra parte, resulta evidente que sólo con el traspaso de las limitaciones a favor o a cargo de todos los sucesivos subadquirentes se hace posible el logro de una plena satisfacción de los intereses tenidos en cuenta por las partes.

Hemos asistido, por ello, a una tentativa de colocar estas situaciones en el ámbito de las «servidumbres». Ello ha sido factible únicamente en aquellas hipótesis en las cuales las limitaciones se concretan en una mera inactividad del sujeto (servidumbres negativas). Muy pronto, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia

dencia han advertido que el contenido de las prestaciones derivadas de aquellas relaciones es tal que hace imposible su inserción en el esquema de la servidumbre. Es cierto que alguno discutíó la autenticidad del principio romanista *servitus in faciendo consistere nequit*, pero, en realidad, aquí no se trataba de investigar si aquel principio es o no es auténtico, sino de contrastar si las nuevas situaciones—seguramente desconocidas por el Derecho romano y por el Derecho menos reciente—pueden insertarse en el esquema de una institución como la servidumbre, que excluye en su estructura más íntima el instrumento de la obligación, si no es en la manifestación puramente marginal de la prestación negativa. Todo ello, sin decir que en algunas de tales situaciones faltan incluso los presupuestos más elementales de una servidumbre, como, por ejemplo, el fundo dominante.

Acaso por la consciencia de tales dificultades y acaso también porque esas insistentes críticas dirigidas a las posiciones tradicionales sobre la noción de derecho real han abierto en buena medida alguna brecha, la doctrina, y especialmente la jurisprudencia más recientes, han renunciado a calificar como servidumbres las situaciones antes mencionadas, limitándose a reconocer que en virtud de la inscripción se traspasan a todos los sucesivos adquirentes del fundo.

A nosotros nos parece que la evolución descrita de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el tema de las relaciones jurídicas inherentes a una cosa, debe considerarse como altamente ejemplar. Efectivamente, se ha terminado por reconocer, por un lado, que aquellas relaciones se realizan exclusivamente por medio de una genuina relación obligatoria y, por otro lado, que las finalidades tenidas en cuenta por las partes pueden encontrar satisfacción a través de la inherencia de la obligación, es decir, a través de su automático traspaso a los sucesivos adquirentes de la *res*. En otros términos, se ha terminado por reconocer que se trata de una relación *obligatoria* desde el primer punto de vista y *real* desde el segundo. En el fondo, el paradigma no es nuevo: se encuentra exactamente en un viejísima institución, como es la carga real, cuya sistematización había sido objeto de eternas disputas precisamente por la falta de adecuación del tradicional criterio de distinción entre derechos reales y derechos de crédito.

Desde otro punto de vista, conviene observar todavía la evolución descrita de la doctrina y de la jurisprudencia en el tema que nos estamos ocupando. La obtención de las finalidades tenidas en cuenta por las partes se ha considerado posible, como se ha visto, a través de la *inscripción* del convenio. Este medio de publicidad cumple una finalidad conocida por el Código: la de garantizar la *inherencia* de una *obligación*. Ya con anterioridad había existido alguna manifestación jurisprudencial en tal sentido, en el terreno de las llamadas servidumbres irregulares, por ejemplo, en materia de luces toleradas. Finalmente, hay que señalar también que alguna Ley especial ha recurrido a la inscripción como medio de lograr la efectividad de la imposición al propietario de vínculos y obligaciones de carácter público.

BIBLIOGRAFIA

Ademas de los tratados y manuales, V. FUCHS, *Das Wesen der Dinglichkeit*, Berlin, 1889; VENEZIAN, *Lezioni sui diritti reali*, Bologna, 1903-1904; DEMOGUE, *Les notions fondamentales du Droit Privé*, Paris, 1911; CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni* («Riv. Dir. Com.», 1915, págs. 525 y sgts.); POLACCO, *Le obbligazioni*, 2.^a edic., Roma, 1915; BRUNETTI, *Il diritto del creditore* («Riv. Dir. Com.», 1916, I, págs. 137 y sgts.); ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917; CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteca e del pegno*, 2.^a edic., Torino, 1918; ARANGIO-RUIZ, *Ius in re* («Dir. Prat. del Dir. Priv.», Milano, 1934, volumen III, parte II); MAROI *Obbligazioni* («Dir. Prat. del Dir. Priv.», volumen IV); PACCHIONI, *Delle obbligazioni in generale*, 2.^a edic., Padova, 1935; BASSANELLI, *Note introduttive allo studio della locazione dei fondi rustici* («Scritti in memoria di Arcangeli», Padova, 1939, vol. II, págs. 613 y sgts.); BARBERO, *Il diritto soggettivo* («Foro Ital.», 1939, IV, págs. 1 y sgts.); GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento*, Milano, 1940; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1950; GIORGIANNI, *L'obbligazioni*, reedición, Milano, 1951; BARASI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951; ID, *Diritti reali e possesso*, 4.^a edic., Milano, 1952, vol. I; ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5.^a edic., Torino, 1958.

Prof. MICHELE GIORGIANNI,

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Roma.

Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano

I

ORIENTACIONES GENERALES

Dispone el artículo 796 del Código civil: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por la Ley, por sucesión, *por efecto de los contratos*. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.»

Y acorde con tal normativa, establece el artículo 1.161 del mismo Cuerpo legal: «En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren *por efecto del consentimiento legítimamente manifestado*, y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado.»

Aparece de esta manera adherido nuestro Ordenamiento al régimen franco-italiano de transmisión y adquisición de la propiedad y demás derechos reales por efecto del mero contrato (título, contratos con eficacia real o dispositiva), sin necesidad de aditamento o complementación alguna (modo, inscripción registral, tradición). Es decir, abandonando la tradición romanista, el sistema venezolano de mutaciones o cambios de los derechos reales ha prescindido de la distinción entre *titulus* y *modus adquirendi* para acogerse al principio de *nudus* o *solus consensus* (*vendre c'est aliener*) en las modificaciones de las titularidades reales.

Consecuentemente, si la transmisión o constitución de derechos reales se producen con absoluta prescindencia de cualquier actuación jurídica distinta del contrato enajenatorio, resulta obvio que la transcripción en el Registro de los actos y derechos registrables no podrá tener otro valor que el meramente declarativo, por lo que, y a diferencia de lo que sucede en los sistemas germánicos estrictos, la constatación registral de los derechos reales no es una forma de ser (salvo el caso de la hipoteca), sino una forma de valer (por razón de la eficacia civil especial que la misma les atribuye). El derecho ya está formado cuando accede al Registro; ahora bien: tal acceso, por virtud de la publicidad a que da lugar, añade al derecho unos efectos singulares de los que antes carecía.

Admitido por nuestro ordenamiento el principio consensualista de transmisión del dominio y constitución de los derechos reales por el solo efecto del contrato, y, como consecuencia de ello, relegado el Registro a la mera publicidad, sin valor ni efecto constitutivo, estableciendo como objeto propio del mismo el título constitutivo del derecho real, es decir, el acto o contrato, no se crea, empero, que tal régimen es mantenido irrestrictamente en todo caso. La publicidad posesoria y la publicidad registral, con la apariencia legitimadora que una y otra crean, provocan en ciertos supuestos una desvirtuación del estricto principio consensualista, sacrificando la regularidad del tráfico jurídico de los bienes en aras de la seguridad o protección del mismo.

Así, según el artículo 1.162 del Código civil: «Cuando por diversos contratos se hubiese alguien obligado a dar o entregar alguna cosa mueble por naturaleza, o un título al portador, a diferentes personas, se preferirá la persona que primero haya tomado posesión efectiva con buena fe, aunque su título sea posterior en fecha.» Con lo que resulta que, enajenada una misma cosa mueble a distintos adquirentes, si el segundo toma posesión de ella, deviene su propietario, derogándose el principio *prior tempore potior iure* y marginándose la operancia transmisiva del nudo contrato que, en relación al primer adquirente, debería ser bastante, si operase absolutamente la regla general, para haberle hecho propietario del bien mueble enajenado.

Conjugando el precepto aludido con el artículo 794, tendremos

que, en el sistema venezolano, la necesidad de proteger o asegurar el comercio jurídico mobiliario determina que la posesión de buena fe de los bienes muebles por parte de su adquirente devenga en titularidad (del derecho de propiedad o de otro derecho real de contacto) con indiferencia de que el transmitente no sea propietario o titular por haber dejado de serlo o por no haberlo sido nunca (*adquisición a non dominio*).

Mas ¿qué sucederá en relación a los bienes inmuebles?

Los Registros de la propiedad inmueble están dirigidos, fundamentalmente, a dar seguridad en el comercio de los bienes inmuebles. La publicidad registral, creando una apariencia legitimadora suficiente como para proteger a quien en ella confía, se orienta a dar a conocer los derechos reales a los terceros interesados, protegiéndoles contra el fraude y manteniéndose a cubierto de aquellos derechos que por no haber acudido al Registro se conservan clandestinos. Y es que si no fuese así la institución registral no tendría razón alguna de existir, pues, reducida a mero órgano informativo destinado a dar a conocer la existencia de derechos reales inmobiliarios, pero en forma tal que en todo caso, y sin excepción, la realidad jurídica extrarregistral ha de prevalecer e imponerse sobre la situación jurídica aparente, formal o tabular que los pronunciamientos registrales proclaman, viene a transformarse en una especie de fichero de derechos reales o de actos inscribibles, accesible a la curiosidad del interesado en consultarlo, mas perfectamente inútil por no procurar una eficacia jurídica, sino meramente fáctica. «Mientras la información suministrada por el Registro no lleva aneja alguna garantía de exclusividad o de certeza—ha escrito acertadamente LACRUZ BERDEJO—el Registro no pasa de ser como una hemeroteca: cualquiera puede consultar allí los periódicos puestos a disposición del lector, pero sin que la Dirección asegure la certeza y exactitud de las noticias. No hay, pues, propia publicidad, sino mera publicación de hecho» (1). Porque, efectivamente, la publicidad suministrada o producida por un Registro no es auténticamente jurídica, mientras que, al menos en algunos casos, la falta de armonía entre la realidad jurídica extrarregistral y el contenido

(1) LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª edición, Zaragoza, 1957, pág. 10.

de los asientos registrales no se decida a favor de estos últimos.

Por ello, indefectiblemente, la generalidad de los Registros inmobiliarios estatuyen una presunción de exactitud a favor de lo por ellos manifestado, en forma tal que, a fin de garantizar el tráfico jurídico de los bienes inmuebles, el contenido registral, cuando el mismo se halle en desacuerdo con la realidad jurídica, se presume verdadero (con presunción *iuris et de iure*) o se finge por la Ley irrefutablemente exacto en beneficio de los terceros, que, reuniendo ciertas condiciones, adquieran fundados en él.

Ahora bien; el ámbito de operancia de la citada presunción o, lo que es lo mismo, la protección procurada por el Registro, varía sensiblemente de unos sistemas registrales a otros. Desde un mínimo hasta un máximo. El mínimo de protección corresponde a aquellos Registros que admiten tan sólo la llamada fuerza negativa o preclusiva de la publicidad; el que inscribe su derecho se halla a cubierto de los ataques de cualesquiera contradictores que no hayan inscrito su derecho o que lo hayan hecho con posterioridad a él, pero no se garantiza la validez de la titularidad del *tradens* o la de los causantes de éste, de forma tal que la nulidad, resolución, revocación o rescisión de una de ellas alcanza y perjudica a todos los adquirentes posteriores. Esta es la eficacia propia de los sistemas registrales de transcripción (francés, italiano, belga, holandés, portugués, venezolano, etcétera): lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito. Haciendo jugar escuetamente el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, la constatación registral de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles no dota a los mismos de un valor mayor del que tenían antes de acudir al Registro. La toma de razón registral no sana o convalida la titularidad claudicante del transmitente. Estamos en presencia del que se ha dado en llamar sistema latino de protección.

El máximo de protección registral corresponde a aquellos sistemas en los que la inscripción, por su propia sustantividad, da lugar al nacimiento o a la extinción de los derechos reales independientemente de la validez o eficacia de los títulos registrados. «Se atribuye a la inscripción—escribe ROCA SASTRE—la virtud de operar la modificación jurídica consiguiente, aunque el negocio jurídico registrado sea inválido, de modo que quien consigue ins-

cribir a su favor un derecho real por medio de una falsificación del título, deviene por obra y gracia del Registro verdadero titular de dicho derecho real» (2). En tal tipo de Registro, consecuentemente, no puede cuestionarse la nulidad o validez de los actos transmisivos, pues, en todo caso, el acceso al Registro procura el derecho al titular inscrito. La inscripción, al purgar o sanar todo vicio que pudiera tener el título presentado, determina que el mundo tabular o registral sustituya por completo a la realidad extrarregistral: en materia de derechos reales inmobiliarios, la única realidad, la única verdad, es la formal proclamada por libros del Registro (es el sistema que se apoya en el denominado principio de la fuerza probante o eficacia jurídica formal del Registro, y al que pertenecen el régimen inmobiliario australiano y algunas ordenaciones registrales alemanas del siglo pasado).

Pues bien: entre estos dos puntos extremos existe un tercer modelo que agrupa los llamados sistemas germánicos, también denominados por algunos autores sistemas registrales de desenvolvimiento técnico. En ellos, por razones de seguridad jurídica, los datos registrales prevalecen sobre la realidad jurídica extrarregistral, en tanto en cuanto no se demuestre su inexactitud. Se presume la exactitud del Registro mientras no se demuestre lo contrario; mas, si se trata de tercero que ha adquirido por negocio jurídico fundándose de buena fe en el contenido del Registro, la aludida presunción *iuris tantum* deviene en presunción *iuris et de iure*, procurando la firmeza e inatacabilidad de la adquisición (principio de la fe pública registral). La confianza en la apariencia resulta plenamente protegida, pues todo aquel que adquiere un derecho del titular inscrito, reuniendo las circunstancias exigidas por la Ley, lo adquiere con la consistencia y extensión que resulten del Registro, subsanándose o convalidándose los defectos que pudiera tener la titularidad del transferente, ya por no pertenecerle el derecho enajenado, ya por tenerlo limitado en virtud de causas no proclamadas registralmente.

No estamos aquí en presencia, meramente, como sucedía con los Registros del primer grupo, de una protección de la confianza

(2) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*. I, Barcelona, 1954, pág. 220.

en una apariencia de tipo negativo (el hecho de que no aparezca registrada ninguna enajenación crea la apariencia de que continúa la titularidad en el transmitente, lo que da derecho al segundo adquirente que acude al Registro a imponerse sobre el primer adquirente que omitió la constancia registral—lo no inscrito no perjudica a tercero—), sino de algo más, de una protección total de la confianza en la apariencia registral o tabular. Se protege al tercer adquirente, no sólo cuando la inexactitud del Registro proviene de la incompatibilidad o contradicción entre títulos relativos a modificaciones reales de los que los de fecha anterior no llegaron a inscribirse, mas si los de fecha posterior, sino también cuando la inexactitud procede de falsedad, nulidad o defecto del título que provocó la inscripción y dichas circunstancias no constaban en el Registro. Es decir, el tercero protegido lo está, no solamente contra todo lo que siendo registrable no haya sido registrado, sino asimismo contra las causas no publicadas que acarreen nulidad, resolución, rescisión, revocación o reducción del derecho del transferente (por lo que, y consecuencialmente, si el acto dispositivo es intrínsecamente válido, al subsanarse o convalidarse la preexistencia del derecho en el *auctor*, resulta marginada la operancia estricta del principio romanista *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*).

Frente al régimen de la fuerza preclusiva de la publicidad, que no garantiza la validez del título del *tradens*, ni, por ende, protege contra la agresión de otros titulares inscritos, nos hallamos frente al régimen de la inscripción convalidante, por cuya virtud el tercero de buena fe deviene en titular real y firme del derecho adquirido, aunque, por defectuosa o deficiente titularidad, no lo tuviese en transmitente, resultado protegido tanto de los actos no publicados como de los vicios de los títulos inscritos (protección contra el sucesor y contra los anteriores titulares—*auctores*—, de quienes procede su derecho).

A este tipo registral intermedio pertenecen los regímenes inmobiliarios de más adecuado, realista y progresista desenvolvimiento: alemán, suizo y español. En ellos resulta acogido, no sólo el sistema latino de protección, sino igualmente el sistema germánico de protección (o, en expresión del hipotecarista TIRSO CARRERERO, están protegidos conjuntamente el tercero latino y el

tercero germánico) (3). O, lo que es lo mismo, la fe pública registral, auténtico fundamento de todo genuino Registro de la Propiedad, despliega su eficacia en sentido positivo, proclamando, en beneficio del tercer adquirente, la existencia y substancia de los derechos inscritos (legitimación para el tráfico, Registro exacto o cierto), y, en sentido negativo, desconociendo, a favor de dicho tercero, la existencia de todas aquellas titularidades reales no obrantes en el Registro o que en éste aparecen como extinguidas o canceladas (Registro íntegro o completo). El hipotecarista SANZ FERNÁNDEZ expresa la misma idea con las siguientes palabras: «La seguridad prestada al adquirente (en virtud del juego del principio de la fe pública registral) se extiende a todo aquello que pueda limitar el derecho del transferente, ya por vicios o defectos en su título de adquisición, ya por tener su derecho limitado en virtud de títulos dispositivos no inscritos. Consecuencia de ello es que pueda tener un doble sentido: el de validez y eficacia de los títulos inscritos y el de no existencia de ninguna limitación del derecho del transferente» (4).

(3) Plasmación legal del principio de que la inscripción del derecho del *tradens* crea una apariencia registral positiva en la que puede confiar el *accipiens*, son las siguientes normas:

Parágrafo 892 del Código civil alemán: «En beneficio de aquel que adquiera por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha exactitud esté practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida para el adquirente.»

Artículo 793 del Código civil suizo: «El que adquiere la propiedad u otro derecho real, fundándose de buena fe en una inscripción del Registro de la Propiedad, es mantenido en su adquisición.»

Por su parte, la Ley Hipotecaria española, tras establecer en su artículo 32 que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no esten debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero, dispone en el 34: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.» Diversos preceptos de la misma Ley desarrollan o complementan el principio transcrito, principalmente los artículos 13, 15, 40, 69, 76 y 144.

De ellas resulta que, a diferencia de lo que sucede en los regímenes registrales, donde, fundamentalmente, tan sólo juega el principio de inoponibilidad, en los sistemas donde la fe pública registral juega tanto en su aspecto negativo (Registro íntegro o completo) como en su aspecto positivo (Registro exacto), el adquirente puede confiar en que lo que no figura inscrito no existe y en que lo que figura inscrito existe irrevocablemente.

(4) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, pág. 372.

II

CONSIDERACION DEL ARTICULO 1.924 Y CONCORDANTES
DEL CODIGO CIVIL VENEZOLANO

El artículo 1.924, con redacción harto desdichada e imprecisa, establece lo siguiente: «Los documentos, actos y sentencias que la Ley sujeta a las formalidades del Registro (arts. 1.920, 1.921 y 1.922), y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra tercero que, por cualquier título, haya adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble.»

Este es el precepto fundamental dado en el Ordenamiento registral venezolano para asegurar o proteger el comercio jurídico inmobiliario. Recoge el principio de la fe pública registral, mas no en su integridad, sino tan sólo en uno de sus dos posibles aspectos, el aspecto negativo (conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito: lo no inscrito no perjudica al que inscribe). En su virtud, el Registro se presume, *iuris et de iure*, integro, pero no exacto, pues deja al que inscribió su adquisición bajo la latente amenaza de las acciones de impugnación procedentes de la genealogía de titulares registrales y de la sucesión de títulos por razón de defectos en la titularidad del transferente (así, anulada una compraventa por vicios del consentimiento o incapacidad del enajenante, la nulidad alcanza a todos los adquirentes, con indiferencia de que hayan registrado o no su adquisición).

De todas maneras, aunque recogida tan parcialmente la doctrina de la protección a la confianza en la apariencia registral, es evidente que la misma resulta suficiente para desvirtuar, por razones de garantía del tráfico jurídico, la operancia en forma absoluta y en la totalidad de los supuestos del principio de transmisión y adquisición de los derechos reales sobre bienes inmuebles por efecto del solo contrato (*nudo consensu*), pues en todo caso de doble enajenación de un mismo derecho real o de derechos reales incompatibles o contradictorios a distintos adquirentes, resulta que, si bien, de acuerdo a los artículos 796 y 1.161 del Código civil, el verdadero titular debería ser el primer adquirente, por injerencia

del artículo 1.924, si dicho primer adquirente no registró el negocio transmisivo, habiéndolo hecho el segundo respecto al suyo, es este último quien deviene en real y firme titular, por más que su adquisición sea posterior en el tiempo (inoponibilidad del acto no registrado).

Tendremos, pues, que tanto el artículo 1.162, en el ámbito de los bienes muebles, como el artículo 1.924, en el de los bienes inmuebles, vienen a desvirtuar el sistema ordinario civil de transmisión y constitución de los derechos reales por virtud del simple contrato dispositivo, cuando en la hipótesis de que un mismo bien sea enajenado sucesivamente a distintas personas se den los supuestos en dichos preceptos contemplados (posesión o registro del segundo adquirente, respectivamente).

Y decimos que en la hipótesis contemplada resulta desvirtuada o, si se quiere, en términos más suaves, vencida la eficacia transmisiva normal del contrato, pues si consideramos el caso clínico de doble enajenación que es la doble venta de un mismo inmueble, veremos cuál es la incidencia del principio recogido por el artículo 1.924 sobre aquélla. Quien vende por segunda vez la misma finca, de acuerdo al artículo 1.161, si el primer contrato es intrínsecamente válido, ya no es propietario de ella y, por tanto, mal podrá transferir su dominio al segundo adquirente (*nemo plus iuris ad alium trasferre potest quam ipse habet*), por lo que, en principio, debería concluirse que la segunda compraventa es ineficaz. Mas la necesidad de dar seguridad jurídica a las transacciones determina que si la primera venta no ha sido inscrita, y si lo ha sido la posterior, se hace prevalecer el título inscrito sobre el no inscrito («... y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra terceros que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble...», fórmula de defectuosa redacción en su parte final, pues debería decir: ... no tienen ningún efecto contra terceros que, por cualquier título, hayan adquirido derechos sobre los inmuebles en virtud de un acto registrado), en el sentido de que el Registro atribuye la propiedad al segundo adquirente que se adelantó a inscribir. Nos hallamos, pues, en presencia de una atribución *ex lege* de la propiedad al primer inscribiente, que parece hallarse muy cerca de la inscripción constitutiva (así lo

han sostenido diversos autores, VILLARES PICÓ, HERMIDA, GÓMEZ GÓMEZ, para quienes, en los sistemas de inscripción declarativa, como el nuestro, el principio de inoponibilidad de lo no inscrito determina que dicha inscripción se torne constitutiva por lo que respecta al tercer adquirente del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles) (5), y que semeja hacer válidas *erga omnes* las adquisiciones *a non domino* de los derechos reales, pues si existió una primera enajenación en virtud de la cual su *auctor* se desprendió de la titularidad del derecho, la consecuencia normal parece ser, en principio y sin entrar ahora en disquisiciones dogmático-jurídicas, que con indiferencia de que el derecho sea inscrito o no, el titular enajenante, queda en forma absoluta despojado del mismo.

El precedente remoto del artículo 1.924 del Código civil venezolano se encuentra en el artículo 3.º de la Ley francesa de 1855, matriz de los sistemas latinos de transcripción, que disponía: «Hasta la transcripción de los derechos resultantes de los actos y sentencias enunciados en los artículos precedentes no pueden ser opuestos a terceros que tienen derechos sobre los inmuebles y los han conservado conforme a las leyes.»

La similitud entre este precepto y el artículo 1.924 del Código civil es tan patente, que no puede caber duda alguna a qué gran grupo de regímenes inmobiliarios aparece afiliado el sistema registral venezolano. Estamos en presencia de un sistema perteneciente a la categoría de los que se han dado en llamar sistemas latinos de transcripción frente a los denominados sistemas de fe pública del Registro (porque en ellos se protege al tercer adquirente contra la inexactitud registral y contra los vicios posibles que puedan provocar la invalidación, resolución o rescisión de la titularidad del transferente—el Registro se presume íntegro y exacto—), germánicos o sistemas de desenvolvimiento técnico (por jugar en ellos íntegramente el principio de la fe pública registral, base de la institución del Registro), o, lo que es lo mismo, el sistema inmo-

(5) VILLARES PICÓ: *La posesión y el Registro*, en «R. C. D. I.», 1947, páginas 437, y siguientes, y *La Ley Hipotecaria de 1861*, en «R. C. D. I.», 1960, páginas 1.947 y siguientes. HERMIDA: *El Derecho inmobiliario español*, en «R. C. D. I.», 1951, pág. 722. GÓMEZ GÓMEZ: *¿Inscripción declarativa o constitutiva?*, en «R. C. D. I.», 1949, pág. 788, y *Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, en «R. C. D. I.», 1952, págs. 560 y siguientes.

liario registral venezolano se ubica entre aquellos sistemas que al comienzo de este trabajo caracterizábamos por la peculiaridad de que en ellos el Registro de la propiedad inmueble otorga al tráfico jurídico fundiario el mínimo posible de protección o seguridad (publicidad con fuerza meramente negativa o preclusiva) (6).

Los sistemas de transcripción contemplan tan sólo, al menos en principio, la pugna o conflicto entre títulos incompatibles o contradictorios entre sí traslativos de la propiedad de inmuebles o de constitución, declaración, reconocimiento, modificación o extinción de derechos, gravámenes o cargas reales sobre los mismos, principalmente cuando los de fecha anterior no han llegado a inscribirse, mas sí los de fecha posterior. En semejante conflicto, suele servir de prototipo el caso clínico de la doble venta por el propietario de un inmueble sucesivamente a favor de dos personas. La pugna de intereses planteada en este caso límite y crítico de la doble venta, «desde donde hay que contemplar—como apunta TIRSO CARRETERO—el fenómeno traslativo en sus matices más delicados» (7), la resuelven los sistemas de transcripción a través de un mecanismo elemental y simple: el juego del principio de prioridad en su más desnuda absolutividad (8). En cuya virtud, la primera o anterior venta, que no se ha inscrito, no puede perjudicar a tercero, tercero que, en el caso contemplado, es el segundo o posterior adquirente que tempestivamente transcribió su título de compra.

(6) Hablamos del mínimo posible de seguridad, pues ya hemos tenido ocasión de considerar que por debajo de ese mínimo el Registro de la Propiedad raíz deja de ser jurídico para transformarse en un ente de valor puramente informativo, a la manera de fichero de derechos reales con eficacia meramente fáctica (publicación de hecho). Tal sucede cuando a todo trance y sin excepción se hace prevalecer la realidad jurídica extrarregional sobre la apariencia registral (la titularidad real vence a la titularidad formal o tabular: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*).

(7) TIRSO CARRETERO: *Retornos al Código civil (Retorno al artículo 606)*, en «R. C. D. I.», 1965, pág. 120.

(8) Parece ser que tal prioridad está inspirada, sin mayor identidad de esencia al respecto, en la prioridad de la tradición en el caso de la doble venta, que en base a la Ley *Quotiens* (C. 3, 32, 15) tuvo aplicación justificadamente (admisión de la teoría del título y el modo en las mutaciones jurídicas reales) en la etapa del *ius commune* intermedio. Como ha significado algún autor, resulta absurdo trasplantar este criterio de prioridad en la tradición (que en nuestro sistema tiene acogida, como hemos visto, a través del artículo 1.162, C. c., en relación a los bienes muebles) a los inmuebles en función de los Registros de publicidad por falta de paridad.

«*Prior in tempore potior in iure*. Esta es la solución mágica. La conciencia del legislador—escribe el maestro ROCA SASTRE—adopta aquí un argumento que le tranquiliza: es justo que el que fue negligente o remiso en acudir a la transcripción sufra el justo castigo de quedar inoperante su adquisición. Esta transcripción es, pues, *suficiente* para que aquella adquisición transcrita prevalezca, siempre, claro está, que el contrato de compraventa sea *válido*; no se requiere ningún otro requisito, ni siquiera la buena fe. De la validez o vigor de la titularidad del vendedor el sistema para nada se preocupa, por ser un problema ajeno a todo lo que no sea la oportunidad en el logro de la transcripción, pues es lo único de que se trata» (9).

Los sistemas de fe pública del Registro adoptan una posición mucho más amplia y desarrollada. La prioridad juega también en ellos, pero la subordinan, no sólo a la validez intrínseca del negocio adquisitivo del tercero, sino, y principalmente, a la buena fe de dicho tercero y, consecuencialmente, al tutelarse la confianza de éste en los datos registrales, a la previa inscripción del derecho a favor del transmitente (que la legitima para el tráfico al facultarle para disponer válidamente por negocio jurídico, con indiferencia de que sea o no *verus dominus*), y aun en algunos Ordenamientos, como el español, a la onerosidad del negocio adquisitivo. «En estos sistemas—retornemos a la exposición de ROCA SASTRE—no se habla de sanción a la negligencia en inscribir la adquisición, sino de proteger la confianza del tercer adquirente en el contenido del Registro, y la protección de la fe pública registral opera a todo evento jurídico, esto es, *ante cualquier supuesto de inexactitud* de tal contenido, aunque emane la posible inexactitud del hecho de no haber tenido acceso a los libros algún título o relación jurídica inmobiliaria registral, dentro del alcance que permita la circunstancia de no ser constitutiva la inscripción» (10).

Sin embargo, si las diferencias apuntadas entre uno y otro tipo de sistemas se muestran palmarias en el plano teórico, y aun en una realidad legislativa pretérita, tienden a difuminarse cada día

(9) ROCA SASTRE: *El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma*, en «R. C. D. I.», 1965, pág. 810.

(10) *Ibid.*, págs. 810-811.

más en los Ordenamientos inmobiliarioregistrales del momento. Y ello no por la cabida que en el Derecho alemán se pueda dar al sistema latino de protección (tercero latino) a través de la fuerza vinculante del *Einigung* (acuerdo sobre el cambio real perseguido) formal (con forma público notarial o judicial) y de la *Vormerkung* de la pretensión personal derivada de la compra en documento público (11), sino fundamentalmente porque en las últimas décadas los sistemas registrales de transcripción, sentidas en carne propia las deficiencias asegurativas de tales regímenes, y resentido, por ende, el tráfico jurídico, sobre inmuebles de creciente importancia y

(11) TIRSO CARRETERO, *loc. cit.*, págs. 111-116. Dispone el parágrafo 873 del «B. G. B.»: «Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario el *acuerdo* del titular y el de la otra parte sobre la modificación del derecho (*Einigung*) y la *inscripción* de éste en el Registro (*Eintragung*), en tanto la Ley no prescriba otra cosa.»

«Antes de la inscripción están vinculadas las partes por el acuerdo solamente, cuando las declaraciones se han otorgado judicial o notariamente o se han emitido ante el Registro o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a los preceptos de la Ordenanza del Registro.»

Los autores alemanes han dado distintos sentidos a la frase «están vinculadas las partes por el acuerdo solamente..», del párrafo segundo del parágrafo recién transcrito. Así, para ENDEMAN, FUCH y OBERNECK, las citadas palabras no significan otra cosa que estar obligadas las partes personalmente: no se ha rebasado la esfera del derecho personal, a pesar del contrato causal y del *Einigung*. Para ENNECCERUS-WOLFF, estar vinculado en el precepto cuestionado quiere decir no poder revocar unilateralmente; la revocación unilateral sería no sólo ilícita, sino ineficaz; pero el acuerdo vinculante puede ser suprimido mediante un nuevo contrato en tanto no haya inscripción; estar vinculado no significa estar obligado, pero tampoco tener limitado el derecho de disposición. Y, en fin, no han faltado quienes, como KOFFKA y SIMON, han sostenido que estar vinculados significa tener limitado el derecho de disposición: el segundo acuerdo, que contradiga el primero, contiene una revocación de este, y, por tanto, sera ineficaz y prohibido, o sea, que estar vinculado quiere decir no poder disponer a favor de otro. De aceptarse esta posición, duramente criticada por ENNECCERUS-WOLFF, parece habría que admitir que en el Derecho germánico, y en relación a la transmisión o constitución de los derechos reales inmobiliarios, cuando medie acuerdo formal vinculante, el derecho está transmitido o constituido sin necesidad de inscripción, si bien tan sólo *inter partes*, por virtud de tal acuerdo, con lo que el supuesto típicamente latino de doble venta con transcripción anterior de la segunda vendría a configurarse con el ordenamiento teutón como un supuesto de doble venta notarial con doble *Einigung*, con inscripción de la segunda, atribuyéndose similarmente en uno y otro caso la propiedad del objeto al que primero acudió al Registro (lo no inscrito no perjudica al que inscribe). Juego del principio latino de inoponibilidad de lo no inscrito, que es totalmente improcedente en el Derecho alemán cuando se sostiene en forma irrestricta que el B. G. B. exige en todo caso y a todo efecto (tanto *inter partes* como *erga omnes*) la inscripción para que el derecho real exista (inscripción constitutiva).

magnitud, están volviendo los ojos hacia el sistema germánico de protección, observándose una sostenida y progresiva tendencia en pro de la admisión, en forma cada vez más amplia, de la operancia de la fe pública registral como mecanismo subsanador de la falta de preexistencia de la facultad de disponer en el transferente de derechos reales inmobiliarios. Observemos al respecto:

El párrafo primero del artículo 30 de la Ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955 (12) recoge en su forma tradicional el clásico principio de inoponibilidad frente a tercero del acto no transcrito, pero sigue un párrafo segundo que supone una franca y revolucionaria tutela del titular registral contra las situaciones claudicantes o debilidades de la titularidad de su transferente en virtud de causas que para el momento de la transcripción el Registro no publica ni radican en la Ley. Dispone, en efecto, el párrafo segundo del citado artículo 30: «La resolución, revocación, anulación o rescisión de un derecho objeto de mutación o constitución de algún acto transcribible, cuando produzcan efecto retroactivo, *no son oponibles* a los causahabientes a título singular del derecho aniquilado, a menos que la cláusula en virtud de la cual se haya operado tal resolución, revocación, anulación o rescisión conste anteriormente publicada o si la causa radica en la Ley.»

Claramente se vislumbra la importancia trascendental del precepto copiado. En su virtud, el Registro francés ya no es un Registro de publicidad meramente negativa destinado a evitar las dobles enajenaciones, sino que a su publicidad se le ha venido a dar también la eficacia positiva o sustantiva, en el sentido de que en relación al tercer adquirente el derecho del transferente tiene la extensión y consistencia que resulta del Registro. La toma de razón registral provoca la subsanación o convalidación de la titularidad del transmitente, en beneficio de tercero, cuando el vicio o defecto que afecte a la misma no conste en forma pública por la Ley o

(12) «Los actos y decisiones judiciales sujetos a publicidad son, si no han sido publicados, inoponibles a terceros que sobre el mismo inmueble hayan adquirido, del mismo autor, derechos concurrentes en virtud de actos o decisiones sujetas a la misma obligación de publicidad y publicados, o que hayan hecho inscribir privilegios o hipotecas. Son igualmente inoponibles, si han sido publicados, cuando los actos, decisiones, privilegios o hipotecas, invocados por estos terceros, hayan sido anteriormente publicados»

por el Registro. Ahora, para el tercer adquirente, el contenido registral se presume exacto (con presunción *iuris et de iure*), en forma tal que, en su beneficio, el titular aparente o tabular fungirá de titular real, disponiendo en forma válida de los derechos reales publicados a su favor. Ya no estamos en presencia de una escueta y raquítica protección de la confianza en la apariencia negativa, sino ante una protección de la confianza en la apariencia íntegra (tanto negativa como positiva), con lo cual se vigoriza singularmente la seguridad jurídica de las transacciones inmobiliarias: para el tercer adquirente los derechos reales existen y subsisten en la forma y medida que el Registro patentiza, no perjudicándole las causas de resolución, revocación, rescisión o anulación de aquéllos que éste no manifieste. La inexactitud registral (13) producida ya porque el que aparece como titular registral de un derecho ha dispuesto de él con anterioridad, en todo o en parte (ha dejado de ser titular real), ya porque en ningún momento le ha pertenecido (nunca fue titular real), no afecta al tercer adquirente, que, en uno y otro caso, resulta beneficiado por el mecanismo de la adquisición registral *a non domino*. ¡Qué poco distantes nos hallamos del régimen de protección pautado por el parágrafo 892 del Código civil alemán y por el artículo 34 y concordante de la Ley Hipotecaria española! ¡Y qué poco exacto resulta hoy día sostener que el sistema registral francés no es más que un sistema de transcripción, dispensador de la mera protección latina que genera el principio de inoponibilidad! (14).

Igualmente sucede en la legislación italiana. El artículo 2.644 del Código civil de 1942 (15) consagra el principio de que lo no

(13) Según HEDEMAN, la inexactitud registral puede revestir alguna de las siguientes formas: se ha inscrito un derecho no existente, se ha dejado de inscribir un derecho existente, se ha cancelado indebidamente un derecho existente inscrito o se ha expresado equivocadamente el contenido de un derecho. HEDEMAN: *Tratado de Derecho civil*, II (*Derechos reales*). Madrid, 1955, pag. 107.

(14) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, 1963, págs. 721-795.

(15) «Los actos enunciados en el artículo anterior no tienen efecto respecto a los terceros que a cualquier título hayan adquirido derechos sobre los inmuebles en virtud de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción de los mismos actos»

«Realizada la transcripción, no pueden tener efecto contra aquel que ha transcrito alguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos contra su causante, aun cuando la adquisición se remonte a fecha anterior.»

inscrito no perjudica a tercero en su formulación latina ordinaria; mas el artículo 2.652 del mismo Cuerpo legal sujeta a Registro una serie de demandas de resolución, revocación, anulación, rescisión, reducción, etc., de los actos sujetos a transcripción, sin cuyo requisito las sentencias que las acojan no perjudicarán los derechos adquiridos por los terceros en virtud de títulos que accedieron al Registro con anterioridad a la transcripción de aquellas demandas. Esto es, el derecho del tercer adquirente no se verá afectado por la desaparición de la titularidad de su *tradens* por virtud de causas que el Registro no denunciaba al tiempo de la toma de razón registral de su negocio adquisitivo. Estamos de nuevo en presencia de una eficacia sanante o convalidante de la publicidad: el titular según la transcripción resulta protegido de la invalidación de la titularidad del transferente (si bien no por la sola fuerza de la transcripción, sino con la ayuda del tiempo, buena fe y otras circunstancias), porque en su beneficio se subsanan o convalidan los defectos de dicha titularidad.

Veamos cómo se expresa GENTILE en relación a este artículo 2.652: «Ya vimos cómo la transcripción de un acto deja impregjada la cuestión acerca de su invalidez o ineficacia derivada de vicios intrínsecos (16). Es, por tanto, natural que sea muy probable un contraste entre la apariencia *iuris*, que resulta del Registro, y la realidad jurídica que desconoce la validez de la modi-

(16) Toda enajenación exige un acto o contrato intrínsecamente válido y la preexistencia del derecho enajenado en la persona del transferente; faltando esta última, la transmisión o gravamen, es ineficaz, aunque el acto sea válido. Pues bien: la inscripción no convalida la invalidez intrínseca, pero, en cambio, subsana el requisito de la preexistencia del derecho, eliminando el peligro de que el tercer adquirente se vea despojado del derecho adquirido, bien por no existir (anterior enajenación), bien por resolverse el derecho del transferente. De lo que resulta que el titular registral está legitimado para el tráfico o puede disponer eficazmente del derecho que el Registro proclama a su favor, siempre que en el mismo no aparezcan circunstancias o causas que hagan claudicante su situación jurídica. «Cuando el titular inscrito—escribe SANZ FERNÁNDEZ—es efectivamente dueño o titular de los bienes, porque el Registro y la realidad se hallan en completo acuerdo, los actos dispositivos que realice no encontrarán dificultad alguna en la vida registral ni en la extrarregistral. Mas cuando por cualquier causa no lo sea, o su derecho esté sujeto a limitaciones, condiciones o modificaciones que en el Registro no consten, y el verdadero titular o el favorecido por aquellas circunstancias no inscritas no haya pedido la rectificancia de la inscripción, si aquél realiza un acto dispositivo en favor de otra persona y ésta inscribe su derecho, se opera *ipso iure* una rectificación de la realidad jurídica en favor de la situación aparente que los asientos reflejaban y la adquisición es perfecta e inatacable.» Obra citada. I, págs. 369-370.

ficación registrada, contraste que provocaría a la larga una notable y grave divergencia entre la resultancia de la publicidad y la efectiva modificación jurídica. A reducir tal divergencia y a tender un puente entre el principio de publicidad que reclama imperiosamente la certeza y el principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis* provee el artículo 2.652, que sujeta a transcripción, disciplinando a la vez sus efectos, una serie de demandas judiciales tendentes a impugnar la validez o la eficacia de aquellas adquisiciones sujetas a transcripción» (17).

En el Derecho venezolano ya hemos reseñado cómo el artículo 1.924 del Código civil recoge la regla no lo inscrito no perjudica a tercero. Si no pasare de allí, estaríamos frente a un sistema puro de transcripción, apegado escuetamente, en el conflicto de títulos incompatibles o contradictorios en relación al Registro, al rígido principio de la prioridad o inoponibilidad. Pero llega algo más lejos.

En efecto, en ciertos casos, la publicidad registral venezolana tiene eficacia sanante o convalidante, pues en los mismos el tercer adquirente que inscribió su título queda inmunizado o protegido contra las sentencias que impugnen la titularidad de su *tradens*, si resulta que al tiempo de dicha inscripción no aparecían publicadas por el Registro las demandas por las que se ejercitaban las acciones de impugnación. Es decir, que en ciertos supuestos las adquisiciones del tercero, una vez inscritas, no podrán invalidarse ni resolverse por virtud del ejercicio de acciones triunfantes contra la titularidad del transmitente cuando éstas no aparezcan registralmente manifestadas mediante la transcripción de las oportunas demandas: en aquéllos, pues, el Registro valdrá como exacto en beneficio del adquirente, quien no verá destruida su adquisición aunque resulte declarada la no preexistencia del derecho transmitido o gravado en el patrimonio del enajenante. Veamos cuáles son dichos supuestos.

El ordinal segundo del artículo 1.921 establece que deben igualmente registrarse para los efectos establecidos por la Ley «las demandas a que se refieren los artículos 1.279, 1.281, 1.350, 1.466 y 1.562».

(17) GENTILE: *La trascrizione immobiliare*, Nápoles, 1959, pág. 455.

El artículo 1.279 recoge la denominada acción pauliana, que pueden ejercitar los acreedores para impugnar los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos; pues bien: en relación a esta acción, el párrafo segundo del artículo 1.280 dispone que «en todos los casos, la revocación (debiera decir rescisión) del acto no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no habiendo participado en el fraude, han adquirido derechos sobre el inmueble con anterioridad al registro de la demanda por revocación». En relación, pues, al tercero subadquirente tabular de buena fe, resulta inoperante la acción impugnatoria del acreedor, por no denunciar el Registro la correspondiente demandada al tiempo de transcribirse la adquisición.

El artículo 1.281, que regula la acción por simulación estatuye en su párrafo tercero que «la simulación, una vez declarada, no produce efecto en perjuicio de los terceros que, no teniendo conocimiento de ella, han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por simulación». Valga lo mismo dicho.

Asimismo, la acción de rescisión por causas de lesión en los casos en que se admite «no produce efecto respecto de los terceros que han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por rescisión» (art. 1.350). De la misma manera, a tenor del artículo 1.466, «la revocación por ingratitud o por superveniencia o existencia de hijos o descendientes a que se refiere el artículo 1.462, no perjudica los derechos adquiridos (sobre inmuebles) por terceros con anterioridad al registro de la demanda.

En fin, en relación a la permuta, establece el artículo 1.562: «En los casos de resolución indicados en los dos artículos precedentes, quedan sin perjuicio los derechos adquiridos sobre los inmuebles por terceros, antes del registro de la demanda de resolución.»

Vemos, en consecuencia, que en los casos contemplados por los artículos transcritos no opera en el Ordenamiento venezolano el principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*, ya que en los mismos, anulado, resuelto, revocado o rescindido el derecho del transferente por causas que no consten en el Registro, el tercero es mantenido en su adquisición. Desde luego que ya no estamos en presencia de la mera fuerza negativa de la publicidad que

sanciona el artículo 1.924 (el título inscrito queda a salvo de otros de igual o anterior fecha que se le opongan o sean incompatibles), sino ante una eficacia positiva o sustantiva de la inscripción, en cuya virtud se garantiza firmemente al tercer adquirente que el derecho inscrito existe, que pertenece al titular que se lo transmite y que tal derecho tiene la extensión y consistencia con que consta registrado. Por tanto, siempre que el acto adquisitivo sea intrínsecamente válido (18), en los casos a que hemos hecho referencia, el tercero adquiere el derecho enajenado, aunque por ser nula la anterior transmisión o por cualquier otra causa de las reseñadas tal derecho no preexistiera en el patrimonio del enajenante.

El principio de la fe pública registral está operando en su aspecto positivo. En los supuestos cuestionados, el contenido del Registro resulta indefectiblemente exacto o verdadero para el tercero protegido: en su beneficio, los derechos reales registralmente publicados existen y subsisten en los estrictos términos que el Registro proclama. Al lado de la protección a la confianza en la apariencia negativa, se da cabida a la protección jurídica o la confianza en la apariencia positiva: no sólo el adquirente puede confiar

(18) La fe pública registral subsana la preexistencia de la correspondiente facultad de disponer en el transferente, pero en relación al acto dispositivo en cuya virtud adquirió el tercero, aquella no tiene ninguna eficacia sanatoria o convalidante («La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes»). Por tanto, si dicho acto es inexistente (simulación, error obstativo), nulo (por oponerse a norma legal imperativa) o anulable (incapacidad o vicio en la voluntad de los otorgantes), la modificación jurídica real perseguida no se producirá y el tercer adquirente no devendrá en titular del derecho enajenado por más que logre el acceso al Registro de su título. Consecuentemente, pues, la fe pública registral no dispensa al adquirente protección alguna contra los vicios o defectos intrínsecos del acto dispositivo, que quedan sometidos al tratamiento normal de Derecho civil general; a ella no le preocupa la invalidez de este acto, en relación al cual, por otro lado, el adquirente no será tercero, sino parte, pues tercero lo será respecto al acto adquisitivo de su transferencia. Como ha significado la doctrina más calificada, a la fe pública no le corresponde proteger al adquirente en un acto nulo *per se*, pues su cometido es defender al adquirente de este adquirente, o sea al *subadquirente* (expresión técnicamente correcta para referirse al tercero protegido). Por ello, la noción de tercero protegido implica una doble enajenación, ya que la tutela registral tan sólo alcanza al adquirente que tenga condición de subadquirente y no al que se presente como adquirente directo en su acto adquisitivo (por ejemplo, A enajena un inmueble a B mediante contrato de compraventa nulo o anulable. B se lo vende posteriormente a C por contrato intrínsecamente válido—aunque civilmente ineficaz, pues B no ha llegado a ser propietario del inmueble y *nemo dat quod non habet*—; pues bien, C adquiere la propiedad del bien en forma absoluta en virtud del juego protector de la fe pública registral—adquisición a *non domino*—, él es el tercero protegido).

en que lo no inscrito no existe, sino que también puede tener seguridad de que lo inscrito existe. Para su favor, la titularidad viciada, claudicante o formal del transferente vale como una titularidad real, efectiva, definitiva y firme, pues su derrumbe no le va a perjudicar (19).

Desde luego que la casuística y fragmentaria admisión que el 'Ordenamiento venezolano hace del principio de la fe pública registral en su faceta positiva se halla todavía muy lejana de la forma general en que el principio es recogido por las legislaciones alemana, suiza y española, por ejemplo. Numerosos supuestos de invalidación, revocación, rescisión, resolución y reducción de la titularidad del transferente han dejado de contemplarse expresamente (20) y, por tanto, en ellos, en principio, el desmoronamiento del derecho del *tradens* afectará a todos los adquirentes posterior-

(19) Para nosotros resulta palmaria e indudable la tesis de que la tuición otorgada, por un lado, por el artículo 1924, y, por el otro, por los artículos 1.280, 1.281, 1.350, 1.466 y 1.562 al tercero que acudió a registrar su adquisición se apoya en una dualidad proteccional de signo y alcance diferentes. Efectivamente, los artículos 1.920, 1.921 y 1.922 sancionan el deber de registrar, respectivamente, determinados negocios dispositivos, demandas y sentencias y, por su parte, el 1.924 establece la sanción en caso de incumplimiento del deber aludido: al tercero que prioritariamente inscribió no le perjudicarán (no tendrán ningún efecto contra él) las antedichas actuaciones sustantivas o procedimentales (a la manera de castigo al que fue negligente o descuidado en regularizar registralmente su situación jurídica). Pero la tutela al tercer adquirente no pasa de allí. En el supuesto del artículo 1.922, se protege al tercero que habiendo adquirido con posterioridad a la decisión judicial que pronunció la nulidad, resolución, rescisión o revocación de la titularidad del transferente acudió al Registro con anterioridad a la transcripción de la sentencia; mas no en la situación contraria: si la adquisición ocurrió con antelación a la resolución judicial, al dictarse ésta, debeladora del derecho del *tradens*, el tercero verá desaparecer su titularidad, pues, en principio y de acuerdo a la normativa civil general, cuando se ejercitó con éxito la impugnación de una determinada titularidad jurídica, ésta se extingue retroactivamente, como si nunca hubiese tenido existencia efectiva (la impugnación triunfante hace retornar las cosas a la situación en que se hallaban antes del nacimiento del derecho atacado—*resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*—). Valga lo mismo para los artículos 1.920 y 1.921, todos en función de la eficacia registral sancionada en el 1.924.

Eien distinta es la eficacia aseguratoria reconocida al Registro por los artículos 1.280, 1.281, 1.350, 1.466 y 1.562; en los supuestos en los mismos contemplados la debilidad de la titularidad del enajenante es completamente inofensiva para el tercer adquirente, de manera tal que, arruinada aquella titularidad por obra de una impugnación exitosa, dicho subadquirente será mantenido en el derecho enajenado (protección a la confianza en la apariencia registral).

(20) Piénsese, por ejemplo, en la invalidación de la titularidad del enajenante por razón de incapacidad, vicios del consentimiento, pugna con norma legal prohibitiva u otros defectos que afecten a su acto adquisitivo.

res. Consecuencialmente, el tráfico jurídico inmobiliario, en Venezuela, queda desigual y fragmentariamente asegurado, pues el Registro no protege, en todo caso, al tercer adquirente que contrata confiado en la apariencia jurídica por él exteriorizada. Creemos, empero, que una actividad jurisprudencial consecuente que hiciese uso del instrumento analógico, de las doctrinas de la apariencia jurídica y de la legitimación para el tráfico que la publicidad registral crea a favor del titular inscrito (para lo cual hay suficiente apoyo en los arts. 1.280, 1.281, 1.350, 1.466, 1.562 y 1.924 del Código civil) y del superior principio de la seguridad jurídica en el comercio de los bienes inmuebles, que es, como ya hemos significado en distintas ocasiones, el objetivo fundamental y razón de ser de todos los sistemas inmobiliarios registrales, podría subsanar, al menos en sus matices más chocantes y perjudiciales, las deficiencias señaladas.

De todas maneras, y lo mismo podríamos afirmar en relación a las recientes reformas francesa e italiana, que con anterioridad sucintamente comentamos, la ordenación actual venezolana en materia de fe pública registral no tiene ni la sencillez, ni la generalidad, ni el alcance que serían de desear, pero sí, al menos, constituye un adelanto notable en relación a ordenaciones anteriores y en comparación a ciertos sistemas de transcripción que se mantienen en una situación de rigidez y de pureza decimonónicas (21). Hay en ella ya una admisión, todo lo parcial y raquítica que se quiera, del sistema germánico de protección al tercer adquirente, que, mixtificando y dignificando el tradicional sistema patrio de transcripción, marca una pauta firme y segura sobre el camino que debemos cubrir en el futuro. En estos momentos, por cierto, esto último es ya una prometedora realidad, pues está listo para ser introducido al Congreso Nacional un Proyecto de Ley de Registro

(21) Así sucede, por ejemplo, con el sistema belga, cuya protección registral no rebasa la de la mera inoponibilidad de lo no inscrito: artículo 1.º de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1861, modificado el 8 de julio de 1924: «Todos los actos entre vivos a título gratuito u oneroso, traslativos o declarativos de derechos reales inmobiliarios, además de los privilegios e hipotecas, serán inscritos. Mientras tanto, no podrán ellos ser opuestos a terceros que hayan contratado sin fraude.» Y con el sistema portugués, que no pasa de reconocer a la publicidad la mera fuerza negativa o preclusiva: artículo 7.º del Decreto-Ley de 8 de octubre de 1959 (Código de Registro Predial): «Los hechos sujetos a Registro sólo producen efectos contra terceros después de la fecha de su respectivo registro.»

Inmobiliario que nos va a situar en la órbita de los sistemas de fe pública registral de alcance germánico y que sigue muy de cerca las pautas del sistema registral español, modélico, a nuestro entender, por su moderación, progresismo y armonía.

En resumen, las nuevas formulaciones y progresos que hemos visto que se observan en ciertos países, incluido el nuestro, en materia inmobiliaria registral no son otra cosa, en acertada visión de Roca Sastre, que «manifestaciones de un proceso evolutivo hacia un progresivo perfeccionamiento de los sistemas de transcripción que fatalmente culminará en el principio de fe pública registral, con caracteres más o menos nacionales» (22).

ANGEL CRISTÓBAL MONTES,

Profesor de las Universidades Católica «Andrés Bello» y Central de Venezuela.

(22) Roca Sastre, *loc. cit.*, pág. 802.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: I. *Ley sobre retribuciones de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia*: 1. Antecedentes y características.—2. Sueldo base, coeficientes multiplicadores, trienios y pagas extraordinarias.—3. Régimen de complementos de sueldo y gratificaciones.—4. Complemento de destino.—5. Complemento de dedicación exclusiva.—6. Complemento familiar.—7. Indemnizaciones.—8. Gratificaciones por servicios especiales o extraordinarios.—9. Actuación accidental en cargos retribuidos de la Administración de Justicia.—10. Remuneración de los funcionarios en prácticas.—11. Aspirantes a las Carreras Judicial y Fiscal designados para desempeñar cargos con carácter eventual.—12. Régimen de incentivos.—13. Otras remuneraciones.—14. Realización de servicios ajenos a la Administración de Justicia.—15. Aplicación fraccionada al régimen de sueldos, trienios y paga extraordinaria.—16. Funcionarios de empleo.—17. Retribuciones de los Letrados nombrados Magistrados del Tribunal Supremo.—18. Derechos pasivos: remisión a la Ley 30/1965, de 4 de mayo.—19. Otras normas transitorias sobre derechos pasivos.—20. La Ley de 18 de marzo de 1966: disposiciones sobre derechos pasivos.—II. *Ley suprimiendo limitación de los derechos de la mujer*.—III. *Ley sobre modificación del artículo 9.º de la de conflictos jurisdiccionales*.

I

1. El *Boletín Oficial del Estado* de 29 de diciembre de 1966 publicó la Ley 101/1966, de 28 de diciembre, sobre retribuciones de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

El apartado 2) letra a), de la Base I de la Ley de 20 de julio de 1963 excluyó del ámbito de vigencia de la misma a los Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, los cuales se regirían por disposiciones especiales.

La disposición transitoria 3.ª de dicha Ley de Bases ordenó que el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, remitiera a las Cortes un proyecto de Ley sobre la Administración Civil de Justi-

cia acomodando sus preceptos a la repetida Ley, en cuanto resultare compatible con el ejercicio de la función judicial.

El apartado 1) del artículo 2.º de la Ley de Retribuciones de funcionarios públicos de 4 de mayo de 1965 también excluyó del ámbito de su vigencia a los funcionarios de la Administración de Justicia.

En cumplimiento de lo dispuesto en la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 20 de julio de 1963, se dictó la de 18 de marzo de 1966, relativa a la Ordenación orgánica de los Funcionarios de la Administración de Justicia, disposición que fue recogida en la «Crónica Legislativa» inserta en el número 453 de esta REVISTA.

La Ley que ahora se comenta da cumplimiento asimismo a la disposición 3.ª indicada y a la disposición final 9.ª de la Ley de 4 de mayo de 1965, en la que se ordenó que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, previa iniciativa del Ministerio de Justicia, remitiera a las Cortes el correspondiente proyecto de Ley sobre retribución de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, acomodándose en lo posible al criterio de dicha Ley, pero recogiendo las especialidades propias de la función judicial.

En efecto, la Ley sobre Retribuciones de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia ha seguido las líneas fundamentales de la de Retribuciones de Funcionarios Civiles del Estado, tanto en su sistemática como en la reducción de sus preceptos, reproduciendo en su integridad la mayor parte de sus disposiciones, tales como sueldo base, coeficientes, trienios, pagas extraordinarias, complemento familiar y, en general, todas aquellas que no exigían una especial acomodación a las particularidades de la función judicial.

La principal innovación consiste en la fijación por la Ley de los coeficientes, como era obligado, pues sólo las Cortes podían hacerlo por respeto a la independencia de la función.

Ahora bien, el mismo principio no se ha podido aplicar en las demás retribuciones que, en su implantación paulatina, tienen que subordinarse a los créditos presupuestarios, aunque al finalizar las etapas de la aplicación fraccionada de la Ley quedarán dichas retribuciones fijadas de manera definitiva y con rango legal.

Los complementos de destino responden a la ordenación jerárquica de los órganos judiciales y a la categoría de quienes hayan de servirlos; el complemento de dedicación adquiere especial re-

lieve como consecuencia del severo régimen de incompatibilidades y prohibiciones a que están sometidos los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; y el régimen de incentivos tiene escasa aplicación.

Se concede el derecho a optar por el nuevo régimen de retribuciones a los funcionarios remunerados, total o parcialmente, mediante derechos arancelarios, opción que alcanza incluso a los que hayan cumplido la edad de jubilación.

Los derechos pasivos se regularán por la Ley de 4 de mayo de 1965 y por las normas que ahora se dictan con carácter transitorio para la aplicación de aquélla. Las equiparaciones económicas establecidas por la Ley y el Reglamento Hipotecario fueron reconocidas por la excepción 2.ª de la disposición derogatoria 1.ª de la Ley 31/65, de 4 de mayo.

2. El *suelo* de cada funcionario resultará de la aplicación al sueldo base del coeficiente multiplicador que corresponda.

El sueldo base se fija en treinta y seis mil pesetas anuales.

El coeficiente multiplicador de los Magistrados del Tribunal Supremo y miembros de Carreras Judicial y Fiscal será de 5.5 y sólo podrá modificarse por Ley.

También determina la Ley los coeficientes multiplicadores: de los Jueces y Fiscales municipales y comarcales, los cuales sólo podrán modificarse por Ley; de los Secretarios de la Administración de Justicia, en sus dos ramas de Tribunales y de Juzgados de primera instancia e instrucción; de los Secretarios de Juzgados municipales, en quienes concorra la condición de Letrados; de los Médicos forenses; de los Secretarios de Juzgados municipales en quienes no concorra la condición de Letrado; de los funcionarios Letrados de la Escala Técnica a extinguir del Cuerpo Administrativo de los Tribunales y Oficiales Letrados de Sala del Tribunal Supremo y Audiencias y de los extinguidos Tribunales de lo Contencioso-administrativo; de los Secretarios de los Juzgados comarcales que no sean Letrados, Oficiales de la Administración de Justicia de Tribunales y Juzgados y funcionarios de la Escala Técnica a extinguir del Cuerpo Administrativo de los Tribunales en quienes no concorra la condición de Letrado; de los Secretarios de Juzgados de Paz de poblaciones de más de 5.000 habitantes y

Oficiales de la Justicia Municipal; de los Auxiliares de la Administración de Justicia y de Justicia Municipal y Agentes de la Administración de Justicia y de la Justicia Municipal.

El sueldo inicial determinado de la forma indicada y los complementos de destino y dedicación corresponderán a la realización de todas las tareas que a cada funcionario resulten encomendadas, conforme a las disposiciones sobre actuación de los órganos de la Administración de Justicia, y no podrán asignarse retribuciones complementarias por exceso de jornada, actuaciones de días festivos o prácticas de diligencias cualquiera que sea su horario, sin perjuicio de la indemnización que pueda corresponder en este último caso.

Los funcionarios tendrán derecho a un *incremento sucesivo* del 7 por 100 de su sueldo personal inicial por cada *tres años* de servicios efectivos prestados a la Administración de Justicia en el Cuerpo o plantilla a que pertenezcan, desempeñando plaza o destino en propiedad.

Para el devengo de *trienios* se computará el tiempo de servicios efectivamente prestados por el funcionario en la situación de activo. Asimismo se le computará el tiempo que pase en las situaciones de excedencia especial o forzosa y las de supernumerario, siempre que se esté en ellas o se adquieran por encontrarse el funcionario en los supuestos determinados en los artículos 43, 44 y 46 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

En el caso de que un funcionario preste sus servicios sucesivamente en distintos Cuerpos o plantillas de la Administración del Estado, tendrá derecho a seguir percibiendo los *trienios* devengados en los Cuerpos o plantillas anteriores. Cuando un funcionario hubiese cambiado de Cuerpo antes de completar un *trienio*, la fracción de tiempo transcurrido se considerará como tiempo de servicios prestados en el mismo Cuerpo.

Los funcionarios tendrán también derecho al percibo de dos *pagas extraordinarias* en cuantía igual a una mensualidad de sueldo y trienios, que se harán efectivas en los meses de julio y diciembre de cada año, siempre que los perceptores estuviesen en servicio activo o con derecho a devengo de sueldo el día primero de los meses expresados.

La retribución de sueldo y complementos, salvo el familiar, de los funcionarios que por la índole de su función o por estar autorizados debidamente, cumplieran una jornada menor que la fijada con carácter general para los de la Administración Civil del Estado, se reducirá de manera permanente o temporal, según los casos, para establecer la debida proporción entre la retribución correspondiente a la jornada legal de trabajo y la duración de dicha jornada menor. La reducción se acordará por el Ministerio de Hacienda, a propuesta del de Justicia, y en caso de desacuerdo entre ambos, por el Consejo de Ministros.

Los funcionarios de la Administración de Justicia no podrán percibir más de un sueldo con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, salvo aquellas compatibilidades declaradas en forma expresa por Ley. Subsistirán, en cuanto a cualquiera retribuciones, las incompatibilidades establecidas por Leyes.

3. El régimen de complementos de sueldo y gratificaciones se fijará conforme a lo dispuesto en la Ley, sin exceder los créditos globales figurados en los Presupuestos Generales del Estado para estas atenciones.

4. La fijación del régimen y cuantía del complemento de destino se hará por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda e iniciativa del de Justicia, previo informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta para los diferentes destinos la jerarquía del órgano judicial, la categoría y particular preparación técnica requeridas para desempeñarlo, la representación inherente al cargo, la jefatura de órgano o personal y las demás circunstancias análogas que se estime conveniente. Asimismo se comprenderá en el régimen de complementos de destino la posible retribución para el desempeño de un cargo, además del que sea titular.

5. El complemento de dedicación exclusiva sólo se reconocerá a los funcionarios que desempeñen un puesto propio de plantilla orgánica del Cuerpo a que pertenezcan y que no presten otros servicios públicos o privados remunerados, sin otras excepciones que las autorizadas al amparo de la Ley y las situaciones de licencia especial, cuando el funcionario haya renunciado al sueldo correspondiente al cargo para el que fue designado por Decreto.

Se acreditará complemento por especial dedicación establecida en sus disposiciones orgánicas, a los Magistrados del Tribunal Supremo y funcionarios de las Carreras Judicial, Fiscal y Cuerpo Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia en la cuantía de hasta otro tanto del sueldo y trienios que les corresponda.

También fija la Ley el complemento de dedicación de los Jueces Municipales y Comarcales, Secretarios de la Administración de Justicia y demás funcionarios al servicio de la misma.

6. El complemento familiar se considera en las mismas condiciones y cuantía que para los Funcionarios de la Administración Civil del Estado.

7. Las indemnizaciones que tienen por objeto resarcir a los funcionarios de los gastos que se vean precisados a realizar en razón del servicio se regirán por las disposiciones que regulan las de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, sin perjuicio de su adaptación a las peculiaridades de la Administración de Justicia, por lo que se refiere a gastos realizados dentro del territorio de la jurisdicción de un Tribunal o Juzgado para la práctica de diligencias y con ocasión de los servicios de guardia.

8. La concesión de gratificaciones por servicios especiales o extraordinarios sólo podrá hacerse con cargo a créditos destinados específicamente a estas atenciones cuando tales servicios hubieran sido ordenados por la autoridad competente y para su cumplimiento el funcionario no hubiese sido relevado de su cometido normal. Estas gratificaciones sólo podrán otorgarse a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo una vez iniciado el servicio o terminado éste. La cuantía se determinará en cada caso en atención a la naturaleza y duración del servicio.

9. La actuación accidental en un cargo retribuido de la Administración de Justicia, conforme a las disposiciones orgánicas, por quienes no pertenezcan a los Cuerpos de la misma o no estén en activo en ellos, será remunerada mediante asistencias devengadas por días, en cuantía del 75 por 100 del sueldo inicial que corresponda al funcionario que debería desempeñarlo.

10. Los funcionarios en prácticas sólo serán remunerados en el 90 por 100 del sueldo y pagas extraordinarias del Cuerpo a que

aspiren, salvo que ya lo fueren de carrera, en cuyo caso podrán optar por seguir percibiendo las remuneraciones que como tales les correspondan, a excepción de los complementos por destino y dedicación.

11. Los aspirantes a las Carreras Judicial y Fiscal que fueren designados con carácter eventual para desempeñar puestos de una u otra plantilla, indistintamente, percibirán una gratificación igual a la remuneración asignada a un Juez o Abogado Fiscal sin trienios, más lo que por razón de destino corresponda al puesto que desempeñen.

12. El régimen de incentivos sólo se aplicará en favor de los Secretarios de Justicia y Justicia Municipal y de los Oficiales, Auxiliares y demás funcionarios que presten servicios de gestión, tasación, inspección y recaudación de tasas judiciales, en la forma que se determine por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda e iniciativa del de Justicia.

13. Los funcionarios comprendidos en la Ley percibirán en las mismas condiciones y cuantía establecidas o que se establezcan con carácter general para los funcionarios de la Administración del Estado, las remuneraciones complementarias por el desempeño de un puesto de trabajo en lugar determinado del territorio nacional, así como los beneficios que para desplazamientos se otorguen en los traslados, disfrutes de permisos, licencias y vacaciones.

14. La realización por los Tribunales, Juzgados y funcionarios de la Administración de Justicia de servicios o funciones ajenos a ésta, atribuidos por disposiciones legales, deberán ser remuneradas por el organismo para el que se realice su intervención; pero el pago se realizará siempre con cargo al crédito global.

15. El régimen de sueldos, trienios y pagas extraordinarias establecidos en la Ley se aplicará fraccionadamente durante cuatro años sucesivos, contados a partir del momento de su entrada en vigor de aquélla. La Ley fija las reducciones que se efectuarán durante dicho periodo de tiempo.

16. El régimen retributivo de los funcionarios interinos y eventuales en la Administración de Justicia se regulará por las mismas disposiciones que en la Administración Civil del Estado.

17. Los Letrados que sin tener la condición de funcionario público fueren nombrados Magistrados del Tribunal Supremo, de acuerdo con las disposiciones orgánicas aplicables, percibirán, además del sueldo, un complemento extraordinario equivalente al 50 por 100 de aquél, y los trienios que causen en la función se computarán exclusivamente sobre el sueldo base y el coeficiente multiplicador.

18. La disposición transitoria 4.ª, apartado 1), ordena que las pensiones causadas por los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia a partir de 1 de enero de 1967 se determinarán con arreglo a los preceptos de la Ley 30/1965, de 4 de mayo.

Los preceptos más importantes de la Ley últimamente citada son:

1) Servirá de base reguladora para la determinación de las pensiones la suma del sueldo, trienios y pagas extraordinarias.

2) Se tomarán como base reguladora para la determinación de las pensiones las cantidades mayores que por los conceptos expresados se hubieran percibido durante un año, por lo menos, por el desempeño de puestos o cargos de libre designación, retribuidos con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

3) A efectos de la fijación de las pensiones de toda clase que causen los funcionarios que hayan permanecido en las situaciones de excedencia forzosa, excedencia especial o de supernumerario, se tendrán en cuenta los sueldos y trienios que hubieran alcanzado, aunque por razón de su situación no se hayan percibido en todo o en parte.

4) Las pensiones ordinarias de jubilación serán del 80 por 100 de la base reguladora, excepto cuando se trate de jubilación voluntaria por haber cumplido el funcionario treinta años de servicios efectivos a la Administración o tener cumplidos sesenta años de edad, casos en que, y a menos de que ambas circunstancias concurren, la pensión será del 60 por 100 de la base reguladora.

5) Las pensiones de viudedad, de orfandad o en favor de los padres o del que de ellos viviere, serán el 25 por 100 de la base reguladora. Para causar pensión a favor de la familia será preciso que el funcionario fallecido haya completado, como mínimo, dos trienios como funcionario de carrera de la Administración ci-

vil del Estado, requisito éste que no será exigido cuando el fallecimiento se haya producido dentro de los seis primeros años de servicio ininterrumpido.

6) A los efectos de jubilación o de pensión a favor de las familias, será computable el tiempo de servicio militar, estimándose como doble el prestado en campaña. También se computará como doble el servicio por los funcionarios civiles en las provincias españolas de Africa Occidental o en la Región Ecuatorial.

7) Los titulares de pensiones civiles del Estado tendrán derecho a percibir el complemento familiar en la cuantía y condiciones establecidas para el funcionario en servicio activo. La percepción del complemento familiar irá inseparablemente unida a la percepción de haberes como pensionista.

8) Se extenderá a todos los funcionarios en activo, en las situaciones de excedencia forzosa, especial o supernumerario, sin excepción alguna, y cualquiera que sea su fecha de ingreso al servicio del Estado o sus circunstancias personales, la obligatoriedad del pago de la cuota de derechos pasivos que dispuso para determinados funcionarios el artículo 1.º de la Ley de 19 de diciembre de 1951.

19. La disposición transitoria 4.ª dispone, además, lo siguiente:

1) Las actualizaciones de pensión que tengan lugar como consecuencia de las modificaciones de retribuciones del personal, dispuestas a partir de 1 de enero de 1965, se realizarán de oficio por aplicación de porcentajes medios de aumento de las pensiones reconocidas, determinados por el Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda.

2) Los porcentajes expresados serán de la cuantía precisa para que las pensiones reconocidas se eleven en consonancia con las que correspondería a pensiones causadas a partir de 1 de enero de 1967.

3) Las pensiones causadas entre 1 de enero de 1965 y 1 de enero de 1967 por jubilación o fallecimiento de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia que en el momento del cese se hallasen en situación de activo, excedencia forzosa, excedencia especial o supernumerario, se actualizarán en forma individualizada con arreglo a la Ley de 23 de diciembre de 1961, teniendo

en cuenta al efecto el sueldo, trienios y pagas extraordinarias correspondientes, pero sin que en ningún caso los nuevos haberes pasivos puedan tener efectos económicos anteriores a 1 de enero de 1957.

4) El abono de pensiones se hará en la proporción y plazos establecidos por la Ley de Retribuciones.

20. La Ley de 18 de marzo de 1966 completa, en cierto modo, lo dispuesto en la expresada disposición transitoria sobre derechos pasivos, al disponer que los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia quedarán sometidos al régimen de derechos pasivos que se regula en la Ley 30/1965, de 4 de mayo, en las condiciones y con los requisitos que en la misma se establecen; y que las referencias que en ella se contienen a los preceptos de las Leyes de Funcionarios de la Administración Civil y de Retribuciones de los mismos, se entenderán hechas en sus respectivos casos a las consecuencias de la Ley de 18 de marzo de 1966 y de la que ahora se comenta.

II

La Ley 96/1966, de 28 de diciembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 del mismo mes, deroga el apartado c) del número 2 del apartado 3.º de la Ley de 22 de julio de 1961, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer.

En virtud de dicha derogación, la mujer tiene acceso a los cargos de Magistrados, Jueces y Fiscales en la Administración de Justicia.

III

El *Boletín Oficial del Estado* de 29 de diciembre de 1966 publicó la Ley 52/1966, de 28 de diciembre, sobre modificación del artículo 9.º de la Ley de 17 de julio de 1948, de conflictos jurisdiccionales.

El párrafo 1) de dicho artículo 9.º queda redactado en la siguiente forma:

«Sólo las Autoridades y Tribunales expresados en los dos artículos anteriores, y aunque sean distintas sus respectivas demarcaciones, podrán promover las cuestiones de competencia a que se refieren, y únicamente las suscitarán para reclamar el conocimiento de negocios en que, por virtud de disposición expresa, corresponda entender, bien a ellos mismos, bien a las Autoridades, Tribunales o Jueces que de ellos dependan, bien a la Administración pública en los respectivos ramos que las primeras representan».

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

DICTAMENES
Y
CUESTIONES ACTUALES

Dictamen sobre derecho de alimentos

EL DERECHO

La obligación, entre parientes, de prestarse alimentos está consagrada en el título VI del libro I del Código civil. Se trata, por ello, de una obligación nacida de la Ley, que es una de las fuentes de las obligaciones conforme al artículo 1.089 del citado Código.

I.—LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA.

1. *Las personas obligadas a dar alimentos.*—Las relaciona el artículo 143 del Código civil, y, entre ellas, ocupando el segundo lugar, están «los ascendientes legítimos».

2. *Los titulares del derecho a percibir alimentos.*—Del propio precepto se infiere que ostentan tal condición los descendientes legítimos de la persona obligada a dar alimentos.

3. *La prelación en la obligación de dar alimentos.*—El artículo 144 establece unas reglas en las que se precisa el orden con que la obligación de prestar alimentos las grava, cuando sean dos o más las personas obligadas a prestarlos. Conforme a estas reglas los ascendientes ocupan el tercer lugar, tras del cónyuge y tras de los descendientes. Lo que quiere decir que si el titular del derecho a percibir alimento no tiene cónyuge ni descendientes legítimos, grava, en primer lugar, a los ascendientes de grado más próximo la obligación de prestarlos.

4. *La distribución de la obligación de dar alimentos.*—Cuando en virtud de las reglas referidas la obligación de dar alimentos recaiga en dos personas—que es el supuesto del hijo, con derecho a alimentos a cargo de sus padres, cuando ambos viven—, se repartirá entre los obligados el pago de los alimentos, en proporción a sus respectivos caudales; sin perjuicio de remediar las situaciones de urgencia con cargo a uno sólo, que podrá repercutir sobre el otro la parte correspondiente. Lo establece así el artículo 145 del Código civil.

II.—EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA.

1. *El concepto legal de alimentos.*—Lo establece el artículo 142, párrafo 1.º del Código civil al decir que «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia». Conviene reparar en el vocablo «indispensable», que utiliza la norma y que excluye del concepto legal de alimentos todo lo que no lo sea: todo lo superfluo.

2. *Extensión del concepto legal de alimentos, por circunstancias del que ha de recibirlos.*—Cuando éste fuere menor de edad, los alimentos comprenderán también la educación e instrucción del alimentista. Así lo previene el párrafo 2.º del citado artículo 142 del Código civil.

3. *Reducción del concepto legal de alimentos, por circunstancias del que ha de recibirlos.*—A tenor del artículo 143 del Código civil, cuando el que hubiere de recibir alimentos de sus ascendientes fuere un hijo ilegítimo, que no tenga la condición de natural, aquéllos se limitarán a los auxilios necesarios para la subsistencia, y en su caso a lo preciso para costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio.

4. *Reducción del concepto legal de alimentos por circunstancias del que haya de prestarlos.*—Cuando el obligado a prestar alimentos fuere un hermano del alimentista, los alimentos son idé-

ticos a los del supuesto anterior. Es decir, que quedan reducidos a los auxilios necesarios para la vida, y en su caso a lo preciso para costear al alimentista la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio. Así está dispuesto en el propio artículo 143 del Código civil.

5. *La cuantía de los alimentos.*—Conforme al artículo 146 del Código civil, «la cuantía de los alimentos... será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe». Interpretando este precepto, establece el Tribunal Supremo, en una jurisprudencia constante, que la determinación de la cuantía de los alimentos corresponde al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden eficazmente las partes sustituir con el suyo propio y personal al efecto de impugnar aquél en casación, mientras no se demuestre infracción legal, se desconoce la naturaleza y alcance de la obligación, según la define el artículo 142, o se prescinde para fijar su importe de los elementos de juicio y bases de proporcionalidad que establece el artículo 146 (sentencias de 15 de diciembre de 1896, 11 de octubre de 1899, 5 de junio de 1900, 28 de junio de 1901, 30 de mayo de 1903, 30 de enero de 1904, 5 de diciembre de 1911, 29 de marzo de 1916, 6 de junio de 1917, 20 de febrero de 1925, 26 de junio de 1930, 20 de diciembre de 1932, 20 de diciembre de 1934, 6 de febrero de 1942, 17 de febrero de 1942, 24 de junio de 1946 y 13 de abril de 1951, entre otras).

6. *Modificaciones en la cuantía de los alimentos.*—Las autoriza el artículo 147 del Código civil, conforme al cual aquéllos «se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos».

7. *El cumplimiento de la obligación de prestar alimentos.*—Cabe cumplir la relacionada obligación en dos formas: mediante el pago de una pensión o recibiendo y manteniendo al alimentista en la casa del obligado a prestar alimentos. La elección, entre uno y otro modo de cumplir la obligación corresponde al gravado con ella. Lo dispone así el artículo 149 del Código civil. La jurisprudencia

cia del Tribunal Supremo ha suavizado el rigor de este precepto estableciendo que este derecho de elección no es tan absoluto que impida apreciar casos en que por imposibilidad legal, moral o material no deba el alimentista ser obligado a trasladarse a casa del que tiene que dar los alimentos.

III.—LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN.

1. *Momento inicial.*—A tenor del artículo 148 del Código civil, «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se le abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda».

2. *Plazos para los pagos.*—El propio artículo 148 del Código, en su párrafo 2.º, dispone que el pago de los alimentos se verificará por meses anticipados; sin que los herederos del alimentista, en el caso de que éste fallezca, estén obligados a devolver lo que hubiera aquél recibido anticipadamente.

3. *Características del derecho de alimentos.*—No es renunciabile, ni transmitible a un tercero. Tampoco puede compensarse con lo que el alimentista deba al que hubiera de prestarlos. A las pensiones atrasadas, sin embargo, no les afectan estas prohibiciones. Todo ello por disposición del artículo 151 del Código civil.

IV.—LA CESACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR ALIMENTOS.

1. *La muerte del obligado.*—A tenor de lo dispuesto en el artículo 150 del Código civil, la obligación de prestar alimentos cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme.

2. *Otras causas de cesación de la obligación de prestar alimentos.*—Las relaciona el artículo 152 del Código civil en los siguientes términos: 1.º Por muerte del alimentista. 2.º Cuando la fortuna del

obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. 3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino, o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. 4.º Cuando el alimentista sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación. 5.º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

Interpretando el número 3.º de este artículo 152 del Código civil, ha dicho el Tribunal Supremo en dos sentencias muy antiguas—19 de junio de 1890 y 17 de diciembre de 1901—que un Licenciado en Derecho, que pueda ejercer la abogacía, y sin defecto moral, ni físico, no puede pedir alimentos, cesando la obligación de prestarlos al llegar a aquella situación, y en otra, antigua también—12 de marzo de 1910—, que quien tiene una profesión, arte u oficio, no puede pedir alimentos y que si el solicitante tiene un empleo, con el cual puede subvenir a sus atenciones, carece de derecho para pedir a su padre, ni aun a título de suplemento, alimentos, fundado en la desproporción entre la fortuna de éste y el sueldo de aquél. En cambio, en otra sentencia de 27 de marzo de 1900 estableció «que no desaparece en absoluto la obligación del que debe prestar alimentos cuando es alguna de las personas comprendidas en cualquiera de los cuatro números del artículo 143 del Código, pero el solo hecho de que el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si no obstase, por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir éste y la posición social de aquélla, estime el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más desahogadamente satisfechas». De esta sentencia puede inferirse, en contraposición, en cierto modo, con la doctrina de las antes citadas, que la simple aptitud del alimentista para llevar a cabo trabajos remuneratorios no es bastante para que decaiga su derecho a percibir alimentos, si las cantidades que con ellos pudiera recibir no iban a permitirle vivir con arreglo a la posición social de la familia.

Este criterio del Tribunal Supremo, de finales del pasado siglo y de principios del presente, que, aunque vacilante, era fundamen-

talmente restrictivo, sufrió una inicial transformación en la sentencia de 15 de diciembre de 1942, que se produce en el mismo sentido que la de 27 de marzo de 1900, y otra, fundamental, en la de 31 de diciembre del propio año 1942, en cuyos considerandos se establece:

«Que el recurrente acusa infracción de los artículos 142 y 143 del Código civil por interpretación errónea y del número 3.º del 152 del mismo por interpretación errónea y por no aplicación, fundándose de una parte en que los alimentos se dan sólo en favor del incapacitado, del inútil para el trabajo, y el demandado ha perdido el derecho a reclamar alimentos por el mero hecho de tener una profesión o, mejor dicho, dos, que son las de Ingeniero cervecero y Profesor de idiomas.

Que, aparte de que el título de Ingeniero cervecero no existe en España y de que el demandado no aparece que tenga título de Profesor de idiomas, hay que tener en cuenta que, si bien el artículo 152 en su número 3.º excluye el derecho "alimentos no sólo a los que de hecho ejerzan un oficio, profesión o industria, sino también a los que puedan ejercerlos", sin embargo esta posibilidad no ha de entenderse como mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias, y así el citado número 3.º aclara el concepto de las palabras, "de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia", pero es evidente que al que no trabaja porque no puede encontrar trabajo le son necesarios los alimentos para su subsistencia.

Que en este caso la Sala sentenciadora afirma como cierto que el demandado, a pesar de su constante actividad en busca de trabajo, que no encuentra, no ejerce oficio, profesión o industria, no por falta de competencia o laboriosidad, vicios, mala conducta y falta de tenacidad, pues esto está descartado, según el Tribunal *a quo*, por los certificados obrantes en autos y hasta por el propio reconocimiento del demandante, que acreditan su competencia, laboriosidad, buena conducta y hasta su actividad en

busca de trabajo, sino por la crisis económica que existe y por las consecuencias de paro forzoso que dificulta su colocación y que le reduce al estado de necesidad que está patentizado en los autos y que contrasta con la brillante posición económica de su padre, afirmaciones de hecho que al no ser combatidas con arreglo al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, tienen que ser aceptadas como base de resolución en este recurso, cuyo motivo primero en méritos de lo expuesto debe ser desestimado.

Que aunque el demandado pudiera realmente obtener un trabajo retribuido que le permitiera atender estrechamente a su subsistencia con los medios más indispensables, esto no le privaría del derecho a reclamar alimentos en proporción con la elevada posición económica de su padre, pues tratándose de padres e hijos legítimos los alimentos no están restringidos a los auxilios necesarios para la subsistencia que el artículo 143 del Código civil reserva a los padres e hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, sino que su cuantía ha de apreciarse según la posición social de la familia con arreglo al artículo 142, párrafo 1.º, del propio Código, debiendo estar en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe según el 146 del mismo, por lo cual tiene declarado esta Sala—sentencia de 27 de marzo de 1900—que no desaparece en absoluto la obligación del que debe prestar alimentos cuando el obligado es alguna de las personas comprendidas en cualquiera de los cuatro números del artículo 143 del Código por sólo el hecho de que el alimentista ejerza un oficio, profesión o industrial, si, no obstante, por las condiciones de estrechez en que es obligado a vivir éste y la posición social de aquélla, estima el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más desahogadamente satisfechas.»

La doctrina de esta sentencia ha sido recordada en otra posterior de 24 de junio de 1950, en la que se ha precisado el sentido de aquélla en los siguientes términos:

«Que según el artículo 152, número 3.º, del mismo Código cesa la obligación de dar alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, y aunque en el recurso no se incluye este precepto entre los que se consideran infringidos es realmente donde se centra la controversia, pues el recurrente niega tener posibilidad de trabajar, apoyándose en la sentencia de esta Sala de 31 de diciembre de 1942, que declara que la posibilidad de ejercer un oficio, profesión o industria no ha de entenderse como mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias, pero, admitida esta doctrina, no por eso deja de ser necesario acreditar—y el demandante incumbe la prueba—que la necesidad del que reclama proviene de no haber podido encontrar trabajo, a pesar de haberlo intentado con la diligencia o los medios a su alcance, y así la mencionada sentencia se fundó en un elemento básico de hecho, pues la en aquel caso recurrida afirmaba como cierto que el que reclamaba los alimentos, a pesar de su constante actividad en busca de trabajo, que no encontraba, no ejercía oficio, profesión o industria, y esto no por falta de competencia o laboriosidad, vicios, mala conducta y falta de tenacidad, sino por la crisis económica existente y por las consecuencias de paro forzoso que dificultaban su colocación, mientras que, por lo contrario, en el caso presente el Tribunal *a quo* tiene por indemostrado que el reclamante haya buscado trabajo sin encontrarlo y estima que no demuestra cuáles son los medios que pusiera en práctica para buscarlo ni en qué consistiera la imposibilidad de encontrarlo, y como quiera que esta apreciación no ha sido impugnada por la vía del número 7.º del artículo 1.492, no existe para el juzgador en casación la base de hecho necesaria para la resolución que se pretende.

Que en cuanto a la posibilidad de trabajar como causa excluyente del derecho a alimentos se alega que tal posibilidad no se ha de entender con relación a cualquier trabajo, sino con respecto a los trabajos dignos del rango social aristocrático del recurrente, pero aparte de que el

trabajo lícito y útil a la sociedad es siempre honroso, tampoco se ha acreditado que el recurrente haya buscado inútilmente algún trabajo que considere digno de su rango.»

LOS HECHOS

Los suministrados al Letrado que suscribe, en lo esencial, son los siguientes:

1.º Don J. M. tiene cuarenta y dos años de edad, es soltero y sus parientes más próximos son sus padres y sus hermanos.

2.º Es Licenciado en Derecho, aunque no ejerce ni ha ejercido nunca la Abogacía, ni en realidad ninguna otra profesión con un sentido de permanencia.

3.º Ha permanecido alejado del mundo, en un monasterio unas veces, y otras dedicado a obras de apostolado, por espacio de mucho tiempo, como consecuencia de una vocación religiosa que no ha llegado a hacerse posible para él, por su falta de salud; que es la misma razón que le impide la dedicación a un trabajo remunerativo con carácter de permanencia.

4.º Al volver a la vida seglar, ha experimentado su incapacidad para desempeñar un destino de los que podrían estar a su alcance.

5.º Cifra sus aspiraciones en completar y perfeccionar sus estudios de Derecho y de Filosofía, con la vista puesta en llegar a ser profesor de Filosofía del Derecho.

6.º Los padres del señor M. tiene una brillantísima posición social. Su capital puede calcularse en unos treinta millones de pesetas y sus rentas no serán inferiores a 700.000 pesetas al año, con las que no han de atender sino a sus propias necesidades, ya que sus restantes hijos—dos varones y una hija—poseen holgadas posiciones propias.

7.º Don J. M. carece en absoluto de cualquier clase de bienes y rentas.

CONSULTA

Don J. M., tras de exponer los antecedentes relacionados, requiere la opinión del Letrado que suscribe, respecto de si le asiste derecho a pedir alimentos a sus padres y, en su caso, en qué cuantía.

El mencionado Letrado, tras de hacer del caso el más detenido estudio, formula el siguiente

DICTAMEN

I.—EL DERECHO A PEDIR ALIMENTOS Y LA OBLIGACIÓN
CORRELATIVA DE PRESTARLOS.

En abstracto, el derecho de don J. M. a reclamar alimentos a sus padres no puede discutirse y está consagrado por los artículos 143 y 144 del Código civil; debiendo repartirse la obligación de prestarlos, entre sus progenitores, en proporción a los respectivos caudales, conforme señala el artículo 145.

En concreto, será menester considerar si esa obligación abstracta, indiscutible, ha podido cesar por alguna de las causas en virtud de las cuales cesa la obligación de prestar alimentos.

II.—CONSIDERACIÓN RESPECTO DE SI EN EL CASO DE LA
CONSULTA CONCURRE O NO ALGUNA DE LAS CAUSAS
QUE HACEN CESAR LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR
ALIMENTOS.

De las relacionadas en los artículos 150 y 152 del Código civil, a las que se hizo referencia en otro lugar, requieren consideración especial las de los números 3.º y 5.º del artículo 152.

1. *«Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.»*

Los hechos que sirven de base a la consulta que se resuelve, permiten prescindir del estudio a la última parte de la norma y limitarlo a la primera, es decir, a si don J. M. «puede ejercer un oficio, profesión o industria».

El criterio del Tribunal Supremo, anotado en otro lugar, permite interpretar el número 3.º del artículo 152 del Código civil en el sentido de que no basta, para que cese la obligación de prestar alimentos, la mera actitud del alimentista para efectuar un trabajo remuneratorio, sino que es menester que lo realice y que la remuneración que obtenga le permita vivir con arreglo a la posición social de su familia; aunque ha de acreditar, si no realiza ningún trabajo, teniendo aptitud, que no es por su culpa. Ese es el sentido de las sentencias de 27 de marzo de 1900, 15 de diciembre de 1942, 31 de diciembre de 1942 y 24 de junio de 1950, especialmente de las dos últimas. Y a su tenor, puede mantenerse el derecho a don J. M. a recibir alimentos de sus padres; si bien dicho el señor J. M. habrá de demostrar que no tiene culpa en carecer de un trabajo remuneratorio que le permita vivir con arreglo a la posición que a su familia le corresponde. A menos de que no tuviera aptitud para un trabajo de esa especie. El jurista no encuentra un defecto de carácter legal que incapacite al señor J. M. para el trabajo. Puede, sin embargo, haber otros defectos, físicos o psíquicos, que habrán de ser establecidos por los médicos especialistas en la materia.

2. *«Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.»*

No parece, a la vista de los hechos, base de la consulta, que la causa relacionada, justificativa de la cesación de la obligación de prestar alimentos concorra, de una manera objetiva, en el caso. Sin embargo, no deberá ser descuidada, puesto que, en el supuesto de producirse una situación de polémica, podría ser alegada.

III.—LA CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS.

Se ha de insistir en que el concepto legal de los alimentos, hace referencia a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista y no a lo superfluo, y que siendo el alimentista mayor de edad, quedan fuera del concepto legal su educación y su instrucción. Se ha de insistir también en que los alimentos han de ajustarse a la posición social de la familia. Y se ha de insistir, por último, en que su cuantía ha de ser proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Estas normas, tan poco precisas, y la jurisprudencia, dejando al prudente arbitrio de los Tribunales la determinación de la cuantía de los alimentos, hacen dificilísima la determinación de la cuantía de la pensión, en el caso objeto de la consulta. Sin embargo, intentaremos llegar a algunas conclusiones sobre este punto.

1. *La posición social de la familia.*—Se ha de insistir en que es, en todos los sentidos, brillantísima, y esta circunstancia da lugar, en estricta aplicación de la Ley, a que los gastos de sustento, habitación, vestido, etc., de don J. M. no puedan ser modestos, y a que, sin llegar al lujo, donde empezaría lo superfluo, deban desenvolverse en un tono elevado.

2. *La proporción de los alimentos con el caudal de quienes han de darlos.*—Un matrimonio, solo, ya de cierta edad, como el de los padres del señor J. M., por grande que sea el lujo con que vivan, no puede incurrir en gastos superiores a 500.000 pesetas al año. Lo que significa que les sobran otras 200.000 pesetas, con las que, por fortuna para todos, no necesitan atender sino al presunto alimentista, ya que sus restantes hijos disfrutan de brillantes posiciones propias.

3. *Las necesidades de quien ha de recibirlos.*—Por razones que están en la mente de todos juzgamos que para satisfacer las necesidades de don J. M., sustento, habitación, vestido, etc.—, conforme a la posición social de la familia, una pensión mensual de

12.000 a 15.000 pesetas no podría calificarse como exagerada. No puede hacer sus comidas en una taberna, ni vivir en un tabuco, y esto supone al menos 7.500 pesetas al mes para su sustento y otras 3.000 pesetas para su vivienda, con lo que apenas resta nada para los demás conceptos que los alimentos comprenden.

Estos cálculos, hechos con el mayor deseo de acierto, se han de consignar, sin embargo, con toda clase de reservas.

* * *

Por todo lo razonado, el Letrado que suscribe llega a las siguientes

CONCLUSIONES

1.ª Don J. M. tiene derecho a solicitar alimentos de sus padres y éstos obligados de prestárselos, en proporción a sus respectivos caudales; en el supuesto de que el mencionado don J. M. no puede proporcionarse, mediante su trabajo y sin culpa de su parte, las cantidades precisas para vivir como le corresponde de acuerdo con la posición social de su familia.

2.ª Una pensión de 12.000 a 15.000 pesetas mensuales sería, en principio, justa y proporcionada para satisfacer los mencionados alimentos.

Este es mi dictamen. que someto a cualquier otra opinión mejor fundada.

D. P.

VIDA JURIDICA

Curso de Conferencias en la Academia Madrileña del Notariado

El negocio fiduciario (Estudio critico de la teoría del doble efecto),
POR FEDERICO DE CASTRO.

El pasado día 14 de noviembre disertó en la Academia Madrileña del Notariado don FEDERICO DE CASTRO, quien pronunció una magistral conferencia con el título que sirve de epigrafe a esta reseña. El profesor DE CASTRO es hoy, sin duda alguna, nuestra máxima autoridad en materias de Derecho civil, razón por la cual su palabra es siempre importante. Esta conferencia lo es además por su mismo contenido. Estamos seguros de que se recordará durante mucho tiempo.

El tema del negocio fiduciario es un tema a la par difícil desde el punto de vista de su construcción teórica y de una gran trascendencia práctica. Es un tema en el cual vivimos de una serie de tópicos que aceptamos usualmente como moneda corriente de curso legítimo. Uno de estos tópicos es lo que el profesor de la Universidad de Madrid llama la «teoría del doble efecto», es decir, la idea según la cual el negocio fiduciario origina en el plano real un efecto de genuina y plena transmisión de la propiedad, mientras que en el plano obligacional genera la pura obligación del fiduciario de retransmitir cuando la *causa fiduciae* se ha cumplido. Esta teoría, hoy generalmente aceptada en nuestro país, conduce a unas consecuencias que intuitivamente consideramos injustas, como ha ocurrido en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1965, en la cual se admite por primera vez que el tercero que recibe los bienes del fiduciario adquiere un dominio inimpug-

nable, *aunque no sea un tercero de buena fe*, por conocer la existencia de la fiducia y su alcance.

La tesis fundamental del profesor DE CASTRO en la conferencia que comentamos es que la llamada teoría del doble efecto es del todo insostenible y además que es de la mayor importancia mostrar su inexactitud, ya que contradice y puede incluso llegar a minar los fundamentos mismos del sistema jurídico español.

«El negocio fiduciario, y la construcción del doble efecto que la acompaña, nace perfecto y acabado de la cabeza de un jurista como Minerva saliera de la cabeza de Zeus». Esta concepción se ha presentado como ungida con el doble carisma del Derecho Romano clásico y de la dogmática del pandectismo alemán, pero considerada la figura en su desnudez y contemplada sin prejuicios «aparece como una invención doctrinaria, sin amparo en las leyes y sin los cuarteles de nobleza de la elaboración medieval; engendro advenedizo y forastero, ajeno y contrario a nuestra secular tradición jurídica».

Puede decirse además que no puede basarse en el Derecho Romano; que no fue admitida, sino contradicha, en el Derecho común; que está en trance de abandono en la práctica y en la doctrina alemana; que es rechazada por la opinión común en Italia, de cuya doctrina lo recibió la española, y que ni siquiera en España puede decirse generalmente aceptada, dada la autoridad de los que discrepan (VALLET, LACAL, SAPENA).

La figura del negocio fiduciario, concebida con arreglo a la teoría del doble efecto, fue inventada por Ferdinán REGELSBERGER, alrededor del año 1880, y gozó de la gran autoridad de VON TUHR. Carece, sin embargo, de fundamentos en el Derecho Romano. La fiducia no aparece mencionada en el *Corpus Justinianeum*. El descubrimiento de la *Instituta* de GAYO, sin embargo, puso de moda esta figura entre los juristas del siglo XIX. Cualesquiera que sean las construcciones que sobre ella se realicen (fiducia *cum amico*, fiducia *cum creditore*), parece claro que se funda en los siguientes postulados: a) una especial valoración social e incluso penal de *fides*; b) un sistema de transmisión abstracta y solemne de la propiedad (*mancipatio, in iure cessio*); c) la inexistencia de las figuras especiales de los derechos reales de garantía (prenda, hipoteca).

La figura del negocio fiduciario se crea, como se ha dicho ya, en Alemania en la pandectística del siglo XIX. Su necesario postulado es un sistema de transmisión abstracta del dominio—la *Enigung* o contrato real—. Tropezó, sin embargo, desde el primer momento con un insalvable obstáculo: la interpretación de la Ley de Concursos. En el caso de concurso de acreedores del fiduciario, la doctrina reconoció al fiduciante un derecho de separación (*Aussonderungsrecht*) para excluir de la masa el bien, solución incompatible en buena lógica con los axiomas de la teoría del doble efecto. De esta manera, la teoría del doble efecto no tuvo nunca en Alemania plena fuerza y hoy aparece abandonada por la mayor parte de los autores (FLUME, BOEHMER, HEDEMAN, WESTWERMANN, LEHMANN, ESSER, LARENZ).

En la doctrina italiana, la figura se recibió por obra de Francesco FERRARA. No pudiendo tener su fundamento en una transmisión abstracta del dominio, los autores buscaron apoyo en la construcción de una especial causa o fin económico-social: la *causa fiduciae*. Pero la mayor parte de la doctrina ha rechazado esta construcción (CARIOTA FERRARA, SANTORO PASSARELLI).

En la doctrina española la construcción del negocio fiduciario fué admitida «en virtud de esa generosa xenofilia que la ha venido caracterizando», mas sin advertir las profundas diferencias entre el sistema jurídico español en materia de transmisión de la propiedad (causalista, con libertad de prueba y primacía de la buena fe) y el alemán. Cabe en la doctrina española distinguir tres momentos. El primero, en que se recoge la figura con el sentido prudente de la práctica judicial alemana (así: R. D. G. R., 14 de junio de 1922 y don Jerónimo GONZÁLEZ, *El fiduciario*, 1928). Un segundo, en que se vulgariza la doctrina del doble efecto por obra de la autoridad inigualada de CASTÁN, que la recoge en la forma extremada y logicista en que la expusieron FERRARA y VON TUHR. Se recibe así por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Finalmente, una posición más crítica, cuyos antecedentes se encuentran en SAPENA, LACAL y VALLET.

Planteado así el problema, busca el conferenciante el fundamento de esta construcción del doble efecto real y obligacional carente de apoyo en los textos legales. Dos han sido las construc-

ciones propuestas: la que lo funda en la voluntad o autonomía privada, y la que busca una causa especial (*causa fiduciae*). Ambas son insatisfactorias y objeto de una detenida crítica.

Examina después el conferenciante el problema de la quiebra del fiduciario, donde la generalidad de los autores y la práctica judicial se ven forzados a reconocer el derecho del fiduciante como derecho real de separación, encontrando también carentes de base las explicaciones que se ha querido dar al fenómeno para salvar el principio o punto de partida. Estudia, finalmente, la figura del «interpósito», sobre todo en las Leyes que se ocuparon de las situaciones creadas por la Iglesia y las Ordenes y Congregaciones religiosas (Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero de 1942), para llegar a la conclusión de que en el sentido de dichas Leyes la propiedad de los bienes no sale nunca del fiduciante.

Sin duda, ha sido una bella conferencia. Ha contribuido además a desmitificar muchos de nuestros tópicos y a superar las aporías e injusticias a que conducía lo que podemos llamar el punto de vista clásico del negocio fiduciario. Falta ahora la segunda parte, en la cual esperamos que el autor nos dé su punto de vista sobre el negocio fiduciario, superada la teoría del doble efecto.

D. P.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

LA CLÁUSULA, CONSTATADA EN EL REGISTRO, EXPRESIVA DE QUE NO PODRÍA EL COMPRADOR EDIFICAR EN EL TROZO DE TERRENO VENDIDO, COMPRENDIDO ENTRE EL FRENTE DE LA TEJAVANA, QUE LO TIENE EN SU LADO ESTE, Y EL LÍMITE ESTE DEL TERRENO, NO REÚNE LAS NOTAS SUFICIENTES PARA CARACTERIZARLA COMO UNA SERVIDUMBRE, POR LO QUE, CONTENIENDO UN PACTO DE NATURALEZA OBLIGACIONAL, QUE NO DEBERÍA HABER TENIDO INGRESO EN LOS LIBROS, PROCEDE SU EXPULSIÓN DE AQUÉL, DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 21 de septiembre de 1966 ("B. O." de 4 de octubre de igual año).

«Inmobiliaria Olse, S. A.», era dueña de las dos fincas colindantes siguientes: A) «Parcela de terreno en La Portalada del Sur o simplemente La Portalada», y B) «Un terreno para antuzano, sito al sur de la casa perteneciente a doña C. A.». En la inscripción primera de esta última finca figura la siguiente limitación: «Esta venta se lleva a efecto con la condición de que no podrá el comprador edificar en el trozo de terreno vendido comprendido entre el frente de la tejavana que lo tiene en su lado este y el límite Este del terreno; en el resto del terreno podrá edificar libremente, pudiendo también levantar libremente la tejavana, objeto de la venta». Por escritura otorgada ante el Notario recurrente el día 10 de junio de 1965, don Jesús Olano Fernández, en representación de «Inmobiliaria Olse, S. A.», practicó las siguientes operaciones:

- a) Agrupación de las fincas anteriormente mencionadas.
- b) Segregación de 481 metros con 66 centímetros cuadrados, constitutivos de un solar para edificar.

c) Declaración de obra nueva, consistente en un edificio levantado en el mencionado solar, que integró las casas señaladas con los números 15 y 17 de la calle Hermanos Larrarte, de Santurce.

d) Constitución de tal edificio en régimen de propiedad horizontal.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento, con excepción de lo que luego se dirá, en el tomo, libro, folios, fincas e inscripciones que indican los cajetines al margen de las descripciones de las fincas. No admitida la inscripción en cuanto a la declaración de obra nueva, por constar en la inscripción primera de la finca señalada en el título con la letra B y obrante en este Registro de la Propiedad al folio 102 del tomo 762, libro 54 de Santurce, finca número 3.009, lo siguiente: Esta venta se lleva a efecto con la condición de que no podrá el comprador edificar en el trozo de terreno vendido comprendido entre el frente de la tejavana que lo tiene en su lado este y el límite Este del terreno, en el resto del terreno podrán edificar libremente, pudiendo también levantar libremente la tejavana, objeto de la venta. Este defecto es insubsanable y dada su naturaleza no se toma anotación de suspensión aunque se solicite.»

Interpuesto recurso por don José Caravias, Notario autorizante del Documento, la Dirección, confirma el Auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota calificadora, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que este expediente obliga a decidir acerca de la naturaleza del contenido de la cláusula de la escritura de compraventa, es decir, si se trata de una servidumbre negativa de no edificar, que tendría su acceso al Registro con arreglo a los artículos 2 y 13 de la Ley Hipotecaria, o si por el contrario se está ante un simple derecho personal, cancelable según el artículo 98 de dicho texto legal.

Que la lectura de la cláusula discutida revela que no reúne las notas suficientes para caracterizarla como una servidumbre, ya que se limita a declarar la obligación de no construir, sin que se haga constar cuál es el predio dominante y en beneficio del que se establece, ni la extensión, límites y configuración de esta pretendida servidumbre, así como su valor, circunstancias todas ellas de inexcusable descripción, con arreglo al artículo 9 de la Ley y 51 de su Reglamento, por todo lo cual es forzoso concluir que se está ante un pacto de naturaleza obligacional, que no debería haber tenido ingreso en los libros registrales, y cuya expulsión procede, de conformidad con el mencionado artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

LOS PACTOS EN LOS QUE LAS PARTES ESTABLECEN UNOS SENDOS Y RECÍPROCOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE PARA EL CASO DE TRANS-MISIÓN DE LAS PARCELAS POR ACTO A TÍTULO ONEROSO EN EL QUE NO MEDIE DINERO, O POR DONACIÓN, HERENCIA O LEGADO EN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS QUE APARECEN ESPECIFICADAS EN LAS CLÁUSULAS DE LA ESCRITURA, POR TENER CARÁCTER REAL, AL AMPLIAR EL CAMPO PROPIO DE APLICACIÓN DEL TANTEO, PUEDEN TENER ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Resolución de 20 de septiembre de 1966 («B. O.» de 6 de octubre).

Por escritura otorgada en Solsona el 28 de febrero de 1964, don F. y su madre, doña M., previas determinadas operaciones de segregación, vendieron a don M. y don S., la tercera parte indivisa, a cada uno, de una finca rústica de secano sita en término de Solsona, que pertenecía a los vendedores en nuda propiedad y usufructo, respectivamente; los comparecientes manifestaron ser dueños por terceras partes indivisas (la del señor V. usufrutuada por su madre, doña M.) de una finca urbana sita en la misma población; después de una agrupación llevada a cabo, los comparecientes quedaban dueños por terceras partes indivisas (la del señor V. usufrutuada por su madre, doña M.) de la nueva finca que se constituía (apartado expositivo quinto). Las estipulaciones cuarta, quinta, sexta y séptima de la escritura dicen literalmente lo que sigue:

«Cuarta.—Para el caso de que se dividiere materialmente la finca descrita en el apartado expositivo quinto de esta escritura, don M., don S. y don F. constituyen a favor de quienes fuesen dueños de las restantes parcelas, pero con la preferencia que se establece en la cláusula séptima, un derecho de tanteo recíproco y real; en consecuencia, si el adjudicatario de cualquiera de las porciones en que se dividiera aquélla o sus derechohabientes quisieran enajenar la misma, deberán notificarlo fehacientemente a los propietarios de las otras parcelas, indicando todas las condiciones de la operación, y ésta habrá de efectuarse en las mismas condiciones, con el o los titulares de la preferencia que optaren por ello dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación.

Quinta.—Si la transmisión onerosa no fuere mediante dinero, los titulares de la preferencia podrán adquirir la parcela objeto de aquélla por el precio que, salvo acuerdo entre los interesados, fijen dos peritos nombrados, uno por cada parte, o, caso de discrepancia, un tercero designado por el Juez de Primera Instancia de Solsona.

Sexta.—Si cualquiera de dichas parcelas se transmitiere, bien sea por donación o por herencia o por legado, a favor de quien no sea alguna de las personas a las que la Ley llamaría a la sucesión abintestato del propietario de aquélla, los dueños de las otras parcelas, con la preferencia que se dirá en la cláusula séptima, podrán adquirirla dentro de los treinta días hábiles si-

guientes a la notificación fehaciente de la proyectada donación o de la transmisión *mortis causa*, mediante abonar al donante, heredero o legatario, el valor que, salvo acuerdo entre los interesados, fijen unos peritos designados, según se indica en la cláusula anterior.

Séptima.—Los derechos de preferente adquisición establecidos en las tres cláusulas precedentes serán también aplicables si las transmisiones tuvieran por objeto las participaciones indivisas creadas en la presente escritura; en todo caso, si no se diere la notificación prevenida, él o los titulares de la preferencia podrán hacer uso de su derecho dentro de treinta días hábiles, contados desde que por cualquier medio tenga conocimiento de la transmisión; el o los dueños de la participación o parcela que se adjudique a don F o a sus sucesores serán preferidos a los dueños de las otras en el ejercicio de dichos derechos, que podrán ejercer, aunque el adquirente fuere otro de los condueños o titulares de las parcelas; los repetidos derechos, dentro de los límites del artículo 781 del Código civil, sólo actuarán respecto de la primera transmisión de las que, pudiendo dar lugar a ellos, fuere objeto cada parcela o participación y solicitan su inscripción en el Registro de la Propiedad.»

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Inscrito el precedente documento en donde indican las notas puestas en cajetín al margen de las respectivas descripciones de las fincas, denegándose la inscripción de los derechos de tanteo que se establecen en las cláusulas quinta, sexta y séptima, salvo en cuanto a esta última cláusula cuando la transmisión a que hace referencia la misma tenga relación con lo establecido en la antes expresada cláusula cuarta, por no referirse a transmisiones onerosas de venta o de dación en pago, únicos supuestos en que puede actuar este derecho.»

Interpuesto recurso por don Enrique Jiménez Brundelet, Notario autorizante de la escritura, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota calificadora, mediante la doctrina siguiente:

Que el problema que plantea este recurso consiste en resolver si pueden tener acceso al Registro, caso de tener carácter real, los pactos en los que las partes establecen unos sendos y recíprocos derechos de adquisición preferente para el caso de transmisión de las parcelas por acto a título oneroso en el que no medie dinero, o por donación, herencia o legado, en determinadas circunstancias que aparecen especificadas en las cláusulas discutidas.

Que el sistema inmobiliario español está centrado exclusivamente en la inscripción de los títulos que contienen actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, según establece el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sin que puedan tener acceso todos aquellos otros que presentan una naturaleza personal, por no alcanzar la consideración de gravámenes, y de ahí que, conforme ya declaró la Resolución de 29 de marzo de 1955, será función de los Registradores velar por la eficacia del sistema y evitar que ingresen en los libros registrales derechos, cargas y gravámenes de dudoso carácter real, que permitirían la inscripción de todo tipo de cláusulas y otorgarían amparo frente a tercero, a título de deficientes e imperfectos.

Que al desempeñar los Registradores esta función, tropiezan con graves dificultades prácticas, pues salvo en los casos en que los caracteres típicos del derecho real se presentan con nitidez, no deja de ser frecuente la existencia de relaciones jurídicas en que unas veces aparecen entremezcladas cláusulas de naturaleza real y obligacional, en otras se trata de figuras de tipo intermedio que ofrecen los caracteres de ambas, y hay también unas últimas, en las que el derecho real no se presenta en forma pura, sino modalizado a través de un contenido más o menos amplio, como ya previene el artículo 467 del Código civil respecto del usufructo o el 594, en relación a la servidumbre.

Que por todo ello se debe extremar el cuidado al realizar la calificación, máxime si se tiene en cuenta que, aun con la orientación de *numerus apertus*, tradicionalmente seguida por este Centro, y que encuentra su justificación en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, no es dable ampliar el campo de los derechos de cosas hasta el punto de atribuir naturaleza real a toda convención en la que no se contengan los requisitos típicos de los derechos de tal clase, y evitar que se pueda, al amparo de esa libertad, eludir la aplicación de preceptos tan fundamentales como los artículos 2, 29 y 98 de la Ley Hipotecaria.

Que en el caso concreto discutido aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real—similar a otras ya admitidas por nuestra legislación (art. 16, apartados 8 y 9 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos; arts. 20 y 21 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; arts. 3 y 4 de la Ley de 15 de julio de 1954, etc.) y por la jurisprudencia—, ya que se trata de un derecho de preferente adquisición, que en virtud del negocio jurídico concluido amplía el campo propio de aplicación del tanteo, al extenderlo a los supuestos de transmisión gratuita y permuta, y en donde los posibles obstáculos aparecen superados en cuanto que:

a) Existe convenio en el que se concede al titular la facultad *erga omnes* de adquirir la parcela o participación indivisa, sin crear un simple derecho de crédito.

b) El precio no queda fijado de antemano, sino que con las garantías necesarias se determinará por terceras personas en el momento de la transmisión, procedimiento similar al regulado en el artículo 1.447 del Código civil y en el 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

c) Se concede un plazo determinado y breve—treinta días—para el ejercicio del derecho, computados desde la notificación fehaciente de la transmisión.

d) Este derecho sólo puede ejercitarse en la primera transmisión, y siempre respetando el límite del artículo 781 del Código civil, por lo que no se crea ninguna vinculación o gravamen de duración perpetua o indefinida.

e) Se facilita el cese de la indivisión creada o la reconstitución de la primitiva finca que se ha dividido materialmente, lo que justifica el interés legítimo de las partes en establecer el referido derecho.

* * *

El que se estudie a fondo los retractos en España desde el ángulo de limar sus cortantes aristas, no quiere decir que se den alas a la

categoría de los derechos reales de adquisición. No sólo es lamentable la simpatía del legislador español por los retractos, sino el entusiasmo de nuestros tratadistas por dicha categoría. El aprendiz de jurista español se llega a formar la falsa idea de que tal figura jurídica es tan básica y universal, que su falta en nuestros tratadistas anteriores era poco menos que un síntoma de atraso español. Es preciso desarraigar este prejuicio, para cerciorarse de cómo los derechos reales de adquisición son desconocidos en la doctrina dominante francesa e italiana, y en la alemana tienen tan reducido ámbito, que únicamente por el exceso de rigurosidad conceptual de la mentalidad germánica se han colocado frente a los derechos reales de goce y a los de realización de valor.

Dar vuelos a la categoría de los derechos reales de adquisición es pernicioso, porque es animar al legislador a que siga complicando la vida jurídica con más figuras retractuales cada día.

Estas palabras, no nuestras, sino del culto Registrador, Tirso Carretero (*Tanteo y Retracto Arrendaticio Urbano*, nota 11, página 807, año 1958, de esta REVISTA), de suscribirse totalmente entrañarían una dura crítica a la Resolución precedente.

No llegamos—ni mucho menos—a esto, pero son bastantes, con su mera lectura a justificar la postura del Registrador. Se perfilan derechos o se crean limitaciones, que al menos hay que reconocer van contra el sentido de libertad de la propiedad, dogma éste que, por encima de todo, debe prevalecer y que implícitamente viene a adoptar el Centro Directivo en el apartado final e) del último de sus Considerandos, pues toda indivisión es una traba a su fácil comercio.

Por otra parte, y huyendo de exagerar toda crítica negativa, siempre lejos de nuestro modesto hacer, entendemos con el Presidente de la Audiencia que es muy liberal la *analogía (de total inaplicación al caso*, expresa el auto) que se hace por el Notario recurrente, en su ágil informe—que recoge el Centro Directivo—del vacilante derecho—o derechos—por dicho funcionario creados, con los especialísimos de las Leyes de Arrendamientos rústicos y los de Sociedades Anónimas y Limitadas.

Y si decimos vacilante derecho, es porque el mismo Notario, en su escrito de alzada del auto presidencial, reconoce «la impreme-

ditada denominación de tanteo» por él empleada en la escritura calificada.

Al Registro deben ir solo derechos perfectamente limpios y diferenciados. Si propiamente son «tanteos» los creados, y si en frases del mismo Notario, «tanteo y retracto no son, según la doctrina, dos derechos diferentes, sino dos fases o aspectos—previo y subsiguiente—de un mismo derecho de adquisición preferente», estimamos oportuno recordar la polémica, aun no resuelta, sobre la «realidad» de esos dos derechos: «tanteo y retracto» paccionados, que hizo decir, con precisas y ajustadas palabras a un Notario, Alfonso del Moral—Conferencia en la A. M. del N. de 9 de mayo de 1950, «Los Derechos de Adquisición y el problema de su rango—, «que en la configuración obligacional del retracto (más del tanteo y máxime como los expone o configura el Fedatario recurrente) *paccionando* no se producirá jamás el montaje de un puro y firme derecho de adquisición, sino el de una *esperanza* de adquirir, pendiente de una condición *si volet* o engarzada a una cláusula penitencial; un derecho de adquirir *non nato*, en definitiva» (pág. 358, T. VIII).

¿Y *quid* en cuanto al rango entre esos derechos de preferente adquisición que configura la Dirección—último Considerando—con el retracto de comuneros del artículo 1.522 del Código civil? El citado Del Moral parece concederle preferencia a este último (página 368, ob. cit.).

¿Qué irían contra sus propios actos, conforme a lo convenido en la estipulación 7.ª, al invocar este retracto de comuneros D. M. y D. S. contra R. F.? ¿Que ha de tratarse de actos en que no «medie dinero»? ¿*Quid* de la Permuta?

En sus Vistos se ha tenido en cuenta por la Dirección la Resolución de 27 de marzo de 1947 (véase en esta REVISTA, págs. 394 a 399 de dicho año). Pues bien, en ella se analiza la posible analogía de la relación jurídica debatida (que se expulsó del Registro) con el Retracto convencional. En la presente—en conexión con aquella—, uno de los elementos esenciales allí contemplados, exigidos por el Código civil: el plazo para retraer, artículo 1.508, contra lo que pretende justificar el apartado c) de su Considerando 5.º, para nosotros—con todo respeto para el Ilustre Centro—no encaja

en absoluto con la letra de dicho básico precepto. El plazo para retraer (o tantear, como se quiera) debe computarse *desde la fecha del contrato* reza diáfananamente el artículo 1.508—tanto a falta de pacto expreso, como si lo hay (que no excederá de diez años). Por tanto, esas notificaciones que se fijan para cuando se quiera enajenar las porciones que se adjudican (Estipulación 4.^a de la escritura), o sea, sin sujeción a términos desde la fecha del contrato, van contra la imperatividad del artículo 1.508 tan repetido—de nuestro Código fundamental.

No hacemos sino aflorar cuestiones fácilmente perceptibles a la simple lectura del documento calificado.

Y hasta la cortapisa a la libre disposición por testamento y donación del patrimonio, ¿no choca contra lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria?

Fljémosnos que es en un acto *inter vivos*—de venta—, no en el negocio Testamento o donación, donde se formalizan prohibiciones de disponer que no sean a favor de determinadas personas (las llamadas abintestato de los que se vinculan).

Todo ello, en fin, propicio a polémicas que se deben rehuir para aquellos derechos que entren en el Registro.

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CON CLÁUSULA DE RESIDUO O FIDEICOMISO DE RESIDUO, OBSERVÁNDOSE, EN EL PRESENTE CASO, QUE EL SEGUNDO LLAMAMIENTO NO PUEDE TENER LUGAR POR HABER FALLECIDO ANTES QUE LA TESTADORA TODOS LOS POSIBLES FIDEICOMISARIOS, SUPUESTO ASIMILABLE AL DE NULIDAD DE LA SUSTITUCIÓN, QUEDA LIBERADO EL FIDUCIARIO DE LA RESTITUCIÓN Y ADQUIERE EL CARÁCTER DE HEREDERO PLENO POR PURIFICARSE EL FIDEICOMISO, POSICIÓN QUE APARECE REFORZADA EN ÉSTE, LLAMADO FIDEICOMISO DE RESIDUO, RESPECTO A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NORMAL.

Resolución de 5 de octubre de 1966 («B. O.» de 19 de igual mes y año).

El 20 de marzo de 1935, doña F. U. P. otorgó testamento abierto ante el Notario de Madrid, don Emilio Marcos Salvador, en el que dispuso lo siguiente: «Instituye únicos y universales herederos de todos sus bienes, derechos y ac-

ciones a su madre, doña M. P. C., en la mitad de su herencia, y en la otra mitad a su marido, don B. R. R. Si su citada madre fallece primero que la testadora, en este caso será único heredero su marido en pleno dominio, pudiendo, por tanto, disponer libremente de ellos por contratos *inter vivos*. 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 S. U. P., 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.» Don S. U. P. falleció soltero el 4 de noviembre de 1935; doña M. P. C. falleció el 13 de mayo de 1942; doña F. U. P. falleció el 9 de noviembre de 1961. El 22 de julio de 1963 se otorgó ante el Notario de Madrid, don Blas Piñar López, el correspondiente cuaderno particional, en virtud del cual se inscribieron en el Registro de la Propiedad número 9 de Madrid siete fincas procedentes de la causante, haciéndose constar los particulares del testamento de doña F., y el 9 de agosto de 1963 falleció don B. R. R., bajo testamento abierto otorgado en Madrid el 26 de marzo del mismo año ante el Notario de la capital, don Javier Gaspar Alfaro, en el que instituyó herederos universales de todos sus bienes a sus sobrinos, don P. A., doña M. P. y don E. H. R., los cuales otorgaron en Ríaza el 2 de diciembre del mismo año, ante el Notario de Sepúlveda, don Alberto Llobell Muedra, escritura de aprobación y protocolización de las operaciones particionales de la herencia de don B. R. R., en la que se incluían las siete fincas anteriormente aludidas, procedentes de doña F. U. P., de las que el causante no había dispuesto por actos *inter vivos*.

Presentada en el Registro de la Propiedad número 9 de Madrid primera copia de la anterior escritura, junto con los correspondientes documentos complementarios, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto consistente en que habiendo adquirido el ahora causante, don B. R., los inmuebles objeto del mismo por herencia de su esposa, doña F. U. P., en pleno dominio y con facultad de disponer, pero únicamente por contratos *inter vivos*, habiendo de pasar los bienes de que no dispusiera al hermano de la testadora, don S. U. P., y, a falta de éste, a sus hijos legítimos, y aunque se dice que este heredero de residuo premurió a la testadora, en estado de soltero, hechos que además no se justifican, no dándose el supuesto que origina el derecho de acrecer, ni el que justifica su adquisición, no pudo don B. R. 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 F. U., 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. Se suspende además la inscripción por no justificarse el pago del precedente arbitrio de plusvalía o la presentación de la declaración jurada al efecto; y en cuanto a la finca número 8, por falta de inscripción previa al causante. Estos dos últimos defectos se consideran subsanables. No procede tomar anotación preventiva, caso de pedirse.»

Interpuesto recurso por los hermanos H. R., la Dirección revoca el Auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la

nota del Registrador, mediante la interesante y cuestionable doctrina siguiente:

Que la lectura de la cláusula testamentaria, transcrita en el resultando primero, revela claramente la voluntad de la testadora de establecer una sustitución fideicomisaria con cláusula de residuo o fideicomiso de residuo, ya que instituye heredero en pleno dominio de toda la herencia a su marido, para el caso de que la madre de aquélla le premuera, como así ha sucedido, y faculta al heredero para disponer libremente de todos los bienes por contratos *inter vivos*, con la particularidad de que a su fallecimiento los bienes que éste conserve, de los que adquiera de la testadora, pasarán en pleno dominio a un hermano de ésta y, en su defecto, a sus hijos legítimos, y se recalca, incluso, que ni el segundo llamado ni sus hijos tendrán intervención alguna en las operaciones divisorias de la herencia al quedar limitado su derecho a «recibir los bienes que procedentes de la otorgante pueda dejar su marido».

Que si bien la doctrina se muestra vacilante en cuanto a la naturaleza del fideicomiso de residuo, e incluso la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo suele negar su total encuadre dentro de los límites de la genuina sustitución fideicomisaria (sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955 y 25 de noviembre de 1960, entre otras) por considerar que el derecho del fideicomisario es eventual, al depender de que resten bienes al fallecimiento del fiduciario y que no recaer sobre éste la típica obligación de conservar los bienes, ya que está tan sólo obligado a restituir los que queden al tiempo de su muerte, es evidente que esta diferencia afecta a los derechos de los fideicomisarios que aparecen notablemente mercados, en tanto que el fiduciario tiene la misma posición jurídica e idénticos derechos que los que tendría de haber sido llamado sin cláusula de residuo, pero ampliados con las facultades de disponer *inter vivos* y, a veces, por especial concesión del testador, incluso *mortis causa*.

Que puede ser doctrinalmente opinable la calificación del fideicomisario como heredero o legatario puro o condicional—lo que suele sostener nuestro más Alto Tribunal (sentencias de 13 de noviembre de 1948 y 22 de diciembre de 1961, entre otras)—, o bien solamente condicional en el supuesto de que así lo estableciera el testador, condicionando su adquisición a cualquier evento, como el de que sobreviva al fiduciario—lo que excluiría la aplicación del artículo 784 del Código civil—o el de que queden bienes de los que éste no haya dispuesto en el momento de su fallecimiento o a ambos conjuntamente.

Que la doctrina e incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 7 de enero de 1959) suele distinguir dos modalidades de fideicomiso de residuo: la primera, en el supuesto de que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución, sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia (*si aliquid supererit*), y la segunda, en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición, de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél (*de eo quod supererit*), con lo que resulta evidente que el que es objeto de este recurso debe encuadrarse dentro de la primera modalidad, ya que los actos que el fiduciario pueda realizar no tienen límite cuantitativo y sólo pasarán bienes al fideicomisario «si algo quedare».

Que en la sustitución fideicomisaria normal tienden los preceptos del Código civil a restringir las limitaciones que al fiduciario se le pueden imponer, bien al evitar que los llamamientos fideicomisarios pasen de un determinado grado—artículo 781 del Código civil—, bien al prohibir que graven la legítima o incluso la mejora si no es en favor de descendientes—artículo 782—, bien al exigir que los llamamientos de los fideicomisarios sean expresos—artículo 783— o, por último, incluso al liberar de restitución al fiduciario, si la sustitución fuese nula, en cuyo caso, según el artículo 786, la cláusula fideicomisaria «se tendrá por no escrita».

Que en el presente caso se observa que el segundo llamamiento no puede tener lugar por haber fallecido antes que la testadora todos los posibles fideicomisarios, en cuyo supuesto se plantea el problema de encontrar el destino de los bienes que proceden de su herencia, lo que hace necesario optar, o por entender llamados tácitamente como fideicomisarios a otras personas, tales como los herederos «abintestato» del fideicomisario—lo que prohíbe el artículo 783—, o por entender que la testadora no dispuso suficientemente de todos sus bienes y abrir la sucesión intestada de aquélla, o, finalmente, considerar que, al no poder tener lugar el segundo llamamiento, queda liberado el primer llamado de la cláusula fideicomisaria, y, en consecuencia, en libertad de poder disponer de los bienes, incluso *mortis causa*.

Que en la sustitución fideicomisaria normal o sin cláusula de residuo la nulidad de la sustitución—artículo 786 del Código civil—libera integralmente al fiduciario de las obligaciones de restitución, supuesto al que hay que asimilar el de pre-moriencia de los fideicomisarios, ya que para poder heredar han de tener capacidad «al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate»—artículo 758 del Código civil—y adquieren derecho a la sucesión «desde la muerte del testador»—artículo 784 del Código civil—, habiendo, incluso, sostenido el Tribunal Supremo de los fideicomisarios de residuo no adquieren, en principio, derecho alguno, hasta que, desaparecido el fiduciario por muerte, pueda saberse si hay o no residuo (sentencia de 13 de noviembre de 1948, 10 de julio de 1954, 25 de noviembre de 1960, 22 de diciembre de 1961).

Que si en la sustitución fideicomisaria normal, al no ser posible la entrada del fideicomisario nombrado por el testador, queda liberado el fiduciario de la restitución y adquiere el carácter de heredero pleno por purificarse el fideicomiso, con mucha más razón sucederá lo mismo en la sustitución fideicomisaria con cláusula de residuo, en la que la posición del fiduciario resulta considerablemente reforzada y en donde a mayor abundamiento, en este caso concreto, la voluntad de la testadora, Ley de la sucesión en todo aquello que no se oponga a normas de Derecho imperativo, aparece claramente manifestada al gravar de restitución a su marido solamente en favor de personas determinadas—su hermano o los hijos legítimos de éste—y no en favor de cualesquiera otras, como podrían ser los herederos intestados de aquélla.

* * *

El profesor FUERTES DE VILLAVICENCIO, en Revista Jurídica de Cataluña, año 1955, páginas 352 y siguientes, en comentario a Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, escribió: «Que admitida la existencia de un fideicomiso de residuo, surge la antigua

y discutida cuestión relativa a la amplitud de las facultades del fiduciario, y especialmente la inclusión o no entre ellas de la *disponibilidad mortis causa* por testamento, y es preciso reconocer que, junto a los autores que la admiten, hay una copiosa doctrina dirigida a negarla rotundamente, suponiendo para RUGGIERO la cláusula de residuo una cláusula de libre disposición entre vivos y una prohibición de transmitir por testamento, confirmado todo ello por POLACCO, GANDI, CASTÁN, ROCA y, concretamente, por DE DIEGO, al expresar que enajenar no incluye facultad de testar criterio igualmente sostenido por el Tribunal Supremo, ratificando antiguas Sentencias y en fecha reciente y con toda claridad en las de 13 de noviembre de 1948 y 1 de diciembre de 1951, que señalan la necesidad de que el fiduciario se encuentre expresamente autorizado por el testador para *disponer mortis causa*, tendencia prohibicionista, que ha tenido eco en la dirección General de los Registros, cuyas resoluciones repetidamente expresan la negativa de la disposición testamentaria, como ocurre en las de 25 de abril de 1913, 26 de mayo de 1925 y 16 de noviembre de 1944 (pág. 240. *Comentarios a la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, JOSÉ GASSIOT MAGREL).

Con estos antecedentes, y apoyado en la primera oración del artículo 675 del Código civil y jurisprudencia reiterada de nuestro más Alto Tribunal, de que cuando las disposiciones testamentarias estén claras se esté a la letra de las mismas, a nadie puede extrañar la nota denegatoria del Registrador.

Es la postura tradicional que fué combatida por los recurrentes, diciendo que toda limitación tiene una razón de ser que, en este caso, era que el remanente de los bienes fuese al fideicomisario con preferencia a otra persona, por lo que al fallecer antes que el fiduciario, desaparece esta restricción, criterio acogido por el Considerando 7.º y reiterado por el siguiente y último, al expresar «que en la cuestión debatida, la voluntad de la testadora, *Ley de la sucesión* en todo aquello que no se oponga a normas de Derecho imperativo, aparece claramente manifestado al gravar de restitución a su marido solamente en favor de personas determinadas—su hermano o los hijos legítimos de éste—y no en favor de cualquiera otras, como podrían ser los herederos intestados de aquélla».

No es nueva esta doctrina por parte de nuestro ilustre organismo Rector. En nuestra nota a la Resolución de 16 de noviembre de 1944 (pág. 123, año 1945, de esta REVISTA) empezamos manifestando: «Con gran acierto, la Dirección, en su notable Resolución de 26 de mayo de 1925, dejó sentado, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, que en las sustituciones de este tipo habrá de tenerse en cuenta el artículo 675 del Código civil, según el cual, las disposiciones testamentarias deben entenderse en el *sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca de un modo claro, que fuera otra la voluntad del testador*» (1).

Pero ¿cuál es la auténtica voluntad del testador o testadora en este caso? Como dice el Registrador, algunos de los razonamientos de los recurrentes—y de la Dirección—pueden llevar a conclusiones contrarias a las que se mantienen, pues si tan previsora fué la causante y no atribuyó a su marido después del fallecimiento de su hermano la facultad de disponer *mortis causa* de los bienes que le dejara, es que prefería para el posible residuo a sus propios parientes a los de su marido.

Este argumento es de gran fuerza. y si al mismo agregamos lo que también adujo el Registrador, «de que el viudo heredero no pudo transmitir *mortis causa*, los bienes procedentes de su esposa, precisamente por existir una institución de residuo, cuya finalidad es

(1) Puede consultarse también la Resolución de 8 de febrero de 1957 y nota a la misma (esta REVISTA, igual año, págs. 683 a 689) en cuanto a aspectos marginales que en la que nos ocupa se trata, añadiendo a lo allí dicho (página 689) respecto a la característica de la sustitución de residuo, lo expuesto por PUIG BRUTAU, reafirmando la posición de ROCA, que nosotros suscribimos, de que si en la sustitución fideicomisaria el sustituto adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, mientras que en la de residuo la adquisición depende de que se cumpla la condición de fallecer el llamado, en primer lugar, sin haber dispuesto de todos los bienes, ello posiblemente no es exacto en un doble sentido: al dar por supuesto que no cabe sustitución fideicomisaria condicional (la jurisprudencia ha declarado que el artículo 784 sólo es aplicable cuando la sustitución fideicomisaria no es condicional, como puede verse en la sentencia de 9 de abril de 1928 y en las que en ella se citan), y al no estimar que es diferente tener consolidado el derecho a adquirir el residuo que pueda quedar y adquirirlo efectivamente, en su caso, por existir dicho residuo. Esto último no es condición en sentido propio, pues no afecta a la cualidad de sustituto llamado a poder realizar dicha adquisición (pág. 201. *Comentario a S. sala de lo Civil de la A. Territorial de Barcelona*, 8 de mayo de 1961, «Revista Jurídica de Cataluña», año 1962). Véase, al parecer coincidente con este criterio, final Considerando *ch*), sentencia citada en el texto de 5 de julio de 1966 (pág. 926, núm. octubre 1966 de «Revista de Derecho Privado»), si bien con remisión a la de 29 de marzo de 1955.

impedir que los bienes vayan a una rama distinta de su origen» (Ss. de 13 de febrero de 1943, 13 de septiembre de 1946 y 21 de septiembre de 1956), se patentiza lo fundado de su calificación, si- quiera haya sido rechazada.

Pero un matiz interesante de esta Resolución, y acaso en el mismo se halla el fundamento de su decisión, sea la acentuación de su tendencia a huir del rígido encuadramiento de las sustituciones de residuo como sustituciones condicionales, comprendidas en el artículo 759 del Código civil, cual reiteradamente viene repitiendo el Tribunal Supremo (ver, por todas, la reciente Sentencia de 5 de julio de 1966), para considerarlas *como una modalidad*, mejor, de las sustituciones fideicomisarias.

Como dice PUIG BRUTAU (Conferencia de 23 de noviembre de 1959, pág. 526, T. XIII, año 1962, A. A. M. Notariado), es tanto más digna de ser tenidas en cuenta esta doctrina (se refiere a la de la Resolución de 8 de febrero de 1957) si se advierte la expresada tendencia de nuestro más Alto Tribunal, pues este criterio—que acusa, insistimos, la Dirección—tiende a asegurar la sólida posición del llamado en segundo lugar.

Finalmente, nos permitimos recomendar la lectura de nuestras notas a las Resoluciones de 2 de junio de 1956, 8 de febrero de 1957 y 29 de noviembre de 1962 (esta REVISTA, págs. 120 y sigs., 688 y sigs., año 1957, y 279 y 280, año 1963, respectivamente).

NO ES INSCRIBIBLE LA DONACIÓN DE UNA FINCA RÚSTICA GANANCIAL HECHA SÓLO POR EL MARIDO A UNO DE SUS HIJOS, EN LA QUE SE SUPLE EL CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA POR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL, PREVENIDA EN EL PÁRRAFO 1.º DEL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 6 de octubre de 1966 ("B. O." del 20 de igual mes y año).

Por escritura autorizada por el Notario recurrente, el 12 de junio de 1964, don J. L. V., casado con doña C. P. P., donó, pura y simplemente, a su hijo don J. L. P. una finca ganancial que pertenecía al citado matrimonio, subordinada tal liberalidad a que el donatario continuase cumpliendo fielmente sus deberes de piedad filial. En la mencionada escritura compareció y prestó el con-

sentimiento sólo el padre, que aportó además una autorización judicial «supletoria de la de su esposa doña C. P. P., para hacer donación a su hijo don J. L. P. de una suerte de tierra, pago de Tijola, término de Orgiva, de cuatro celemines y medio de cabida, equivalentes a 24 áreas y 12 centiareas, donde arraigan tres olivos...». La petición de tal autorización, según consta en el auto, se basaba en que el matrimonio vive en el domicilio del donatario que cuida de sus padres donantes, ancianos y prácticamente inútiles, hasta el punto de que la esposa «está totalmente impedida para salir de su domicilio y tiene extraordinariamente debilitadas sus facultades mentales», razón por la cual el marido solicitaba «la autorización judicial supletoria a que se refiere el artículo 1.413 del Código civil».

Presentada en el Registro primera copia de la indicada escritura fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto, que se considera insubsanable, de que, tratándose de una donación de bienes inmuebles gananciales (no incluida en los supuestos del artículo 1.415 del Código civil), la realiza sólo el esposo, cuando la donación debieron realizarla los dos cónyuges, sin que el hecho de que la esposa no intervenga en la donación, es decir, no done, pueda suplirse por autorización judicial alguna, obtenida al amparo del artículo 1.413 y menos aún para la presentada, para cuya obtención se invocó el que la esposa tiene extraordinariamente debilitadas las facultades mentales, diciendo el Juez que está incapacitada para dar el consentimiento, lo que debió llevar a la declaración de la correspondiente incapacidad y prever a la formación de la correspondiente tutela.»

Interpuesto recurso por don Manuel Torres Puente, Notario de Orgiva, autorizante de la expresada escritura, la Dirección confirma el auto apelado y la nota del Registrador, en méritos de la correcta doctrina siguiente:

Que el Código civil, al regular las facultades del marido en la sociedad de gananciales, distingue, de un lado, entre los actos realizados a título oneroso, a los que dedica fundamentalmente el artículo 1.413, y en donde las amplias facultades atribuidas al marido han sido recortadas por la Ley de Reforma de 24 de abril de 1958, y de otra parte, los actos efectuados a título gratuito que han subsistido inalterables después de dicha Ley, y en donde la norma general es la carencia de poder dispositivo por el marido, conforme se deduce del propio artículo 1.413, que se refiere únicamente a las enajenaciones a título oneroso y de los supuestos excepcionales en que aparece admitido, como son los casos de los artículos 1.343, 1.409 y 1.415.

En consecuencia, que tales actos habrán de ser realizados por ambos cónyuges, bien conjuntamente—lo que sería la fórmula técnicamente más correcta—, y que es la empleada en los citados artículos 1.343 y 1.409 del Código civil o bien incluso por uno de ellos con el consentimiento del otro—, como alguna vez ha apuntado la jurisprudencia para tratar de salvar el negocio, dada la existencia clara de una plena conformidad al acto, de modo que la no prestación del consentimiento por uno de los esposos acarrea la nulidad plena de la transmisión verificada.

Que la lectura de la escritura discutida pone claramente de relieve que el acto otorgado es una donación pura y simple que no encaja dentro de los supuestos especiales en los que el marido puede disponer por sí solo de los bienes gananciales—como pretende hacer valer el recurrente—, y resulta además confirmado por el propio auto judicial, que concede la autorización para suplir el consentimiento de la mujer en base al artículo 1.413 del Código civil, precepto inaplicable al negocio concluido por tratarse de una disposición a título gratuito.

* * *

Debe verse, en relación con lo expresado por nuestro Ilustre Centro, la Resolución que cita en su Vistos de 3 de octubre de 1924.

G. C. C.

II. Sentencias de Tribunal Supremo

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ, JUAN VALLET DE GOYTISOLO, JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ, R. G. SÁNCHEZ DE FRUTOS, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ y SALVADOR ORTOLÁ NAVARRO.

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

I. JURISPRUDENCIA CIVIL.

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1966.—*Resolución de contrato por cumplimiento de cláusula resolutoria. Tercero en Derecho civil. Tercero hipotecario. CANCELACIÓN. Interpretación de los contratos* (Ponente: Martínez Ferrer).

Se pidió en la demanda la plena resolución del contrato de 23 de septiembre de 1960, y que, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula resolutoria de la condición cuarta, ha de volver la finca litigiosa al actor señor M. T., reintegrando éste las 20.000 pesetas que tiene recibidas; que es nula y cancelable la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad como consecuencia del otorgamiento de la mencionada escritura de compraventa de una hanegada y cuarenta y una brazas, entre los indicados señores M. T. y F. P., dejando sin efecto el contenido de tal escritura al haber sido modificada por el documento privado transcrito en el hecho primero de la demanda; que procede reponer y reintegrar a don J. M. T. en la posesión y propiedad de la repetida finca, descrita en el hecho primero, como todos sus derechos y pertinencia, siendo todos los gastos que se originen de cuenta del demandado, aplicándose la cláusula penal establecida en el contrato signado por ambos litigantes, así como las costas que se causen en el procedimiento por su temeridad y mala fe.

La parte demandada se opuso a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia accediendo a lo pedido por el actor. La Audiencia la confirmó en parte. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

Son sus Considerandos:

Que, fundado el presente recurso en cuatro motivos, tres de ellos articulados por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y el último, o sea el cuarto, al amparo del número tercero del mismo artículo, merece destacar, en primer lugar, que al no hacer uso el

recurrente de la vía que ofrece el ordinal séptimo del citado precepto, las apreciaciones probatorias de la sentencia impugnada y las afirmaciones fácticas que en virtud de aquéllas se hacen por la Sala sentenciadora, deben ser respetadas íntegramente; y, en segundo lugar, que para el examen de dichas motivaciones deben concederse lógica preferencia al cuarto de los motivos, pues que, de prosperar, ello implicaría, desde luego, la casación parcial de la sentencia impugnada.

Que en dicho motivo cuarto se aduce la incongruencia de la sentencia recurrida, por cuanto, en tesis del recurrente, se concede en ella más de lo pedido por el actor en su demanda; pero al enunciar y desenvolver esa tesis se incide en el claro defecto de no citar siquiera la norma de derecho que se cree infringida, cuando este Tribunal tiene declarado reiteradamente que para que puedan prosperar los recursos fundados en las causas segunda, tercera y cuarta del antes mencionado artículo 1.692, es inexcusable la cita, como precepto infringido, del artículo 359 de la misma Ley de Enjuiciamiento civil, que tiene, a efectos de casación, en relación con dichas causas, carácter de norma de derecho material, y, al no haberse hecho así, se vulnera el artículo 1.720, párrafo primero, de la propia Ley, siendo ello, en esta fase decisoria, causa de desestimación.

Que, para seguir un orden racional y lógico, procede examinar ahora el motivo tercero, en el que, por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692, se acusa la interpretación errónea de los artículos 1.113, 1.281, 1.284 y 1.285 del Código civil, así como la del 1.286 del mismo Cuerpo legal, planteándose una cuestión referente a la exégesis del contrato privado de 23 de septiembre de 1960 y al alcance de sus estipulaciones y cláusulas, concretamente la segunda; pero tampoco este motivo tercero puede prosperar, puesto que el artículo 1.113 del Código civil no ha sido infringido, porque, conforme al criterio sustentado en la sentencia recurrida, no se trata de una condición resolutoria todavía pendiente, sino de una resolución contractual prevista y cumplida; y en lo que concierne a la cuestión interpretativa que se desarrolla a través de este motivo, hasta contemplar los preceptos legales que como infringidos se citan, continentes de diversas reglas hermenéuticas, y la apriorística afirmación de que la cláusula fué establecida en beneficio del deudor, para comprender la forma vacilante en que la tesis sustentada se plantea, partiendo siempre del particular criterio del impugnante, el cual intenta sobreponerle al autorizado del Tribunal *a quo*, cuando reiteradamente tiene declarado esta Sala que la interpretación de los contratos es, en principio, facultad de los Tribunales de instancia, y su criterio debe prevalecer en casación siempre que sea racional, cual en este caso acontece, salvo cuando se evidencia que infrinja *notoriamente* algunas de las normas legales de hermenéutica contractual, lo cual tampoco ocurre, razones todas, por las que el motivo que se examina debe ser desestimado.

Que, antes de proceder al examen de los restantes motivos, o sean los primero y segundo, debe destacarse que el litigio se ha planteado entre el actor y el demandado, hoy recurrente, y que ambos fueron contratados, en concepto de vendedor y comprador, respectivamente, en la escritura pública de compraventa de 23 de septiembre de 1960, incorporada al Registro de la Propiedad, la cual fue modificada mediante documento privado suscrito en la misma fecha y por las mismas personas, como así lo reconocen ambos litigantes, y ello no solo en cuanto al objeto, sino en lo sustancialmente estipulado en aquélla, pactándose cláusulas resolutorias del contrato, siendo este último contrato reconocido con plena vigencia y eficacia por sus sig-

natarios, aunque discrepen en cuanto a la interpretación de ciertas estipulaciones, teniendo los contendientes el concepto de partes contratantes con pleno conocimiento de lo contratado.

Que en derecho civil debe entenderse por terceros con relación a un determinado acto o contrato los que en el mismo no han sido partes, si bien teniendo presente al respecto lo establecido en el artículo 1.257 del Código civil en cuanto a los herederos; mas, para llegar al concepto de tercero hipotecario hay que partir de un nuevo contrato en el que éste interviene sin ser contratante en el anterior, debiendo estimarse como tal el que, con posterioridad a la celebración de un contrato sobre una cosa inmueble o derecho real inmobiliario adquiere a su vez sobre la misma el dominio u otro derecho registrable, partiendo de que el anterior estuviere inscrito y que él también inscribe el derecho adquirido, teniendo la protección registral ese adquirente cuando reúna los requisitos establecidos en el artículo 34 de la vigente Ley Hipotecaria, siendo entonces cuando está amparado por la fe pública registral, pues como dice el preámbulo de la reforma hecha en virtud de la Ley de 30 de diciembre de 1944 «a los efectos de "fides publica" no se entenderá por tercero al "penitu extrensus", sino únicamente el tercer adquirente, es decir el causahabiente de un titular registral por vía onerosa», sin olvidar que para merecer esa protección se requiere también la buena fe, o sea, que el que admitió lo hiciese confiado en el asiento registral, desconociendo la inexactitud o desconformidad del mismo con la realidad jurídica, siendo entonces cuando «el tercero», que reúne todas esas circunstancias, no puede afectarle ni perjudicarle lo que en el Registro no conste, todo lo que debe tenerse también en cuenta para medir el alcance del artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

Que en el motivo primero se acusa la infracción, por falta de aplicación, de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que se mencionan en cuanto la Sala sentenciadora, en opinión del impugnante, declara la nulidad de la inscripción de la finca, sin hacerlo del título que produjo dicha inscripción, así como la violación de otras sentencias que también se citan y la de «los artículos 1.300 y 265 del Código civil, en cuanto determinan las circunstancias que han de concurrir para que se entienda un contrato como simulado y los efectos que produce»; pero aun prescindiendo de que la cita de los artículos 1.300 y 265 no es atinente, pues el primero se refiere a la anulabilidad por vicio y el 265 nada tiene que ver con la materia de que se trata, debe tenerse presente que el recurso de casación sólo se da contra el fallo y no contra los Considerandos, a no ser que constituyan premisa obligada o antecedente necesario de la parte dispositiva, siendo entonces preciso que ésta sólo se justifique por los fundamentos impugnados, y aunque cierto es que al final del razonamiento octavo de la sentencia de primer grado, al hablar del «resto de la parcela» se dice que su venta fue simulada «según las partes reconocen y se desprende de las un tanto contradictorias cláusulas del contrato», debe advertirse, en primer lugar, que no se refiere a la totalidad de la finca, pues excluye «el solar litigioso» y que «tampoco se decreta en el fallo la nulidad de la inscripción, sino la cancelación del asiento», siendo su causa la resolución del contrato que lleva aparejada la extinción del derecho inscrito, a lo que hay que añadir que, a tenor de lo expuesto y razonado, el demandado no es un tercero hipotecario y tenía perfecto conocimiento de todo lo convenido en el documento privado que, modificando profundamente la escritura pública de igual fecha, limitó el objeto contractual, o sea la finca, restringiéndole, cual también se afirma

en el Considerando segundo de la sentencia del Juzgado, por lo que la antinomia es sólo aparente, pues como dice en el primer Considerando de la recurrida, o sea la dictada por la Audiencia, los litigantes al formalizar el contrato aludido «se refieren a la porción del inmueble que resultare edificables», todo lo que conduce al decaimiento del motivo examinado.

Que igualmente debe ser rechazado el motivo segundo, en el que se denuncia la violación de los artículos 1089 y 1091 del Código civil, en relación con el artículo 79 de la Ley Hipotecaria, pues el Tribunal «a quo» no ha desconocido que las obligaciones nazcan, entre otras fuentes, de los contratos y que aquellas tengan fuerza de Ley entre las partes contratantes, aunque éstas son dueñas de modificarlas y novarlas a medio de otro contrato; pero, en cambio, el recurrente parece ahora olvidar que los dos contratos de litis están coordinados entre sí y que el segundo altera y limita, porque así lo quisieren las partes, lo convenido en la escritura, fijando su verdadero ámbito y alcance, objeto, precio y condiciones resolutorias que le afectan, y por eso la resolución atañe a la totalidad de lo convenido, puesto que ambos instrumentos se completan, pero con prevalencia del segundo en todo cuanto modifica el primero, teniendo que sujetarse el hoy recurrente a la resultancia total de lo contratado; y en cuanto a la referencia al artículo 79 de la Ley Hipotecaria, debe hacerse notar que «la cancelación» tiene en la Ley un sentido específico y equivale a extinguir un asiento, o, en otros términos, a desinscribir un acto o derecho inscrito, aunque generalmente sirve también para hacer constar la extinción del derecho objeto de la inscripción, y precisamente, aun sin acudir a proclamar la nulidad del título, caso tercero del citado artículo 79, la cancelación puede producirse cuando se extingue por completo el derecho inscrito o anotado, número segundo del mismo artículo, y eso es lo que ocurre en el presente caso, pues, como ya queda anticipado, la resolución de contrato lleva aparejada la extinción del derecho del adquirente, porque la adquisición estaba sujeta a una condición resolutoria cumplida, y la cosa debe ser ahora entregada al primitivo propietario, dejando de pertenecer al demandado, sin que pueda éste rehuir los efectos de lo convenido, ni atenerse a los estrictos términos de la inscripción, una vez que ni es tercero civil ni hipotecario, sino parte contratante obligada a cumplir lo estipulado, con perfecto conocimiento extrarregistral de todo lo convenido.

Que al ser desestimados todos los motivos que sustentaban el recurso debe declararse no haber lugar al mismo ni a la casación solicitada, con los demás pronunciamientos atinentes, sin que haya de adoptarse acuerdo alguno en cuanto al depósito al no haberse constituido en razón de no ser conformes, de toda conformidad, las dos sentencias de primera y segunda instancia.

SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1966.—*Nulidad de inmatriculación practicada según el artículo 206 de la Ley Hipotecaria. Doble inmatriculación. No identificación de la finca.* (Bartolí y otros-Arzobispado de Tarragona.)

La demanda alegó que la demandada, con fecha 7 de junio de 1958, inmatriculó la finca rústica en término de Vilaseca, partida «Sensada» de siete hectáreas, 57 áreas 51 centiáreas, pinos y matorral, al amparo de lo previsto en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria y 303 de su Reglamento, quier.

ejercitó la acción real, y formulada demanda de contradicción por los actores, el Juzgado resolvió en el sentido de que no cabía el ejercicio de dicha acción real; en resumen alega la parte actora que de todos los hechos de su demanda se desprende y deduce que los actores tienen perfecto derecho a ejercitar las acciones de nulidad y anulabilidad de aquella inscripción o inmatriculación registral y ello por las siguientes razones: Primera. Porque existe evidentemente una doble inmatriculación, siendo segunda inmatriculación la de la demanda. Segunda. Porque siendo erróneo o falso el certificado básico de aquella inmatriculación, la misma no puede tener efecto ni eficacia alguna. Tercera: Porque aun en el negado supuesto de que no existiera aquella primera inmatriculación y fueran ciertos y reales los hechos de la certificación básica de aquella inscripción adquisitiva, sería propiedad de los actores. Invoco los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia declarando la nulidad y anulabilidad de la inmatriculación efectuada por la demandada, según se expresa en los hechos de la demanda, y subsidiariamente declarar que la demandada no es dueña ni propietaria de aquella finca inmatriculada, y que en caso de haberlo sido hubiera perdido y dejado caducar sus derechos por abandono de la posesión y tenencia de las mismas, posesión y tenencia que hubieran tenido los actores y sus antecesores en el derecho de aquella finca, por un plazo muy superior a los treinta años y ser por ello poseedores y dueños de dicha finca y resultar por ello propietarios y dueños de la misma, con costas a la demandada, mandando cancelar aquella inmatriculación.

La parte demandada contestó oponiéndose y sosteniendo que la solicitud de nulidad y anulabilidad de la inscripción atacada deriva de la pretensión del actor, según la cual la finca inmatriculada por el Arzobispado, al amparo del privilegio que a la Iglesia Católica se le concede en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, forma parte de otra, más amplia, propiedad de los actores y también inmatriculada, con bastante anterioridad la del demandado, según la constancia tabular, es decir, que la finca número 4.699, que es la de los actores, formada por agrupación de treinta y seis fincas más, comprende la finca 4.996, que es la inscrita por el demandado. Y lo cierto es, añadió la parte demandada, que el Arzobispado es titular legítimo de la finca últimamente expresada, que constituye finca separada e independiente de las agrupadas por los actores, en su realidad física, jurídica, civil y registral, por lo que pedía la absolución de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia accedió a la demanda y ordenó la cancelación del asiento de la finca 4.996.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda sin hacer expresa condena en costas en ninguna instancia.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación. Se basó en las siguientes razones:

Que en el primer motivo del recurso, y al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción, por violación, de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 de su Reglamento, en relación con el párrafo tercero del artículo 1.º de la propia Ley, cuyas infracciones comete la Sala sentenciadora en sentir de los recurrentes, al desestimar la pretensión cancelatoria deducida en la demanda y mantener, en cambio, el asiento registral de inmatriculación a favor del Arzobispado de Tarragona, cuando debía decidir lo contrario, dada la falta de requisitos de que adolecía la certificación de dominio que produjo tal inmatriculación.

Que para razonar la procedencia de tal motivo, los recurrentes alegan, en síntesis: a) que la certificación de dominio, base de la inmatriculación, en vez de referirse a los inventarios o a los documentos oficiales que obran en poder del Arzobispado, como exige el párrafo primero del artículo 303 del Reglamento, se limita a afirmar que «según los datos obrantes en esta Curia, posee en título de pleno dominio la finca y a pesar de que los Cánones 1.525 y 1.522 obligaban a dicho Arzobispo a tener el correspondiente inventario de inmuebles, y a mantenerlo en lugar seguro, como se previene en el Canon 375; b) que dicha certificación, en lugar de determinar los linderos que deberían constar en tales inventarios, le atribuye los linderos actuales; c) que la afirmación en ella contenida de que el Arzobispado posee la finca a título de dueño, no corresponde a la realidad, como lo demostraba el hecho de que tan pronto logró su inmatriculación se apresuró a pedir la posesión judicial al amparo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la cual no consiguió; d) que la mentada certificación tampoco cumple el requisito obligado de señalar el destino actual de la finca, pues afirma que fue de recreo y esparcimiento de las Jerarquías Arzobispales y Episcopales, por cuyo destino no fue incluida en el inventario de los bienes sometidos a Desamortización; y e) que no hace alusión a la relación triplicada que debió formularse en cumplimiento de lo dispuesto en el número octavo del Real Decreto de 21 de agosto de 1860.

Que el motivo así formulado plantea el sugestivo problema de la determinación de cuáles son los requisitos formales que deben reunir las certificaciones de dominio a que se refiere el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, que complementa y precisa el artículo 303 de su Reglamento, y cuáles son las consecuencias que se derivan de la falta de alguno de tales requisitos respecto a la afirmación e ineficacia de las inmatriculaciones consignadas en virtud de aquellas certificaciones.

Que, en realidad, las normas invocadas como base de este motivo, además de no tener todas el rango de leyes, se refieren a cuestiones que no fueron debatidas oportunamente en el pleito, por lo cual dicho motivo incurre en la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley Procesal, que en este trámite se convierte en causa de desestimación, según tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia.

Que para convencerse de que aquellas cuestiones no fueron oportunamente debatidas, basta tener en cuenta: en primer lugar que la demanda origen de estas actuaciones—que fue el único escrito deducido en la fase de alegaciones, pues se renunció a la réplica—se invocó: a) que la certificación base de la inmatriculación a favor del Arzobispado afirma una cosa irreal, pues no identifica la finca; b) que el título de dominio en aquella afirmado no es cierto; c) que tampoco es cierto el destino que a la finca atribuye la certificación; d) que ésta es evidentemente falsa o, por lo menos, errónea en todos sus apartados, pues no existe ni existió la finca que pretendía inmatricularse, por lo que si es nulo por falsedad el título, nula debe ser y en su consecuencia, o sea, la inmatriculación; en segundo lugar, que del extracto de dicha demanda, que figura en el correspondiente Resultado de la sentencia del Juzgado, no aparece siquiera que se haya invocado el artículo 206 de la Ley Hipotecaria entre los fundamentos de derecho, ni que se haya aducido ningún hecho constitutivo de alguno de esos requisitos formales, cuya omisión pudiera o debiera acarrear la nulidad o la anulabilidad de la inmatriculación que ahora se postulan en el recurso y que en la demanda se pedían por razones de fondo, y en tercer lugar que si como la parte re-

currida alegó en el acto de la vista, la invocación de la falta de esos requisitos se hizo por primera vez en el escrito de conclusión resulta extemporánea y fuera de lugar y merece la calificación de cuestión nueva a los efectos procesales.

Que en el motivo segundo y por la vía del número séptimo del mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imputa a la sentencia recurrida error de hecho en la apreciación de la prueba, el cual pretende evidenciarse por los recurrentes con la invocación de una serie de documentos que califican de auténticos a efectos de la casación y que según dichos recurrentes demuestran que su finca ha sido perfectamente identificada, al contrario de lo que sostiene la sentencia impugnada, que no admite hallarse ante un problema de doble inmatriculación, pues entiende existe indeterminación de tal finca y ello impide resolver si sobre la misma se superpone o no la inmatriculación del Arzobispado de Tarragona.

Que el primer documento que esgrimen los recurrentes para evidenciar ese supuesto error de hecho consiste en la invocación de la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 15 de junio de 1961, que puso fin al proceso del artículo 41, promovido por el Arzobispado de Tarragona, la que, en su penúltimo considerando sostiene que era de aplicación la causa tercera de contradicción esgrimida entonces por los hoy recurrentes, o sea que la finca comprendida en el asiento de inmatriculación conseguido por dicho Arzobispado se encuentra inscrita a favor del contradictor.

Que las manifestaciones contenidas en los razonamientos predeterminantes del fallo aludido, de quince de junio de 1961, en las que tanto hincapie hacen los recurrentes, carecen del valor absoluto que pretenden atribuirle, pues fueron emitidas en una conclusión recaída en proceso sumario y especial y son susceptibles de rectificaciones en el proceso ordinario que ulteriormente se suscite, como de manera expresa y terminante se dispone en el párrafo último del propio artículo 41 de la Ley Hipotecaria, al decir que «la sentencia dictada en el procedimiento a que se refiere este artículo no producirá excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión».

Que, en último término, aunque aquellas manifestaciones tuvieran ese valor absoluto de que carecen, aun en tan hipotético supuesto, no dejarían de ser constitutivo de un solo elemento probatorio de los múltiples que tuvo en cuenta el Tribunal «a quo» en el proceso ordinario para formar su convicción de que no resultaba identificada la finca de los actores, no sólo por la falta de la pertinente prueba pericial, sino «a la vista de todo el conjunto de elementos probatorios aportados al proceso» y muy reiterada es la doctrina de esta Sala que declara «que no es lícito en casación, cuando la prueba se ha apreciado en su conjunto, separar alguna de las probanzas o elementos de ella para, con apoyo en ellas, acusar al Juzgador de haber incurrido en equivocación». (Ss. 20 marzo 1953, 9 febrero 1954 y 8 febrero 1955.)

Que con relación a los demás documentos que se esgrimen por los recurrentes con la finalidad de demostrar ese error de hecho en la apreciación de la prueba que imputan a la sentencia recurrida, es de advertir: en primer lugar que se invocan en conjunto, sin discriminar, diciéndose que en el proceso del artículo 41, unido en cuerda floja, en el juicio declarativo de que dimana este recurso, «existe la prueba más acabada... en cuanto a la identificación de la porción de la finca de los actores sobre la que se superpone la que inmatriculó el Arzobispado de Tarragona», y esa cita en bloque no es eficaz a los efectos de la casación; en segundo lugar, que esa escritura

de agrupación y las certificaciones registrales que se señalan en bloque, no acreditan, de manera excluyente y sin comparaciones ni conjeturas, esa invocada identificación, que habría que probar y no sirven, por tanto, a los efectos pretendidos; y, en último lugar, porque sólo constituirían un elemento probatorio, insuficiente por sí solo para destruir la apreciación conjunta que hizo la Sala.

Que al no tener ninguno de los documentos invocados por los recurrentes, con carácter evidenciador del error de hecho que se imputa a la sentencia recurrida, resulta evidente que la Sala juzgadora no venía constreñida a otorgarles un valor vinculante, que ninguna norma valorativa de prueba le confiere, y, por tanto, que no infringió el artículo 1.218 del Código civil que se denuncia, del que, además, tampoco se señala el concepto de la infracción, por lo que decae este tercer motivo.

Que la ineficacia y desestimación de los tres primeros motivos del recurso lleva consigo la del cuarto, porque éste se basa en que la Sala sentenciadora «ha resuelto, en definitiva, un problema de doble inmatriculación en un sentido absolutamente contrario a derecho», es decir, que el motivo hace supuesto de la cuestión y afirma precisamente lo contrario de lo que la Sala estima probado, y sin demostrar que en ello hubiese cometido error de apreciación.

Que en el quinto y último motivo del recurso, por la vía del número primero del artículo 1.632, se imputa a la sentencia violación del artículo 36 de la Ley Hipotecaria y del «Usatge Omnes Causae», de aplicación en Cataluña al iniciarse el litigio; pero para el éxito de tal motivo había de comenzar por demostrar que los recurrentes, por sí o por medio de sus causantes, venían poseyendo precisamente la porción de terreno que comprende la inmatriculación del Arzobispado que se combate, y ello ni la sentencia lo admite ni se acreditó de ninguna manera por los recurrentes.

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1966 — *Acción reivindicatoria. Animus domini necesario para usucapir. Justo título a efectos de la usucapión. Posesión (Valero-Femenia.)*

Los demandantes instaron acción reivindicatoria. La sentencia de primera instancia absolvió a los demandados y estimó, en parte, la reconvencción formulada por éstos. La sentencia de la Audiencia accedió a lo pedido en la demanda, en lo fundamental. Interpuesto recurso de casación se falló no haber lugar a él, en mérito de los siguientes razonamientos:

Que la posesión como hecho es la tenencia de las cosas por la simple ocupación material que, cuando concurren determinadas circunstancias puede adquirir con el transcurso del tiempo los caracteres necesarios para constituir una relación de derecho con posibilidades de engendrar el dominio; aunque el artículo 430 del Código civil mantiene la distinción entre posesión natural y civil, solamente cuando viene acompañada de la creencia de poseer la cosa como propia—*animus rem sibi habendi*—puede convertirse en verdadero derecho de propiedad.

Que en la sentencia que se impugna en el presente recurso de casación se admiten como probados los siguientes hechos: a) que el padre de los recurrentes vendió las fincas en 16 de marzo de 1902 a don R.B.P.; b) que este adquirente constituyó hipoteca sobre las mismas en 1910, en favor

del primitivo causante de los recurridos, a quien le fueron adjudicadas por auto de 29 de octubre de 1915, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Denia en procedimiento seguido conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria, siendo más tarde adjudicadas a su esposa y últimamente a los herederos de ésta, hoy recurridos, causando inscripción en el Registro de la Propiedad todos los referidos actos de transmisión, c) que el primitivo dueño, padre de los demandados recurrentes, tuvo la posesión material de las fincas hasta su fallecimiento, acaecido en 1938, pero no a título de dueño; d) que al fallecer dicho poseedor, sus herederos continuaron en la posesión de las mismas y declarados tales abintestato por auto de 1 de diciembre de 1955, procedieron a verificar la división del caudal hereditario protocolizando las operaciones particionales en 16 de enero de 1956, incluyendo en el inventario los referidos inmuebles y consiguiendo su inmatriculación en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; e) que en 1940, doña M.M.M., atribuyendo a don S.F.B. la cualidad de arrendatario e ignorando su fallecimiento, produce un requerimiento manifestando su voluntad de cultivar directamente las fincas; en 31 de octubre de 1947, requiere a los demandados dando por finalizado el supuesto arrendamiento; en 16 de octubre de 1955, otro requerimiento reclamando rentas y repercusiones tributarias, en el mismo año promueve juicio de desahucio por falta de pago, cuya tramitación se suspendió y no llegó a ser proseguida; y en 1957 ejercitó la acción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que fue desestimada con acogimiento de la demanda de contradicción formulada por los opositores.

Que con base en tales apreciaciones fácticas, el Tribunal «a quo» acoge la pretensión reivindicatoria de los demandantes y desestima la usucapión alegada en vía reconventional por los demandados, fundándose para ello en que el tiempo de posesión del padre de los recurrentes—hasta su fallecimiento—no es útil para usucapir por carecer del «animus domini», y en que la posesión continuada por sus herederos no pudo originar la usucapión ordinaria por carecer de justo título de dominio, ni la extraordinaria por no haber alcanzado el lapso de treinta años exigido por el artículo 1.959 del Código civil.

Que el rigor lógico con que ha de procederse en el examen del recurso de casación aconseja contemplar con prioridad el único motivo que por vía adecuada—número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil—tiende a combatir las apreciaciones fácticas del Tribunal de instancia—motivo segundo—, en el que se acusa error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, citando como precepto infringido el artículo 1.218 del Código civil y señalando como documentos auténticos que evidencian el supuesto error de hecho los siguientes: certificación de la sentencia recaída en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria; certificación de la Comunidad de Regantes de la Acequia de Vergel, Setla y Mirarrosa; certificación de la Alcaldía de Setla y Mirarrosa; otra certificación de la Hermandad Sindical de Labradores de Setla y Mirarrosa; recibos referentes a pago de impuestos; certificación del Registro de la Propiedad acreditativa de la inscripción de bienes del señor F.B. y de haber sus herederos segregado y vendido diversas parcelas de los terrenos; y testimonio judicial referido al procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria; todo ello con el designio de destruir la afirmación de que el señor F.B. no poseía en concepto de dueño; y en su discriminación ha de llegarse a la desestimación del motivo porque no es cierto que el Tribunal «a quo» conceda a la certificación

del índice de instrumentos notariales el valor de documento público comprendido en el artículo 1.218 del Código civil y si solamente el que le corresponde por razón del funcionario que lo expidió—número tercero del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil—materia y contenido, y además porque los documentos señalados como auténticos no tienen tal carácter a los fines de la casación, pues aisladamente ni en conjunto proclaman claramente y sin necesidad de exégesis interpretativas nada que notoriamente esté en patente oposición con las afirmaciones de la Sala en lo referente al concepto en que a juicio de la misma poseyó el señor F.B.

Que en el motivo tercero, por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación del artículo 1.253 del Código Civil, por entender que entre el hecho probado—enajenación de las fincas en 1952—y el deducido—contrasentido e imposibilidad jurídico-legal de que quien enajena las fincas las posee «ipso facto» de dueño—no existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; pero aparte de que en este tipo de presunciones ha de prevalecer el criterio del Tribunal «a quo» sobre el particular del recurrente, mientras no se demuestre que la deducción es absurda, ilógica e inverosímil, es lo cierto que no es viable aislar una frase o un concepto para tratar de abatir una aseveración deducida no solamente del hecho que destacan los recurrentes, sino de otros elementos no combatidos, cuales son el haber hipotecado don R.B.P. las fincas que le vendió el señor F.B. y el haberse adjudicado las mismas judicialmente el acreedor hipotecario causante de los recurridos, debiendo en su consecuencia ser desestimado tal motivo.

Que conforme al artículo 1.952 del Código civil, se entiende por justo título a los fines de la usucapión el que legalmente baste para transferir el dominio de cuya prescripción se trate, debiendo ser verdadero y válido—artículo 1.953—; y aunque en principio puede atribuirse tal carácter a las escrituras particionales de bienes hereditarios no cabe generalizar en términos absolutos, pues como declara la sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 1965, la simple inclusión de bienes en el inventario de una herencia y su adjudicación en el acto particional no puede ser considerada como un título verdadero y válido, ni tal adjudicación prueba por sí misma el justo título, y como quiera que en el caso controvertido los recurrentes incluyeron en la partición de bienes de la herencia de su padre las fincas objeto del litigio que tal causante había enajenado en 1902 y venía poseyendo, pero no en concepto de dueño, según se asevera en el fallo impugnado, no es posible calificar tal sucesión hereditaria ni el documento particional como justo título a los efectos de la prescripción adquisitiva ordinaria, infiriéndose de ello que la Sala de instancia aplicó rectamente los artículos 1.952, 1.953 y 1.957 del Código civil, debiendo en consecuencia ser desestimado el primero de los motivos del recurso en el que con amparo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acusa la interpretación errónea de los artículos 1.952 y 1.953 y la violación de los 1.957, 1.940, 1.941 y 1.950, así como la doctrina de esta Sala contenida en las diversas sentencias que cita, toda vez que en el desarrollo del motivo sólo se combate la apreciación de si existe o no justo título de dominio.

Que en el cuarto de los motivos, por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, se acusa la interpretación errónea del artículo 1.941 del Código civil, imputando a la Sala de instancia el error de calificar como no pacífica la posesión de los recurrentes en base a las diversas reclamaciones producidas por los recurridos, y aunque el concepto

jurídico de «posesión pacífica» no guarda relación con los actos mencionados, es lo cierto que el fundamento del fallo no descansa en tal apreciación, sino en el hecho afirmado por el Tribunal «a quo» de que los recurrentes carecen de justo título para la prescripción ordinaria y no han alcanzado los treinta años necesarios para la extraordinaria, por lo que al no trascender, como no ha trascendido, al fallo el mencionado error de calificación de posesión no pacífica, deviene ineficaz el motivo, toda vez que la casación no se da contra los Considerandos de las sentencias, sino contra la parte dispositiva de las mismas—número primero del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—a no ser que aquéllos constituyan premisa indispensable de lo resuelto, circunstancia que no se da en el presente caso, y conduce a la desestimación del motivo.

Que en el motivo quinto por la misma vía del número primero del artículo 1.692 se acusa la aplicación indebida de los artículos 1.943 y 1.941 del Código civil, en conexión con el 1.945, motivo que no puede prosperar porque, como se expresó anteriormente, ni el Tribunal «a quo» ha calificado como interruptivos de la prescripción los actos de reclamación producidos por los demandantes ni ha descontado período alguno de la posesión que estima continuada, pues se ha limitado a aseverar que el señor F.B. nunca poseyó en concepto de dueño y que sus herederos, que poseen desde 1938, en que aquél falleció, carecen de justo título y no han alcanzado treinta años en ella.

Que en el último de los motivos, con apoyo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acusa la violación de los artículos 1.940, 1.941, 1.959 y 1.960 del Código civil, la aplicación indebida del 1.949 y de los 32 y 38 de la Ley Hipotecaria, interpretación errónea del 34 y falta de aplicación del 36, argumentándose que el causante y sus herederos han poseído de buena fe, que ni uno ni los otros han poseído «nomine alieno», y que tanto si se toma como momento inicial de la posesión el año 1902 como el de 1915, ha transcurrido con exceso el plazo necesario para la prescripción extraordinaria; pero al razonar así parte de un supuesto contrario al declarado por el Tribunal de instancia, que aseveró en forma que ha quedado unbatida que la posesión del padre de los recurrentes no lo fue en concepto de dueño, por lo cual no es aplicable lo dispuesto en el número primero del artículo 1.960 del Código civil, pues no cabe tomar en cuenta la accesión de posesiones de signo diferente—la de los recurrentes en concepto de dueños, la de su causante no—, y como el tema controvertido es de puro derecho civil, por tratarse de conflicto entre dueños no poseedores y poseedores no dueños, sin injerencia alguna de terceros hipotecarios, la legislación de este carácter sólo se ha recogido en la sentencia como corroborante de la titularidad dominical invocada por unos y otros, pero sin trascendencia efectiva en sus respectivos derechos, debiendo en su consecuencia ser desestimado el motivo que se examina.

Que con la total desestimación del recurso se ha de dictar el fallo prevenido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con imposición de costas a los recurrentes.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1966.—*Notificación notarial bien hecha. Cláusula contractual válida.* (Schcenstrom-John.)

En litigio sobre reclamación de cantidad por contrato de ejecución de obras, se invocó estar mal practicada una notificación notarial y ser nula la cláusula contractual que se dirá.

El Tribunal Supremo sienta al respecto las siguientes afirmaciones:

Que en el primer motivo del recurso y amparándose en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación del artículo 202 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944, por entender no fue realizada en debida forma la notificación notarial de resolución contractual efectuada con este procedimiento por el actual recurrido, olvidando que dicha disposición, dado su carácter meramente reglamentario, no es susceptible de tener acceso a la casación, con independencia de que el Juzgador de instancia declaró—y su declaración es íntegramente aceptada por la sentencia recurrida—que en aquella notificación concurren las circunstancias suficientes a los fines pretendidos, en cuanto que en el acta pertinente constan las diligencias infructuosas de busca del requerido y la negativa de su esposa y de la sirviente para aceptar las cédulas de requerimiento, quedando enterada la segunda de lo que se trataba con su entrega, datos todos ellos puramente de hecho que no han sido desvirtuados por el cauce procesal adecuado del número séptimo del mismo artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar y que son suficientes para estimar cumplido lo ordenado en el referido precepto del Reglamento notarial, según el que las notificaciones, de no encontrarse la persona a quien vayan dirigidas en el domicilio o sitio designado por el requirente, «se harán a cualquier persona de las que encuentre el Notario en aquel...», a causa de todo lo cual es también obligada la desestimación de este Motivo.

Que el segundo motivo del recurso, e igualmente al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia violación del 1.116 del Código civil, a cuyo tenor «las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la Ley anularán la obligación que de ellas depende», por entender que es imposible, ilegal e inmoral la cláusula doce del contrato celebrado por los hoy litigantes en 23 de agosto de 1962, según la que, en caso de impago, podrá el constructor—que hoy figura como recurrido—elegir «entre exigir el cumplimiento del contrato o quedarse con el 15 por 100 del total del valor de las obras no invertido», sin tener en cuenta el recurrente tres cosas fundamentales: a) en primer lugar que no se está en presencia de una condición en sentido técnico entendida como elemento accidental del contrato al que se subordine su efectividad o resolución, que son a las que se refiere el indicado artículo 1.116 del Código, sino de una simple cláusula o estipulación contractual cuya ilicitud, imposibilidad e inmoralidad no podía haber sido denunciada sino a través del artículo 1.255 del propio Código, en cuanto contraria a los límites allí establecidos a la libertad de contratar; b) en segundo término, que la discutida cláusula forma parte de un pacto libre y espontáneamente convenido, con respecto del cual no se adujo vicio alguno de fondo o de forma que pudiese haberlo invalidado, lo que imposibilita su utilización para aquello que beneficia y su impugnación en lo que perjudica, con la importantísima particularidad, además, de que el perjuicio que se alega es un simple derivado di-

recto y exclusivo del incumplimiento de parte del recurrente, que como hecho probado consta en la sentencia recurrida; c) y finalmente que no hay base bastante que autorice a reputar dicha cláusula como imposible, ilícita o inmoral, pues, aparte de su posibilidad física, ni la Ley, ni la moral la prohíben, antes al contrario—según afirmó acertadamente el Juzgador de instancia—, está expresamente permitida, como una forma de cláusula penal de las reguladas en el artículo 1.152 del Código civil, que las concede validez jurídica, razones todas ellas que fuerzan a la desestimación de este motivo, y con él la del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales.

SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1966.—*Acción paulina. Revocación de contratos de donación y adjudicación en pago, otorgados en fraude de acreedores* (Ponente: HERRERO-LECÍNANA).

Se demandó la revocación de contratos de donación y de adjudicación en pago por estar hechos en fraude de acreedores.

La sentencia de Primera Instancia no accedió a la revocación del contrato de adjudicación en pago, sí a la revocación de la donación, pero exclusivamente en la medida que sea necesaria para que el actor haga efectivo su crédito, con la consiguiente cancelación o inscripción de modificación de titularidad.

La sentencia de la Audiencia ordenó la revocación de ambos contratos. El recurso de casación no prosperó.

Son sus Considerandos:

Que de acuerdo con lo establecido legalmente, para el ejercicio de la acción revocatoria o paulina del artículo 1.111 del Código civil, se requiere, ante todo, que los contratos que se trate de impugnar hayan sido celebrados en fraude de los acreedores, al modo como se dice en el indicado precepto y se ratifica en el número 3.º del 1.291 del mismo texto legal; y, además, que dichos acreedores carezcan de todo otro recurso para hacer efectivo su crédito, puesto que en el artículo 1.111 se condiciona el válido ejercicio de este remedio jurídico a que previamente se hayan perseguido los bienes de que está en posesión el deudor para realizar cuanto se les daba, añadiéndose en el 1.291 que este tipo de contratos son rescindibles cuando no haya posibilidad de cobrar de otra manera lo debido, lo que da a esta acción precisamente el carácter de subsidiaria, que de modo expreso le atribuye el legislador en el artículo 1.294 del propio Código civil.

Que tanto la existencia del fraude como la realidad o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor son—como muy bien afirmó el Tribunal *a quo*—para cuestiones de hecho, cuya apreciación es de la exclusiva competencia del juzgador de instancia, figurando en el presente caso como hechos declarados, probados por la sentencia recurrida los siguientes: en primer lugar, la realidad de un crédito exigible por la cantidad de 382.692,55 pesetas; en segundo término, la salida del patrimonio del deudor—después de haber sido condenado a su pago por una sentencia firme—de una masa de bienes como consecuencia de un contrato de donación en favor de sus hijos y otro de adjudicación en pago en que aparece como adjudicatario un hermano del propio deudor que actúa en complicidad fraudulenta con éste; y, finalmente, que,

como resultado de ello, no queda en el referido patrimonio bienes bastantes para cubrir la totalidad de la deuda que tiene frente al que ahora figura como recurrido; declaraciones de hecho, que sólo podían haber sido eficazmente impugnadas en casación por el cauce procesal adecuado del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cosa que no se ha efectuado, habiéndose limitado el recurrente a utilizar la vía del ordinal 1.º del mismo precepto adjetivo, para denunciar en los dos primeros motivos, violación en un caso del número 3.º del artículo 1.291 y en otro, del 1.294, ambos del Código civil, que deben ser desestimados, porque teniendo en cuenta la apoyatura fáctica de que se acaba de hacer mención, es indudable que fueron rectamente aplicados por el Tribunal de instancia.

Que al quedar firme la anterior declaración de hecho de que el deudor, cuando lleva a cabo los actos dispositivos mencionados y especialmente la donación en pro de sus hijos, no dejó en su patrimonio bienes suficientes para responder de las deudas anteriores a ella, es obligada la aplicación de la presunción de fraude con respecto de dicho contrato de donación contenida en el párrafo 2.º del artículo 643 del Código civil, que consiguientemente no puede estimarse violado como se pretende en el motivo 3.º, igualmente formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, lo que obliga a su desestimación, y con ello, la del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales.

B. M. B.

DERECHO ECONOMICO-MATRIMONIAL

SUMARIO: A) CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *Inmutabilidad de los pactos en ellas contenidos Interpretación de la Constitución catalana «A foragitar frauds»*: S. 10 diciembre 1965; Comentario. B) RÉGIMEN SUBSIDIARIO A FALTA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *Supuesto de mallorquín casado en el extranjero con extranjera*; S. 2 noviembre 1965; Comentario. C) PRUEBA O FALTA DE PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO DE UNO Y OTRO ESPOSO, O COMÚN, DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO: a) *En régimen especial de Mallorca*: S. 2 noviembre 1965 b) *En el régimen del Código civil*, 1) *Su prueba*; S. 30 septiembre 1965; 2) *Prueba en contra de la presunción del artículo 1.407*; S. 1 diciembre 1965, 3) *Valor de la confesión del marido en contra de la presunción del artículo 1.407, C. c.*; S. 28 octubre 1965. D) DONACIONES ENTRE CÓNYUGES: *Alcance de la prohibición del artículo 1.334, C. c.*; S. 28 octubre 1965. Comentario a las Sentencias de 30 septiembre, 28 octubre, 23 noviembre y 1 diciembre 1965. E) DOTE: *¿Son aplicables a la dote prometida las prohibiciones del Derecho romano y la Compilación catalana de convertir en estimada la dote inestimada y de restituir la dote durante el matrimonio?*; S. 10 diciembre 1965. F) SOCIEDAD DE GANANCIALES: a) *Inmutabilidad del régimen económico matrimonial una vez contraído el matrimonio en el régimen civil común: convenio en partición inter vivos de considerar comunes todos los bienes de marido y mujer, cualquiera que fuera su procedencia*; S. 20 mayo 1965. b) *Abono de litis expensas de la mujer*, S. 16 noviembre 1965. G) SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA: a) *Enajenación de bien ganancial por la viuda: Inaplicación del artículo 1.444*; S. 14 mayo 1965. Comentario. b) *La pérdida de la mitad de gananciales por el cónyuge de mala fe, ¿es aplicable a los bienes que no resulten privativos de ningún cónyuge en el régimen mallorquín?*; S. 2 noviembre 1965.

DERECHO ECONOMICO-MATRIMONIAL

A) CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Inmutabilidad de los pactos en ellas contenidos.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Interpretación de la constitución catalana «A foragitar frauds».*

HECHOS

El matrimonio P.-J. M. A. y E. S. G., que tenía tres hijas, llamadas N., E. y T., en atención al matrimonio—ya contraído—de su hija N. con J. B. B., concertaron capítulos matrimoniales que otorgaron los dos matrimonios ante el Notario de San Julián de Loria (Andorra) el día 31 de octubre de 1950, en el que aquéllos hicieron heredamiento universal, puro, simple, perfecto e irrevocable, entre vivos, empero para después de su muerte, de todos sus bienes presentes y futuros a favor de dicha hija N.; aportando la hija toda su herencia en dote estimada a favor de su esposo; reservándose: la facultad de pignorar y vender los bienes comprendidos en el heredamiento «por

actos onerosos entre vivos», el usufructo universal y recíproco, para sí, y la facultad de dotar o disponer a favor de las otras dos hijas, E. y T., por acto *inter vivos* o *mortis causa* de las dos terceras partes de sus bienes, dado el deseo—que expresaron—de que las tres recibieran igual porción de bienes.

Ambos cónyuges heredantes usaron de esta última facultad en sus respectivos testamentos, en cada uno de los cuales instituyeron heredera universal a su hija N. y legaron a cada una de sus otras dos hijas, E. y T., una tercera parte de sus bienes relictos.

Más tarde, y fallecida ya la madre, el 10 de septiembre de 1955, en la villa de Andorra la Vieja, la hija N. renunció a favor de su padre todos los derechos que éste y su difunta madre otorgaron a su favor; y aquél aceptó tal renuncia y dejó sin efecto los heredamientos. Y, finalmente, el mismo P.-J. M. A., de los bienes en cuestión, vendió una finca a A. B. F. y de las otras hizo donación y venta a su hija T.

Fallecidos ambos padres, la hija N. y su esposo, J. B. B., demandaron a las otras dos hijas, T. y E., y a los compradores de bienes, A. B. F. y D. T. C., y, en otra demanda adicional, a dos personas más por los daños y perjuicios que con su actuación colaborante con los primeramente demandados les hubieren causado. Es de notar que la hija E. se allanó, reconociendo que eran ciertos los hechos alegados.

El Juez de Primera Instancia número 16 de Barcelona, con fecha 23 de marzo de 1962, dictó sentencia, no dando lugar a la demanda, y la Audiencia Territorial de Barcelona, en 26 de junio de 1963, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada y autos aclaratorios.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, alegando: 1.º Violación por inaplicación del principio *semel heres semper heres* (Dig. XXVIII-V, 88), concordante con los artículos 72, párrafo primero y 111, párrafo primero de la Compilación catalana. 2.º Inaplicación de la Constitución *A foragitar fraud* (única del título II, libro V, volumen I de Cataluña) e infracción por aplicación indebida del artículo 9.º de la Compilación. 3.º Inaplicación de la norma legal preceptiva de la que la voluntad del causante es ley de la sucesión (Dig. XXXV-I, 19; L-XVI, 120, concordantes con las arts. 658 y 670, C. c.), e infracción, en igual concepto, del artículo 19 del Apéndice foral aragonés aplicable por analogía. 4.º Inaplicación de la doctrina jurisprudencial, a cuyo tenor, para la modificación de los capítulos matrimoniales, se exige no sólo la concurrencia de las mismas personas que las establecieron, sino también la de todos aquellos que podrían resultar perjudicados por su alteración, aunque no fuesen otorgantes (Ss. 21 abril 1958, 28 mayo 1876 y 30 abril 1930 y otras), e infracción de la norma legal *Qui sentit commodum, incomodum sentire debet* (Decreto L. VI, *De regulis iuris*, regl. 55). 5.º Inaplicación de la Ley 35, Cod. III-XXVIII, concordante con el artículo 145 de la Compilación catalana, que declara nulo todo pacto o contrato o de otra índole sobre legítima no deferida, y aplicación indebida e interpretación errónea de la Decreto *Quamvis pactum* de Bonifacio VIII, contenida en el Sexto de los Decretales (título XVIII, capítulo II), concordante con el número 2.º de las excepciones insertas en el citado artículo 145 Compil. 6.º Inaplicación de los siguientes artículos de la Compilación catalana, concordantes con la doctrina tradicional: 66, párrafo primero *in fine*, que estima ineficaces los testamentos posteriores al heredamiento pactado en capítulos otorgados en contradicción con éstos; artículo 67, párrafo primero, afirmativo de que el heredamiento a favor de un contrayente confiere a éste, con carácter irrevocable, la cualidad del heredero contractual del heredante, y artículo 75, párrafo primero,

según la cualidad de heredero contractual, será inalienable e inembargable. 7.º Inaplicación del artículo 29, párrafo último de la Compilación, según el cual constante el matrimonio no podrá convertirse en estimada la dote inestimada; y del artículo 30, párrafo segundo del mismo texto, que prohíbe la restitución de la dote durante el matrimonio, concordantes respectivamente con la Ley 12, pr. Dig., XXIII-III y Ley única Cod. V-XIX.

A su vez, la hija E interpuso recurso, alegando fundamentalmente falta de aplicación de la Constitución *A foragitar fraud* y de la disposición transitoria 6.ª de la Compilación catalana en relación a la 1.ª del Código civil.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declaró no haber lugar a ninguno de los recursos de casación con los siguientes considerandos:

«Que, formalizada la demanda de que dimanen los sendos recursos, interpuestos por la parte actora y la demandada, doña ..., el 20 de agosto de 1958, los recurrentes, con olvido de las normas de derecho intertemporal, hacen continua e indiscriminada alegación de textos del Derecho romano, canónico y Compilación de Cataluña, promulgada por Ley de 21 de julio de 1960, que sustituyó aquellos que estaban vigentes a su promulgación (Disposición final primera), que no tuvo efecto retroactivo en la materia hoy debatida, a tenor de lo dispuesto en sus disposiciones transitorias, la sexta y última de las cuales se remite a las del Código civil (S. 28 enero 1964), por lo que la Compilación, en el caso de autos, carece de autoridad directa, si bien la tenga como interpretadora de los antecedentes jurídicos romanos, como tuvo ocasión de declarar esta Sala respecto de los correspondientes Anteproyectos y Proyecto (Ss 6 julio 1949, 23 noviembre 1955, 25 marzo, 6 julio y 20 diciembre 1957), y en cuanto a ella misma, la sentencia de 19 de noviembre de 1964, que precisó que siendo el Derecho vigente cuando el pleito se inició la Legislación romana, como supletoria, en el caso singular debatido, sin desdeñar la jurisprudencia de esta Sala, no podía darse al artículo 23 invocado de dicha Compilación un total valor interpretativo, por poder representar una modificación por lo menos textual de la legislación anterior, en cuanto al punto preciso litigioso, confusionismo que aumenta con las invocaciones al Derecho de Andorra, que, como extranjero, para que sea aplicado por los Tribunales españoles, según tiene declarado la jurisprudencia, es necesario que quien lo invoque acredite en el juicio, primero, la existencia de la legislación que solicita; segundo, la vigencia de la misma, y tercero, su aplicación al caso litigioso (Ss. 19 diciembre 1935 y 30 junio 1962), nada de lo cual se ha hecho aquí, incidiendo en una falta de precisión y claridad requerida inexcusablemente por el artículo 1.720 L. E. C., que ya podría ser causa de inadmisión, pues, según doctrina legal, la forma dubitativa en la argumentación jurídica es inaceptable para fundar y lograr la casación (S. 15 octubre 1914), pero que en todo caso imponen al Juzgador la necesaria concreción en su examen.»

«Que frente a la estimación por el Tribunal *a quo* de la validez y eficacia de la escritura de 16 de septiembre de 1955 de resolución por mutuo disenso de las capitulaciones matrimoniales de 31 de octubre de 1950, se opone en los motivos *segundo* y *cuarto* del recurso de la parte actora la inaplicación de la Constitución *A foragitar fraud* (única del tit. II, lib. V, vol I de las de Cataluña) y jurisprudencia que la interpreta, coincidente con el motivo primero y extendida a la Compilación en el motivo segundo del recurso de la demandada, doña ..., por lo que bastaría para su desestimación la incorrección procesal

en que incurren, pues el concepto que podría autorizar estos motivos es el de interpretación errónea, ya que la Sala ha hecho aplicación de los preceptos invocados como infringidos, aunque dándoles distinto alcance del sostenido por los recurrentes.»

«Que aun cuando así no fuese, y pese a la falta de unanimidad en la doctrina de los autores, aunque es prevalente la opinión que estima la posibilidad de revocación de capítulos, total o parcialmente, por mutuo disenso y a la jurisprudencia de esta Sala, que en sentencias de 30 de junio de 1863, 26 de mayo de 1876 y 30 de junio de 1930, proclamaba el principio de irrevocabilidad poco menos que en absoluto, por entender el heredamiento catalán estipulado en capitulaciones matrimoniales, con base en un riguroso espíritu de familia, tendente a evitar la desintegración de su patrimonio, siempre admitió, entre contados medios de excepción, el mutuo disenso o conformidad de todos los que intervinieron en su establecimiento y la de aquellos terceros que por el heredamiento resulten favorecidos, y las sentencias de 4 de febrero y 28 de noviembre de 1927 introdujeron nuevas mitigaciones, aun aplicando al caso de autos la doctrina legal más rigurosa, que ha vuelto a seguir la sentencia de 21 de abril de 1958, los hechos son completamente distintos por haber llamado los heredantes entonces a los hijos del primogénito para el evento de que el donatario falleciese antes que los donantes y haber ya nacido al tiempo de la revocación del heredamiento, faltando en el acto revocatorio la intervención de su representante legal, amén de la falta de consentimiento y causa, por no mediar en el acto revocatorio verdadera voluntad a renunciar la donación, ni menos ánimo de liberalidad por el renunciante, ni recibió éste compensación alguna, mientras en el caso hoy contemplado, a la escritura de revocación prestaron su consentimiento el heredante supérstite, los actores recurrentes beneficiarios y la heredera de la heredante, sin que hiciese falta lo hicieran los hijos del matrimonio B.-M., ya que su supuesta expectativa de derechos se limita a unos alimentos para el caso de convivir con don P.-J. M., los consortes actores, lo que no llegó a ocurrir, ni tampoco la demandada recurrente, doña ..., por no ser otorgante ni favorecida por los capítulos, habiendo recibido la parte actora las correspondientes contraprestaciones, y asimismo no puede apreciarse la interpretación errónea de la Constitución *A foragitar fraud*, expresiva de que "para quitar los fraudes que con frecuencia se cometen sobre las cosas escritas, ordenamos y establecemos que si se diera el caso de que se otorgara una escritura por los hijos a favor de sus padres, o por cualquier otra persona en favor de otro, en mengua, derogación o perjuicio del heredamiento o donación, hecha o hacedera por aquellos padres u otros cualquiera *en ocasión del matrimonio*, tal instrumento sea nulo», por referirse a tiempo de nupcias, cuando aquí las capitulaciones se otorgaron más de cinco años después, no ser una escritura particular ni existir una disminución unilateral en perjuicio de las donaciones de la otra estirpe, y afirmarse en la sentencia recurrida, sin impugnación eficaz por los recurrentes, que no ha habido fraude, ni menos confabulación con ánimo de fraude, no cabiendo tampoco estimar la inaplicación de la norma legal *qui sentit commodum, et incommodum sentire debet*, contenida en el libro VI de las Decretales *De regulis juris*, regla 55, invocada en el motivo cuarto del recurso de la demandada, cuando ha sido acertadamente aplicada por el juzgador, al ser la resolución a cambio de importantes compensaciones en inmuebles y en metálico, sin que pueda quedar en olvido el principio jurídico aplicado por la jurisprudencia de que nadie puede ir contra sus propios actos, que sienta el

Juzgado (Considerando cuarto) y acepta la Audiencia como una de las premisas de su fallo y no es impugnado por los recurrentes»

«Que la desestimación de los motivos examinados hace decaer la de los tercero y sexto del recurso formalizado por los actores, por suponer la invalidez de la resolución del heredamiento contenida en la escritura de 16 de septiembre de 1955, que acertadamente ha sido denegada, y asimismo, del motivo primero del recurso de los actores y motivo tercero del de la demandada sobre inaplicación del principio *semel heres, semper heres* del fragmento 88, título V, libro XXVIII del Digesto, por no ser aplicable al caso de autos, al referirse a la condición resolutoria en la institución de heredero, que aquí no se da, tratándose de una sucesión contractual no contemplada por el derecho romano.»

«Que tampoco puede prosperar el motivo quinto del recurso de los actores, por estar incurso en la causa cuarta de inadmisión del artículo 1729 L. E. C., al no citar con precisión y claridad las Leyes que suponen infringidas y el concepto en que lo han sido, o igual suerte ha de correr el motivo séptimo, pues no hubo dote al no haberla recibido la actora, sino una promesa de dote y un posible residuo, a que no son aplicables los preceptos invocados, con lo que este recurso queda desestimado en su totalidad»

«Que el motivo quinto del recurso de la demandada tampoco puede acogerse, aun dada la posición de ésta en el proceso, allanada a la demanda, pues la validez de la escritura de resolución de capítulos matrimoniales lleva consigo la conclusión de que la de capítulos había quedado sin efecto, sin que se haya inaplicado por el Tribunal *a quo* el principio *res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, pues en la escritura de 31 de octubre de 1950 no hay llamamiento a favor de doña ..., sino una reserva de disposición de dos tercios para las hijas no heredadas, y era inútil declarar la validez del testamento de su madre de 2 de noviembre de 1950, con lo que igualmente queda desestimado en su integración este recurso.»

COMENTARIO

El problema fundamental que plantea la sentencia de 10 de diciembre de 1965 radica en determinar si la redacción distinta de la Constitución A foragitar fraus y del artículo 9.º, párrafo primero de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña obedece a diversa intensidad de la norma prohibitiva en una y en otra, por haberla atenuado ésta, o bien si simplemente ésta expresa la interpretación correcta de aquélla, adaptativa de su rigor literal restringiéndolo a los casos realmente comprendidos en su espíritu. Para ello, nada mejor que comparar a doble columna ambos textos:

Constituciones de Cataluña, lib. V, tit. II.

Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, lib. I, tit. III, cap. I, art. 9, § 1.º

1.—Pedro el Ceremonioso, en las Cortes de Perpiñán del año 1351.

Cap. XVI

«Para quitar los fraudes que con frecuencia se cometen sobre las cosas escritas, ordenamos y establecemos que si se diera el caso de que se otorgara alguna escritura por los hijos a favor de sus padres, o por cualquiera otra persona en favor de otro, en mengua, derogación o perjuicio del heredamiento o donación hecha o hacedera por aquellos padres u otros cualesquiera a sus hijos o a otros cualesquiera en ocasión de matrimonio, tal instrumento sea nulo, caso e "irrito ipso iure", y en modo alguno se le dé fe en juicio ni fuera de éste, prohibiendo a todos los Notarios de nuestro territorio reciban tales escrituras.»

«Las capitulaciones matrimoniales sólo podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en los supuestos previstos en las mismas o por acuerdo unánime, solemnizado en escritura pública, de quienes hubiesen concurrido a su otorgamiento y vivan, en el momento de la modificación o resolución, junto con los herederos de los otorgantes fallecidos. Si quien haya de dar tal consentimiento fuese incapaz o se hallare ausente en ignorado paradero se suplirá o complementará su consentimiento con arreglo a la Ley.»

La sentencia de 4 de febrero de 1927 señaló que la Constitución «A foragitar frauds» es de carácter excepcional y debe aplicarse en sentido restrictivo. La sentencia de 28 de noviembre de 1927 señala que se encamina a evitar fraudes. Ambas señalan que su aplicación requiere el doble supuesto de hecho de que haya: 1.º, confabulación entre donador y donatario con ánimo de fraude, y 2.º, derogación, disminución o perjuicio de aquella donación por medio de un instrumento posterior.

El Tribunal Supremo, en la que ahora comentamos, apreciando las circunstancias del caso, entiende que, en el supuesto examinado, la solución no difiere con la correcta aplicación de uno y otro texto, atendiendo a la «ratio» de la Constitución.

B) RÉGIMEN SUBSIDIARIO A FALTA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1965.—Supuesto de un mallorquín, casado en el extranjero con una extranjera.

HECHOS

El actor, civilmente mallorquín, había contraído matrimonio en Tánger el 13 de julio de 1953, con la demandada de nacionalidad americana y de religión protestante. Después de convivir algún tiempo y sin haber tenido descendencia, se separaron. Durante su unión, y a nombre del marido, se había

comprado una finca de la calle de Bayonetas, de Palma de Mallorca. El suplico de su demanda se centró en la petición de la unidad del matrimonio. La demandada reconvinó, pidiendo que se declarase su buena fe y la mala fe del marido, que se obligara a este a transmitirle la casa de la calle Bayonetas, cuyo precio afirmaba que se había pagado con dinero de ella, que se condenara al actor a pagarle la minuta de su abogado, el enriquecimiento injusto por los gastos de sostenimiento de él durante la convivencia y una indemnización por los daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca, con fecha de 11 de enero de 1963, dictó sentencia, declarando la nulidad del matrimonio, la mala fe del actor y la buena fe de la demandada, el carácter común de la casa de Bayonetas y condenando a aquél a que le transfiriera a ella dicha casa y a que le pagara varias cantidades.

Apelada la sentencia por el actor, la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, en 8 de julio de 1963, confirmó la del Juzgado, excepto en cuanto a la propiedad de la casa de la calle de Bayonetas, extremo en el que la revocó, declarando que era bien privativo del actor.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación, rechazando el Tribunal Supremo el interpuesto por el actor y aceptando el que la demandada interpuso, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu, y, en segunda sentencia de la misma fecha, confirmó en todos sus extremos el fallo del Juez de Primera Instancia por los propios fundamentos expresados en la misma.

De la primera sentencia del Tribunal Supremo, interesan a nuestro objeto los dos últimos

CONSIDERANDOS

«Que entrando en el estudio del recurso articulado por la esposa demandada, formula los cuatro primeros motivos, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, para combatir la declaración de la sentencia, de que la casa adquirida durante el matrimonio por el esposo pertenece exclusivamente a éste, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º, párrafo 2.º, de la Ley de 19 de abril de 1961 sobre Compilación del Derecho de Baleares, que establece el régimen de absoluta separación de bienes entre los cónyuges cuando sean mallorquines alguno de ellos, como lo es el esposo y no haya pacto expreso en capitulaciones matrimoniales, que no concurre en el caso contemplado, alegando la violación por la resolución impugnada del párrafo 3.º de dicho artículo 3.º de la Compilación y de los artículos 1.325, 1.396, número 1.º del 1.401, 1.407 y 13 del Código civil, y habida cuenta que la sentencia da como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes y que no los ha adquirido por herencia, cuya declaración no ha sido combatida por el único cauce adecuado a ello, el del número 7.º del tan repetido artículo 1.692; es evidente que la casa en cuestión no puede estimarse comprendida en ninguno de los casos que señala el artículo 1.396, para reputarse bien propio de ninguno de los cónyuges, al no haber probado el marido la adquisición privativa del dinero importe del precio de la compra, y, como consecuencia y en principio, deberá ser estimada como del matrimonio, con arreglo al párrafo 3.º del artículo 3.º de la Compilación de Derecho especial de Baleares, y, en su consecuencia, procede casar y anular en tal extremo la sentencia recurrida, máxime en el caso presente en que del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer, y,

salvo la presunción legal antes expuesta, se llegaría a reputar la finca en cuestión como comprada con dinero de la esposa y, por tanto, bien privativo de ella.»

«Que, por último, el quinto motivo del recurso, por el mismo cauce procesal de los anteriores, denuncia la violación en la sentencia de los artículos 72 y 1.417 del Código civil, y como quiera que persiste la declaración que contiene de que el marido procedió de mala fe, al no haberse combatido en forma tal aserto, procede casar la resolución impugnada en tal extremo, por aplicación analógica de los preceptos invocados, en relación con la disposición final segunda de dicha Compilación.»

COMENTARIO

Esta sentencia la deberemos comentar después, por lo que se refiere a la aplicación de la presunción del artículo 3.º, § 3.º, de la Compilación balear, y a la aplicación analógica de los artículos 72 y 1.417 del Código civil. Ahora sólo nos interesa destacar lo relativo a la interpretación del artículo 1.325 del Código civil. Nada mejor al respecto, para percatarse de la cuestión, que la transcripción en lo pertinente del primer motivo de casación alegado por la demandada.

«Es preciso conocer previamente cuál es el régimen económico del matrimonio celebrado entre ambas partes litigantes, que el problema es de gran magnitud, ofreciendo cierta dificultad determinar si el régimen económico del matrimonio celebrado entre un mallorquín y una norteamericana se rige por el Derecho común—artículo 1.325 del Código civil—o por el Derecho foral—artículo 3.º de la Ley de 19 de abril de 1961—, que el invocado artículo 1.325 del Código civil, de acuerdo con el principio de la Escuela italiana, según el cual el régimen económico matrimonial se regula por la Ley nacional del marido, dispone que, «si el casamiento se contrajera en país extranjero, entre español y extranjera, o extranjero o española y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de sociedad de gananciales, y cuando fuera española la esposa que se casa bajo el régimen del Derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles; que no ha podido encontrar ninguna sentencia de esta Sala en la que se hubiera planteado tal cuestión, por lo que dicha Sala no ha tenido ocasión de resolver el problema de si el repetido artículo 1.325 es aplicable a los españoles aforados que se casen con extranjeras en país extranjero; que tampoco la Dirección General de los Registros se ha ocupado del problema en sus resoluciones, si bien en la de 10 de noviembre de 1926, se contempla un caso análogo en relaciones interprovinciales—matrimonio contraído por un aforado al Fuero de Baylo y una mujer de Derecho común, en territorio de Derecho común—, declarándose en la misma que, cuando el marido es aforado y la mujer pertenece a región donde no rige el fuero, es más ajustada al espíritu del Derecho vigente la opinión de los que creen que debe someterse al régimen económico conyugal al Derecho común, en armonía con el aforismo *locus regit actum*; que la doctrina no es unánime en lo que concierne a la aplicación del artículo 1.325 del Código civil, y así, Valverde, Manresa y Mucius Scaevola, con amplia argumentación sostienen que al matrimonio de aforado con extranjera, contraído en país extranjero, le

es aplicable el artículo 1.325 del Código civil, y, por el contrario, Castán señala que "no nos parece justa la opinión de Manresa y Valverde, que, interpretando a la letra el texto anterior—en cuanto habla sin distinción alguna de españoles—, piensan que es aplicable incluso a los españoles aforados que se casen con extranjera, y que, por consiguiente, habrán de someterse éstos, no al régimen de su fuero propio, sino al de gananciales del Código civil"; que la razonada opinión de los Civilistas citados, unida al criterio seguido por la Dirección General de Registros, en la resolución de 10 de noviembre de 1926, permiten sostener fundamentalmente que, para determinar el régimen económico del matrimonio Miserol-Cohen, la sentencia recurrida debió aplicar el artículo 1.325 del Código civil, en vez del artículo 3.º, párrafo 2.º, de la Ley de 19 de abril de 1961, sobre Compilación del Derecho civil especial de Baleares, y, en consecuencia, declarar que los recurrentes citados se habían casado bajo el régimen de gananciales, y al no hacerlo así y sostener, por el contrario, que el régimen económico de tal matrimonio es el de la separación de los bienes, dicha sentencia ha dejado de aplicar el repetido artículo 1.325 del Código civil, con lo que ha incidido en infracción de Ley por violación de tal precepto, ya que, conforme a jurisprudencia de esta Sala contenida en sentencias de 2 de noviembre de 1943, 13 de enero de 1944, 8 de enero de 1945 y 8 de enero de 1906, entre otras, la no aplicación de una norma equivale a su violación, razón por la cual la sentencia recurrida debe ser casada y anulada.»

El Tribunal Supremo no estimó este primer motivo, sino el cuarto—plantado subsidiariamente por violación del artículo 3.º, § 3.º, de la Compilación—, lo que significa la previa aplicación del § 2.º del mismo artículo, que estima contraído el matrimonio bajo régimen de absoluta separación de bienes. Lo cual supone, como dato previo, la aplicación del régimen balear al matrimonio contraído entre el mallorquín y la americana; y, por ende, que el artículo 1.325 del Código civil sólo es directamente aplicable si el marido es español sometido al Derecho común, y que únicamente lo es por analogía, en caso de estar sujeto a un régimen foral, supuesto en el cual debe estimarse que el régimen de bienes del matrimonio es el correspondiente al Derecho foral de que se trate.

C) PRUEBA O FALTA DE PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO, DE UNO U OTRO ESPOSO O COMÚN, DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO.

a) *En régimen especial de Mallorca.*

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1965 [ver *supra*, B)].

b) *En el régimen del Código civil.*

1. SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1965.—*Prueba del carácter privativo.*

Se discutió en el pleito la inclusión con carácter ganancial en la testamentaria del marido de unos bienes, que la viuda afirmaba que eran parafernales, heredados de su padre, incluidos en la testamentaria del marido y a ella ad-

judicados. La actora interpuso recurso de casación, alegando—en el primer motivo—infracción por violación de los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, por no haberse valorado debidamente la escritura pública de partición de la herencia de su padre, y—en el segundo motivo—violación del artículo 1.396, número 2.º, del Código civil. Y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fué Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor Guelbenzu, rechazó el recurso.

CONSIDERANDO

«Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., denuncia la comisión en la sentencia recurrida de error en la apreciación de las pruebas, en su doble vertiente de error de hecho y de derecho, alegando, en cuanto al primero como documento auténtico que lo acredita, la escritura pública, fecha de 31 de marzo de 1926, obrante en los autos y que contiene las operaciones particionales de la herencia de don L. A., padre de la recurrente, en la que aparece inventariada la casa del Palacio, de Galisteo, y que demuestra, a juicio del recurrente, que fué heredada por su hija y constituye bienes parafernales de ésta y nunca puede ser considerada como bien ganancial de su matrimonio con don B. J. D.; y habida cuenta que si bien es cierto que la finca referida perteneció al padre de la recurrente según se desprende del instrumento público citado, no lo es menor que el mismo demuestra que a la actora solamente se le adjudicó en las operaciones particionales de la herencia la quinta parte indivisa de los bienes relictos y que, acertadamente, sostiene la resolución impugnada, dada la cuenta de la herencia en relación al valor de la casa cuestionada, nunca la quinta parte de aquélla podría alcanzar la totalidad del inmueble; y como además la sentencia estima probado, sin que se haya combatido en el recurso, que el marido, señor J., compró a sus cuñados, constante el matrimonio con la actora, las partes de la casa que les habían correspondido; es evidente que sólo puede estimarse como bien parafernial de la actora la parte de la casa, que no se le discute en el proceso, siendo bienes gananciales del matrimonio las restantes objeto del pleito y decae la alegación estudiada; que acarrea la de error de derecho en la apreciación de las pruebas, con invocada violación de los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, puesto que han sido rectamente valoradas los documentos aportados y debe rechazarse este primer motivo del recurso.»

«Que, sentada la anterior doctrina, carece el segundo de los motivos articulados, por el cauce procesal del número 1.º de dicho artículo 1.692, y que denuncia la violación del artículo 1.396 del Código civil en su apartado segundo; ya que descartado el primer motivo, carece el presente de las presupuestas fácticas que le harían viable.»

2. SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Prueba de presunciones «hominis-seu facti» en contra de la presunción «iuris» del artículo 1.407 del Código civil.*

También se discutió en este pleito la inclusión de unos bienes como gananciales en una testamentaria. La parte recurrente en casación alegó—en el segundo motivo—aplicación indebida del artículo 1.407, en relación con los 1.253 y 1.251 del Código civil, por no haberse deducido el carácter parafernial de los

bienes discutidos de la prueba testifical, de la que resultó que los bienes procedían de la familia de la finada esposa. La parte recurrida objetó que la presunción del artículo 1.407 no puede ser destruida, sino con una prueba concluyente y no por una prueba incompleta.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fué Ponente el Magistrado don Jacinto García Monje y Martín, rechazando el segundo motivo en casación en el siguiente

CONSIDERANDO

«Que el segundo de los motivos del recurso, formulado por la vía del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., invoca la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, al aplicar indebidamente en la sentencia el artículo 1.407 del Código civil, en relación con los artículos 1.253 y 1.251 del Código civil, más conforme a la constante doctrina de esta Sala, el invocado error de derecho ha de ser consecuencia de no dar a algún medio de prueba el valor y eficacia que les conceden determinados preceptos legales, que resultan así infringidos, de acuerdo, entre otras, las sentencias de 8 de julio de 1953 y 4 de junio de 1947, cuyas normas legales infringidas citar es preciso, así como el concepto en que lo hayan sido, y sentada esta doctrina, ha de quedar excluida del motivo la denuncia de la indebida aplicación del artículo 1.407 del Código civil, que, por no tener el carácter de norma valoratoria de la prueba, no podía ser alegada como infringida a través de éste, y respecto a las presunciones a que, asimismo, se refiere, debe declararse, que los preceptos referidos a las mismas que se citan no constituyen tampoco disposiciones regidoras de especial valor probatorio, y sólo pueden venir a este recurso mediante la invocación del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., al sólo efecto de combatir los hechos en que aquellas se fundan, y por la cita del número 1.º del mismo, para atacar la existencia del enlace preciso, según las reglas del criterio humano entre tales hechos y los que de los mismos se deducen, según la sentencia, y lo que se pretende en este caso es oponer el recurrente su propio criterio al sentado por el Tribunal *a quo*, al valorar los distintos medios de prueba, especialmente testifical, cuya apreciación, en armonía a los artículos 1.248 del Código civil y 659 L. E. C., incumbe al Tribunal de instancia, sin que ésta pueda ser combatida mediante el examen y crítica de las declaraciones testificales, materia propia de la instancia, vedada a este recurso, según la constante doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencias de 12 de abril de 1910, 16 de junio de 1955 y 23 de abril de 1956, la cual conduce a la desestimación del motivo en el que tal apreciación de la prueba testifical se efectúa.»

3. SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Valor de la confesión del marido en contra de la presunción del artículo 1.407 del Código civil.*

HECHOS

El marido premurió a su esposa bajo testamento, en el cual instituyó heredera en usufructo vitalicio a su mujer y nombró herederos en nuda propiedad por terceras partes iguales a los respectivos hijos de los tres hermanos, ya fallecidos, del testador. Una de las sobrinas demandó a la viuda. El motivo del pleito era la calificación como parafernalia o ganancial de una finca com-

prada durante el matrimonio por la esposa, asistida del marido, consignándose, en la cláusula 7.ª de la escritura, que. «El compareciente don A. M. R., esposo de la compradora, manifiesta, y hace constar en este acto, que el dinero invertido por su esposa, en la adquisición de la finca precedente, es de la propiedad exclusiva de la misma, solicitándose del Registrador de la Propiedad que se inscriba aquélla, como parafernál de dicha señora, el día que pueda lograrse la inscripción del citado inmueble»

Fueron circunstancias a tener en cuenta: 1.º Que el precio de dicha compraventa, según la estipulación segunda de la escritura, fué de 86.5000 pesetas, de las cuales el vendedor confesó haber recibido de la compradora 29.000 pesetas solamente, y las restantes 57 500 pesetas quedaron aplazadas en cinco plazos, el último de los cuales vencería cinco años después. 2.º Que la finca vendida tenía varios enclaves ajenos, que posteriormente fueron también adquiridos. 3.º Que durante el matrimonio se hicieron importantes mejoras en la finca, consistentes en la construcción de dos casas y otras edificaciones, su amurallado, apertura de pozos, cultivo de huertas, etc. La actora afirmó, además, que la compradora no vendió ninguna finca parafernál y que no podía disponer de dinero para pagar el precio de la compra en cuestión, si bien la demandada afirmó que con el precio de la venta de una importante ganadería lanar heredada de su padre había pagado la finca y las mejoras realizadas.

El Juzgado de Primera Instancia de Montánchez falló, que la cláusula 7.ª de la referida escritura de compraventa, comprensiva de la confesión del marido de que el precio de la compra era de su esposa, era nula de pleno derecho por ser inexacta y envolver una donación entre cónyuges, y que la citada finca, así como todas las edificaciones y mejoras en ella realizadas durante el matrimonio e igualmente las edificaciones que en ella existían, tenían carácter de bienes gananciales. Sentencia que fué confirmada en todas sus partes por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

MOTIVOS

1.º Inaplicación del principio legal, según el cual *nadie puede ir contra sus propios actos*, establecido, entre otras, en las sentencias de 2 de marzo de 1961, 16 de noviembre de 1960, 28 de junio de 1958, 17 de mayo de 1941, obligatorio también para los causahabientes que fueren herederos voluntarios, ya que, según sentencias de 13 de junio de 1899, 31 de marzo y 7 de diciembre de 1911, 12 y 17 de noviembre de 1920, 19 de mayo de 1932, los herederos son continuadores de la personalidad del causante y asumen, por esto, sus derechos y obligaciones.

2.º Violación de los artículos 1.232 y 1.218 del Código civil, por no haber sido aplicados, al no reconocerse el valor y eficacia debidos a la confesión hecha en escritura pública, que hace prueba contra su autor.

3.º Violación del artículo 1.401 e interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.407 del Código civil, así como infracción de la doctrina legal establecida, entre otras, en las sentencias de 30 de junio de 1948 y 2 de febrero de 1948, fijando el alcance y extensión de la presunción *iuris tantum* que contiene este precepto legal.

4.º Inaplicación de los artículos 1.396, número 4.º y 1.381, motivo que viene a ser como el reverso de la anterior.

5.º Aplicación indebida del artículo 1.334 del Código civil, en relación con lo establecido por los artículos 618, 635, 1.392, 1.394 y 1.426 del Código civil, puesto que no pudo haber donación en el caso de autos, pues si la finca nunca estuvo en el patrimonio del marido, no era posible que la donara a la esposa.

6.º Infracción por interpretación errónea del artículo 1.334 del Código civil, dándole un alcance y efectos que no proceden, invocando la interpretación de este precepto—propugnado por el autor de estos comentarios—de que la donación del marido a la mujer, si bien es radicalmente nula *inter vivos*, se consolida *mortis causa* en caso de premorir el marido sin haberla revocado.

Siendo Ponente el Magistrado don Emiliano Aguado González, el Tribunal Supremo rechazó el recurso.

CONSIDERANDO

«Que, con antecedente inmediato, en lo dispuesto en las Leyes primera y cuarta del título IV, libro X de la Novísima Recopilación, el artículo 1.407 del Código civil establece el principio general de que 'se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen, privativamente, al marido o a la mujer', y con referencia a este precepto, es oportuno destacar: A) Que el mismo ratifica y completa la indudable preferencia que el Legislador manifiesta a favor de los bienes gananciales y de la sociedad legal, que, a base de los mismos, se establece, dándole el carácter de régimen supletorio de primer grado, respecto a los bienes del matrimonio (§ 2.º del artículo 1.315), haciendo coincidir su comienzo con la celebración del mismo, sin posibilidad de acuerdo en contrario (art. 1.394), condicionando severamente su renuncia (art. 1.394) y estableciendo, de modo prolijo y con separada enunciación, los bienes que han de considerarse propios de cada uno de los cónyuges y los que han de merecer la estimación de gananciales (arts. 1.396 a 1.400), para terminar con la declaración del transcrito (art. 1.407), que, como ya dijo esta Sala en 31 de marzo de 1930, establece una presunción 'amplia, general y compendiosa', a favor de la consideración ganancial de los bienes del matrimonio, mientras no se acredite lo contrario. B) Que, conforme a lo reglamentado en el artículo 1.250 del Código civil, preceptivo de que las presunciones que la Ley establece, dispensa de toda prueba a los favorecidos por ellas, si se suscita contienda sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio o de cualquiera de ellos, la presunción legal, arrojará, por entero, la carga de la prueba, sobre quien sostenga el carácter no ganancial de aquellos bienes, ya que se trata de una presunción de las llamadas *juris tantum* al no prohibir la Ley, expresamente, que puede ser destruida por prueba en contrario; si bien ésta ha de ser cumplida y satisfactoria, exigiéndose con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales, que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes, por parte de uno de los cónyuges, sin que baste por regla general, y como dice la sentencia de 7 de julio de 1933, el reconocimiento por el marido del carácter dotal o parafernial de determinados bienes, lo que no es suficiente, por sí solo, para destruir la presunción favorable a los gananciales, ante el peligro de que, por la sola voluntad de los interesados, queden alterados los derechos que al marido otorga la Ley en la sociedad conyugal, y a ambos cónyuges o a sus herederos, a la disolución del matrimonio o se celebren contratos entre aquéllos o se disfrazen donaciones que están prohibidas

por la Ley. C) Que ello no quiere decir que la manifestación hecha por el marido en una escritura de adquisición de bienes, a favor de la mujer, de que el precio satisfecho lo es con cargo al patrimonio exclusivo de aquélla, carezca de todo valor, pues lo aseverado por el esposo constituirá una confesión, realzada extrajudicialmente, y, por tanto, conforme al artículo 1239 del Código civil, integrará un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba, y así, éstos, en cada caso concreto, determinarán el valor que deba darse a la misma, y si la impugnación se realiza por el propio marido, lo que sólo podrá efectuar, como se reconoce en la sentencia de 2 de febrero de 1951, en caso de simulación o falsedad de la declaración, pues, en otro evento, queda vinculado por la misma, se operará una inversión en la carga de la prueba, que no podrá descansar en el simple mecanismo de la presunción establecida en el artículo 1407, sino en la demostración cumplida del hecho o circunstancias capaces de invalidar la manifestación formulada, y lo mismo ha de entenderse respecto a los herederos del marido, en su caso, sea cualquiera la clase de éstos, si verdaderamente la manifestación hecha por el *de cojus* fué simulada o falsa, incidiendo con ello en vicio de nulidad total, ya que, en este caso, como proclama la sentencia de 23 de mayo de 1956, la reiterada doctrina de casación reconoce que puede ejercitar la acción quien tenga interés en la declaración de aquélla, y no cabe negarle al heredero, privado total o parcialmente, de la herencia del interesado, por tanto, en establecer la verdad jurídica para poder entrar en su disfrute. D) Que, en definitiva, es a los Tribunales de Instancia a quienes corresponde apreciar las pruebas que se aporten, para destruir la eficacia de la presunción legal, que establece el artículo 1407 del Código civil, y, en su caso, las que, específicamente, tiendan a acreditar la falta de veracidad de la declaración en contrario hecha por el marido, si éste o sus herederos accionasen en juicio, y esa valoración probatoria habrá de ser respetada, en trance de casación, si no se combate eficazmente por la vía y con los medios que se autorizan en el número 7.º del artículo 1.692 L. E. C.»

«Que, en el concreto caso de autos, por quien acredita ser heredera del marido, se impugna la manifestación que este hizo en la escritura de venta realizada a favor de su mujer, por un tercero, de determinados bienes inmuebles, de que el precio se satisfizo en la parte abonada de presente y en la que aplazada quedó, con dinero de la exclusiva pertenencia de la mujer, y sobre la exactitud o falta de veracidad de esta aseveración, ha girado la *litis*, resulta en la instancia con la determinante declaración, fruto del examen de la prueba efectuada por el Tribunal sentenciador, de que aquella manifestación, no sólo en lo referente al precio aplazado de lo declarado, de hechos o circunstancias que pudieran surgir, después de la declaración y antes del pago, sino en la propia entrega efectuada de presente pago de parte del precio, era inveraz, y, por sí sola, no podía destruir la presunción establecida en el artículo 1407 del Código civil, siendo de subrayar que ninguno de los motivos del recurso interpuesto se cuida de atacar, por el medio procedente, esta apreciación fáctica hecha por el Tribunal de Instancia, por lo que la misma vincula a esta Sala, cuya labor, al efectuar el examen de los motivos en que el recurso se articula, ha de ceñirse a precisar si, pese a aquella resultancia fáctica imbatida, se ofrecen razones suficientes a estimar que la Audiencia incurrió en las infracciones de la Ley que se denuncian y ello a la vista de la doctrina expuesta al principio de la presente resolución.»

«Que el examen de los motivos del recurso arroja el siguiente resultado: A) El motivo primero, alega la infracción, al no haber sido aplicada, de la

doctrina legal sobre los 'actos propios' contenida en las sentencias de esta Sala, que al efecto se citan; pero si conforme a la propia jurisprudencia, invocada los actos contra los que no es lícito accionar, son aquellos que, por su carácter trascendental, o por constituir convención, acusan estado, definiendo, inalterablemente, la situación jurídica de su autor (S. 17 mayo 1941) o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto (S. 19 junio 1958), por lo que el principio de que 'nadie puede ir contra sus propios actos que, previamente, hubiesen creado una relación o situación de hecho, que no podía ser alterada, unilateralmente, por quien se hallaba obligado a respetarla (S. 2 marzo 1961); es obvio que, en la doctrina legal sobre los actos propios, no encaje la impugnación de lo que fué manifestado por el *de cuius* de la accionante, dada la limitada finalidad y efectos que aquella manifestación perseguía, y que, aun no siendo así, por estimar el caso incluíble en una holgada apreciación del concepto, la razón de la impugnación, que no es otra que la falta de veracidad de lo declarado, reconocida explícitamente en la instancia, hace, por las razones expuestas en el Considerando primero de esta resolución, que el motivo no puede alcanzar, por sí solo, el éxito a que aspira. B) El motivo segundo, al plantearse, simultáneamente, por la vía de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 L. E. C., incurre contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.720 de la misma, en vicio notorio de deficiencia formal, por sí solo causa forzosa de desestimación. C) Igual sucede con el motivo tercero, en el que se denuncia la violación de un precepto que ha sido aplicado, según su criterio, por la Sala sentenciadora, sin especificar el porqué de esa violación y sin remover la base fáctica en que descansa, consecuentemente, la aplicación de la norma, aparte de ello se expresa un doble concepto de infracción, respecto al otro precepto legal que se invoca, y se omite precisar el concepto en que lo haya sido, la doctrina legal que, como ínfingida se aduce, todo lo que hace incidir al motivo, en la causa cuarta de las que enumera el artículo 1.629 L. E. C. y provoca, en este trance, su perecimiento obligado. D) En el motivo cuarto se hace, evidentemente, supuesto de la cuestión, ya que la falta de aplicación de los preceptos legales que se invocan, referente a los bienes parafernales, sólo podría determinar infracción de Ley, si los bienes en litigio tuvieran el carácter de tales, que la sentencia recurrida rechaza y el recurrente sostiene, sin destruir la fundamentación fáctica que sirve de apoyo a la Sala, para negar lo que el demandado afirma. E) Finalmente, en los motivos quinto y sexto, se aduce a la infracción del artículo 1.334 del Código civil, por aplicación indebida y por interpretación errónea, respectivamente, poniéndolo en relación con los artículos 618, 635, 1.394 y 1.426 del propio Código; aquí el recurso argumenta sobre la hipótesis de la falta de veracidad de la manifestación hecha por el marido, aceptando, a efectos polémicos, lo declarado por la Sala, sosteniendo que, aun así, no podría considerarse que hubiera una verdadera donación (motivo quinto), ni aun dándose ésta, sería total y definitivamente nula, al ser susceptible de producir efecto a la muerte del marido, si éste no la revocare en vida, ya que, lo prohibido literalmente por el Código es la donación "entre los cónyuges durante el matrimonio" (motivo sexto); pero contra tales argumentos es de ver, primero, que no cabe limitar el ámbito de aplicación del artículo 1.334 C. c., poniéndole en relación con el 618, que ofrece—a primera vista al menos—un concepto restrictivo de la "donación", refiriéndose a la mera transmisión de una "cosa", pues, aparte de que la idea de ésta equivale ontológicamente a las de "ante" o "ser", con toda su amplitud, es lo cierto que la jurisprudencia civil e hipotecaria, lejos de interpretar restrictivamente los artículos 1.334 y 1.458 C. c., lo hacen así-

milando otros contratos a la donación y a la venta, y extendiendo a ellos la prohibición (Res. 5 mayo 1932), y es de destacar cómo, en efecto, los términos "toda donación", que emplea el artículo 1.334 para prohibir los actos de disposición, a título gratuito, entre los cónyuges, se han hecho equivalentes a los de toda "liberalidad", salvo las autorizadas, por vía de excepción, atendiendo así más al espíritu que a la letra del precepto.—Segundo. En cuanto a los posibles efectos de la donación, no revocada, entre cónyuges, a partir de la muerte de quien lo hizo, basándose en la redacción literal del párrafo primero del artículo 1.334 C. c., que el recurrente sostiene, razonando a base de opinión de autores que no cabe invocar como doctrina legal, según advierte el párrafo 10 del artículo 1.729 L. E. C., cualquiera que sea el valor sugestivo que pueda encerrar en teoría la tesis del recurrente, no puede ser admitida en este trance por su deficiente apoyo en una redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de una nulidad total e insubsanable, y porque tal tesis pugna abiertamente con lo establecido en el artículo 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcuso que la eficacia de tales donaciones requeriría inexcusablemente un acto de disposición *mortis causa*, que no ha existido en el caso de autos, todo lo que hace perecer los motivos que se examinan, y con ello impone la desestimación del recurso, con los pronunciamientos de la Ley.»

D) DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—*Alcance de la prohibición del artículo 1.334 C. c. [ver supra C), b), 3), especialmente el motivo sexto y la letra F del último Considerando.]*

COMENTARIOS

a las sentencias de 30 septiembre, 28 octubre, 2 noviembre y 1 diciembre 1965.

Las sentencias de 30 septiembre, 28 octubre, 2 noviembre y 1 diciembre de 1965, aun cuando se refieren a supuestos diversos, tienen algunos puntos de contacto entre sí, y también con las sentencias de 11 marzo y 13 mayo del mismo año. Por ello, comentaremos aquéllas conjuntamente, y asimismo nos remitimos al comentario que de esas dos hicimos en el volumen XLI, números 448-449 (septiembre-octubre 1965), páginas 1241 y siguientes de esta misma REVISTA.

I.—FALTA TOTAL DE PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO O COMÚN DE LOS BIENES.

Nuestro Derecho patrio ofrece tres presunciones diversas para estos supuestos que resuelven esa total falta de prueba del carácter de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

a) El Código civil, artículo 1.407, establece el carácter ganancial de los bienes cuya pertenencia no se pruebe.

b) *La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, artículo 23, sigue el criterio de la presunción muciana (Dig., XXIV-I, 51) de presumir del marido el precio con que se adquiere a nombre de la mujer, si no se prueba su pertenencia a ésta.*

c) *En la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares, artículo 3.º, párrafo tercero, se declara que pertenecerán por mitad y pro indiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno.*

Son tres diversos criterios, pero para supuestos paralelos.

II.—LAS NORMAS DE LOS ARTÍCULOS 1.407 C. c., 23 COMPILACIÓN DE CATALUÑA Y 3.º, PÁRRAFO TERCERO, COMPILACIÓN DE BALEARES, SIENTAN SENDAS PRESUNCIONES «IURIS TANTUM», QUE CABE DESVIRTUAR CON PRUEBA EN CONTRARIO, QUE NO ES NECESARIO QUE SEA PLENA.

Observábamos en nuestro citado comentario de las sentencias de 11 marzo y 13 mayo 1965—en los números 448-449 de esta REVISTA—que tanto la norma del 1.407 C. c., como la del artículo 23 Compilación catalana, sentaban sendas presunciones iuris tantum, que pueden ser enervadas sin necesidad de prueba plena en contrario, bastando la apreciación por el Tribunal a quo del conjunto de la prueba si ésta resultara contraria a aquella presunción.

Las sentencias que ahora comentamos no contradicen este aserto, sino que, a juicio nuestro, lo confirman.

Así, la sentencia de 28 octubre insiste en que el 1.413 establece una presunción de las llamadas iuris tantum, añadiendo «que puede ser destruida por prueba en contrario», y si bien considera «que ésta ha de ser cumplida y satisfactoria», sin embargo no exige prueba plena; y aunque añade que ha sido exigido «con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes por parte de uno de los cónyuges», no considera esto sino como regla general, puesto que admite que la confesión extrajudicial «integrará un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas para la prueba» y que, «en definitiva, es a los Tribunales de Instancia a quienes corresponde apreciar las pruebas que se aporten para destruir la eficacia de la presunción legal que establece el artículo 1.407 C. c.».

Tanto en esta sentencia como en las de 30 septiembre y 23 noviembre se reconocen supuestos en los cuales no había prueba aceptable del carácter parafernial de los bienes cuestionados. Así, en el caso contemplado en la de 30 septiembre 1965, el título invocado, es decir, la escritura pública de partición de la herencia paterna, no comprendía la totalidad de la finca discutida, sino sólo de una quinta parte indivisa de ella, y si bien quedó probado que toda la finca procedía de la familia de la mujer, no lo fue menos que—deducida dicha quinta parte—el resto había sido comprado por el marido durante el matrimonio. La de 23 noviembre rechazó las alegaciones del carácter parafernial de los bienes porque no había más base para ellas que las declaraciones de unos testigos que afirmaron que los bienes procedían de la familia de la esposa. Y la de 28 octubre contempla un caso de confesión del marido que solo podía referirse a una pequeña parte del precio, pues el resto quedó aplazado, y además porque se demostró que la mujer no podía tener dinero pri-

vativo, no habiendo enajenado bien alguno de los por ella heredados (véase especialmente lo que dice el segundo Considerando).

La sentencia de 2 noviembre parece que, en cambio, contrapone la presunción del artículo 3.º, párrafo tercero Compilación balear y la deducción de que todos los bienes del matrimonio pertenecían a la mujer, inclinándose por aquélla, pese a haberse dado como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes. Sin embargo, parece que al Tribunal Supremo le resultó camino más fácil, para llegar al resultado que estimó justo, casar la sentencia de la Audiencia y confirmar la del Juzgado, que había seguido la vía de reputar la casa común y aplicar la norma del Código civil, que decreta la pérdida de los gananciales por el cónyuge de mala fe en caso de nulidad del matrimonio, aplicación que—como luego veremos—tampoco parece que quepa hacerla al régimen balear, en el cual no hay gananciales, sino bienes presuntamente indivisos.

La posibilidad de desvirtuar las presunciones expresadas sin una prueba plena en contra se ha centrado a los siguientes supuestos:

- a) Innecesidad de que la subrogación cosa-precio-cosa sea estrictamente real, bastando que el precio de la venta sea suficiente para la compra, aunque el dinero no sea el mismo.

Así resulta de la sentencia de 11 marzo 1965, que comentamos en los números 448-449 (págs. 1.243 y s.).

- b) Posibilidad de enervar la presunción legal por presunciones de hecho *hominis seu iudicis*.

Este fue el tema básico del recurso rechazado por la sentencia de 23 noviembre 1965. Pero, pese a haber sido rechazado, es de notar que no lo fue por razón contraria a esta posibilidad, sino por la valoración del Tribunal de Instancia fue contraria a que la presunción pudiera establecerse en aquel caso, ya que—como dice uno de los Considerandos del Supremo—lo pretendido por la parte recurrente en este caso «es oponer el recurrente su propio criterio al sustentado por el Tribunal a quo, al valorar los distintos medios de prueba, especialmente testifical, cuya apreciación, en armonía con los artículos 1.248 C. c. y 659 L. E. C., incumbe al Tribunal de Instancia, sin que ésta pueda ser combatida mediante el examen y crítica de las declaraciones testificales, materia propia de la instancia, vedada a este recurso según la constante doctrina de esta Sala».

- c) Su enervamiento por la confesión del marido.

Así resulta de las sentencias de 2 febrero 1951 y 11 marzo 1965, respecto a la del artículo 1.407 C. c., y de la sentencia de 13 mayo 1965, respecto de la presunción muciana, y así lo reitera el primer Considerando, letra c, de la sentencia de 28 octubre 1965, el cual afirma que, en caso de que la impugnación la realice el propio marido, «se operará una inversión de la carga de la prueba, que no podrá descansar en el simple mecanismo de la presunción establecido en el artículo 1.407, sino en la demostración cumplida del hecho o circunstancias capaces de invalidar la manifestación formulada, y lo mismo ha de entenderse respecto a los herederos del marido, y en su caso, sea cual-

quiera la clase de éstos, si verdaderamente la manifestación hecha por el de cuius fue simulada o falsan.

III.—LA CONFESIÓN DEL M^RIDO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.

El Tribunal Supremo ha sostenido la fuerza vinculante de la confesión del marido en sentencias de 13 junio 1899, 31 marzo 1911, 7 diciembre 1911, 12 y 17 noviembre 1920, 19 mayo 1932, 30 junio 1948, 27 octubre 1950, 2 enero 1951, 11 marzo 1965, entre otras.

La sentencia de 11 marzo 1965, al final de su primer Considerando, había razonado que «reconocida la expresada naturaleza jurídica [parafernial] de la finca controvertida por el actual recurrente, al otorgar la escritura de compraventa, su ulterior impugnación, no sólo contradice el principio general de Derecho, que prohíbe ir contra los actos propios, sino igualmente lo dispuesto en los artículos 1.281 C. c., 597 L. E. C. y jurisprudencia sustentada, entre otras, por la sentencia de 2 febrero 1951». Ya la citada sentencia de 2 febrero 1951 había afirmado que «no es posible tampoco desconocer que la manifestación del marido en la escritura afirmando que la compra se realizó con dinero perteneciente a la mujer, no puede menos de vincular a aquél con respecto a ésta mientras no se demuestre la simulación».

La sentencia 28 octubre 1965 destaca, en el apartado C de su primer Considerando, que el marido sólo podrá impugnar su propia confesión «en caso de simulación o falsedad», invocando la repetida sentencia de 2 febrero 1951; y en el apartado A de su tercer Considerando concluye estimando «obvio que en la doctrina legal sobre los actos propios no encaja la impugnación de lo que fue manifestado por el de cuius de la accionante, dada la limitada finalidad y efectos que aquella manifestación perseguía [el precio de presente era la menor parte] y que, aun no siendo así, por estimar el caso incluíble en una holgada apreciación del concepto, la razón de la impugnación, que no es otra que la falta de veracidad de lo declarado, reconocida explícitamente en la instancia, hace, por las razones expuestas en el Considerando primero de esta resolución, que el motivo no pueda alcanzar por sí solo el éxito a que aspira».

Como ha hecho notar muy ponderadamente Alfonso de Cossío—La sociedad de gananciales, t. 50-1 del Tratado práctico y crítico de Derecho civil del Instit. Nac. de Estudios Jurídicos—Madrid, 1963—, párrafo 62, págs. 54 y s.—, el carácter vinculante de la confesión del marido—o de la mujer—para éste y sus herederos «no significa en modo alguno que el marido o la mujer, o los herederos de uno y otro, no puedan impugnar la eficacia de dicha confesión, debiendo entonces, para que tal impugnación prospere, desvirtuarla mediante las pruebas adecuadas, que el Juez podrá valorar a su arbitrio en su conjunto, para obtener el convencimiento necesario y previo a toda resolución. Es decir, que en esta relación inter partes la confesión, por sí sola, y de conformidad con lo establecido en el citado artículo 1.239 del C. c. constituye una presunción de verdad en contra de su autor y de sus causahabientes, presunción iuris tantum, susceptible en todo caso de ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Pero esa prueba gravita sobre la persona del confesante que impugna su confesión».

IV.—LA CONFESIÓN NULA «JNTER VIVOS», POR CONTENER UNA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES, ¿PUEDE CONVALIDARSE «MORTIS CAUSA»?

Antes de iniciar nuestros comentarios de esta cuestión queremos decir que la sentencia de 28 octubre 1965 nos fue entregada después de haber pasado por las manos de nuestro buen amigo Bartolomé Menchén, quien había escrito la siguiente glosa: «En el caso que nos ocupa no podemos dejar de pensar si no se ha contrariado la voluntad del testador, ley suprema de la sucesión. Ciertamente que una cosa es el testamento y otra muy distinta esa declaración formulada en una escritura de compra; pero hay que suponer que el causante tenía como cierto y seguro lo por él afirmado; que él instituyó unos herederos voluntarios, pensando que componían la herencia los bienes que él estimaba como suyos, no que éstos se aumentarían con nulidades de sus propios actos, de sus propias manifestaciones. ¿Jurisprudencia de conceptos? ¿Jurisprudencia de intereses? ¿Jurisprudencia del buen Juez, que busca ese difícil término medio entre la técnica jurídica y la equidad?»

Esta observación nos lleva una vez más a la Oratio de Severo y Antonino: «*has esse, eum quidem, qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse*» (cfr. en Dig., XXIV-1, 32, párrafo segundo). Duro y avaro es el heredero que quite a la viuda las cosas que el marido compró a nombre de ésta o que le donó (cfr. frag. cit., párrafo primero) sin haberse arrepentido en vida (confróntense párrafos tercero y cuarto, frag. cit.).

Precisamente, en el sexto motivo del recurso, el recurrente invoca nuestra interpretación del artículo 1.334 C. c. Esta puede confrontarse, no sólo en el dictamen que se cita en dicho motivo (Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por la mujer casada con metálico que confiesa ser parafernial, en «An. Der. Civ.», II-II, págs. 660 y ss.), sino en La donación «mortis causa» en el Código civil español, (en «Anales de la Ac. Matrit. del Notariado», vol. V, págs. 791 y ss.) y especialmente en Donación, condición y conversión jurídico-material, en («An. Der. Civ.», V-III, págs. 1.286 y ss.).

El tercer considerando, en su apartado I, argumento segundo, de la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, rechaza la posibilidad de que la donación entre cónyuges no revocada surta efecto a partir de la muerte de quien la hizo. Argumenta la sentencia:

1.º «Que el recurrente sostiene [dicha tesis], razonando a base de opinión de autores, que no cabe invocar como doctrina legal, según advierte el párrafo 10 del artículo 1.729 L. E. C.»

2.º «Que cualquiera que sea el valor sugestivo que pueda encerrar en teoría la tesis del recurrente, no puede ser admitida en este trance, por su deficiente apoyo en una redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de la nulidad total e insubsanable.»

3.º «Y porque tal tesis pugna abiertamente con lo establecido en el artículo 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcuso, que la eficacia de tales donaciones, requerirá inexcusablemente un acto de disposición mortis causa que no ha existido en el caso de autos.»

Hemos de confesar que esas tres razones de la sentencia, únicas con las que líquida la cuestión, nos dejan un poco perplejos.

En primer lugar, nos asombra y nos llena de sonrojo y confusión que la sentencia haya llegado a ocuparse de si nuestras pobres opiniones como autor pueden ser fuente del Derecho. Lo cual no creemos que el recurrente pretendiera sostener al citarnos; pues pensamos que eran nuestras razones, y no nuestro nombre como autor, las que constituyeron el apoyo del primer motivo aducido por el recurrente.

En segundo lugar, después de agradecer el honor que nos hace el Considerando al creer necesario advertir que como fuente del Derecho carecemos de autoridad personal—que evidentemente nos falta y que tampoco fue invocada por el recurrente—, debemos lamentar que no haya entrado en el examen critico a fondo de las razones que nosotros hemos expuesto en nuestros referidos trabajos, y que tambien haya olvidado la norma interpretativa de Celso (*Dig. I-III, 17*)—*Scire leges non est verbum earum tenere, sed vin ac potestatem*—, tan galanamente expresada en la Primera Partida (*tit. I, Ley 13*), al decir «que el saber de las Leyes no está solamente en aprender a decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas», palabras que precisó Gregorio López al glosarlas: «scientia consistit in medulla rationis. non incorritice scripturarum».

Nuestras razones no se apoyaban básicamente en la letra de la Ley, sino que si invocaban esta letra era para mostrar que no constituía obstáculo a la interpretación más justa. Y que ésta correspondía en la solución que, recogida de la célebre Oratio, habíamos recibido a través del Derecho romano clásico, postclásico, justiniano y común, de nuestras Partidas y de la doctrina castellana mas autorizada, y la que más de acuerdo se halla con el criterio de la Base 1.ª de la Ley de 11 mayo 1888, determinante de que la Codificación del Código civil se realizara «sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras Leyes», tomando el Proyecto de 1951 como punto de partida y de trabajo, pero «sólo en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio».

Los «claros—según esta sentencia—términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de la nulidad total insubsanable», no son más claros, más rotundos ni más determinantes de la nulidad total insalvable que los términos de las correlativas leyes romanas y de las Partidas y de las glosas de los autores que las comentaron. Así, la misma Oratio expresó que *nihil actum est donatione*, Marcelo dictaminó *nihil valevit traditio* (*Dig., XXIV-I, 49*) y Diocleciano declaró rotundamente el *non valeret* (*Cod., V-XII, 18*) de las donaciones entre cónyuges. La Ley 4.ª, título XI de la cuarta Partida afirmó que non deven valer. Antonio Gómez (*Variae., II-IV, n. 23*) explica que *talis donatio sit ipso iure nulla, et ex ea nulla oriatur actio nec obligatio*, «ni siquiera natural», como precisaron Gregorio López (glosa a las citadas palabras non deve valer) y Palacios Ruvios (*Repetit. rubr. et. capit. «Per vestras», de donat. inter vir. et ux., párrafo 29, n. 1*). Vir uxori aliquas res donavit constante matrimonio, donatio non valet, explico Fernández de Retes (*hb. VII Opusculorum, cap. V*). «Toda donación entre cónyuges, cuyo efecto sea el de adquirir el donatario desde el matrimonio la propiedad de lo donado, es nula...», comenzaba el artículo 1.182 del Proyecto de Gorozabel.

Y, sin embargo, estos términos claros con que se expresaba esa nulidad ipso iure y total, cabía su convalidación mortis causa del donante, es decir extinguido el matrimonio, «quas: testamenti confirmatum, quod donatum est»

(Oratio, según Dig., XXIV-I, 32, párrafo primero), «fuera ende, si aquel que fiziesse tal donación, nunca la revocasse, nin la defiziesse en su vida» (*cuarta Partida* XI, 4.^o), «sed confirmatur, si donator prius decedat perseverans in eadem voluntata» (*Retes*, loc. cit.); «... toda donación, para ser válida entre cónyuges, debe tener su efecto después de la muerte del donante» (art. 1186 del Proyecto de Gorozabel).

El momento del otorgamiento no era lo decisivo para su validez, sino el tiempo en que debieren producirse sus efectos. Eran ineficaces durante el matrimonio, como se comprueba en Dig., XXIV-I, 32, párrafo segundo y Cod., V-III, 4, y explica Palacios Ruvios (op. cit., párrafo 69, n. 2): «Quod procedit (la nulidad inter vivos y convalidación mortis causa) non solum in donatiónibus factis inter cónyuges constante matrimonio: sed etiam in factis ante matrimonium relatis tamen in tempus matrimonium.»

Con este criterio debió interpretarse la redacción neutra, sin comas, del artículo 1.259 del Proyecto de 1851: «Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula», ya que García Goyena lo glosó invocando las leyes romanas y la repetida de Partidas, sin hacer constar la introducción en su doctrina de novedad alguna. Por tanto, debía entenderse que se concretaba el tiempo de invalidez, y por ende su posible convalecencia, en una fórmula compendiosa.

Y con este mismo criterio—reforzado por la consigna dada en la Base 1.^a—es como debe interpretarse el artículo 1.334. Así, no creemos que nuestra interpretación sea atrevida, puesto que es más justa y equitativa (las razones de la Oratio siguen en pie), responde totalmente a la interpretación histórica (que conforme la repetida Base 1.^a debe estimarse como la de mayor peso específico), y literalmente es más correcta al explicar su texto sin caer en redundancia. El mismo Tribunal Supremo, en un obiter dictum de la sentencia de 7 junio 1960, lo entendió así, al decir que «sólo cuando ocurre el fallecimiento de uno de ellos es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación, pero no antes...».

Sólo es atrevida nuestra tesis frente al peso de una común opinión repetida de memoria sin contradicción durante casi sesenta años, pues como preguntamos hace años («Donación...», «An. D. C.», V-IV, pág. 1.325): «Si el sentido gramatical (la sintaxis no puede despreciarse) y lógico (no puede presumirse que el legislador haya sido redundante al decir 'donaciones entre cónyuges durante el matrimonio') concuerda con los antecedentes históricos, con el Derecho vigente al publicarse el Código civil y con el sentido común y moral, ¿por qué presumir que el legislador fue redundante, faltó a la sintaxis, modificó el Derecho a la sazón vigente y, además, impuso una disposición menos justa y equitativa?»

Entre los autores que han discutido nuestro criterio en cuanto al valor de la confesión del marido, vemos que, en cambio, han aceptado nuestra interpretación del artículo 1.334: Virgili Sorribes («Proyección de la presunción muciana en el Derecho común», en «An. Ac. Matr. del Not., X, pág. 318») y Manuel González Enriquez («La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código civil», en «An. Ac. Matr. del Not., XIII, págs. 500 y ss. »).

Lacruz Berdejo («Derecho de familia: El matrimonio y su economía»—Barcelona, 1963—, párrafo 25, pág. 233) ha opinado que: «La atrevida e ingeniosa tesis de Vallet es aceptable si mantenemos un criterio amplio en cuanto a la forma de la donación mortis causa. Pero aun entendiendo que ha de cumplir los mismos requisitos que los legados, todavía podría mantenerse dicha tesis

en pie si suscribimos la interpretación de Vallet al artículo 1.334-1.º, pues al considerar nula la donación únicamente constante el matrimonio, se afirma implícitamente su validez una vez disuelto éste, con tal que llene la forma de las liberalidades inter vivos. Discutible esta interpretación (el legislador español pudo muy bien inspirarse en el artículo 1.186 del Código sardo, citado por García Goyena), tendría, sin embargo, la ventaja de reducir los efectos de una norma escasamente justa, y en ese sentido sería ocasión de regocijo que fuera aceptada por la jurisprudencia.»

Así, independientemente de cuál fuera la correcta interpretación del artículo 620 C.c.—respecto de la cual tanto hemos insistido, convenciendo a bastantes autores, pero no a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo—, caería el tercer argumento del apartado del Considerando que examinamos.

E) DOTE.

SENTENCIA DE 10 DICIEMBRE 1965.—*¿Son aplicables a la dote prometida las prohibiciones del Derecho romano y de la Compilación catalana de convertir en estimada la dote inestimada y de restituir la dote durante el matrimonio? [Ver supra A), especialmente el séptimo motivo de casación y el penúltimo Considerando, en su segunda mitad].*

F) SOCIEDAD DE GANANCIALES.

a) Inmutabilidad del régimen económico matrimonial una vez contraído el matrimonio en el régimen del Código civil.

SENTENCIA DE 20 MAYO 1965.—*Convenio, en partición inter vivos, de considerar comunes todos los bienes de marido y mujer, cualquiera que fuere su procedencia.*

De esta sentencia nos ocuparemos después [II, I, a)], interesándonos únicamente aquí lo relativo al pacto contenido en una partición *inter vivos*, en la que se incluían bienes de los dos cónyuges que distribuyeron los bienes entre sus hijos, «considerando los bienes comunes sin distinción de origen».

A ese inciso pactado se refiere el tercer considerando, único que aquí transcribiremos, y que dice así:

CONSIDERANDO

«Que ese acuerdo o convenio entre los cónyuges de considerar como comunes todos los bienes, incluyendo los propios del marido y de la mujer, viene a ser la base de la partición y sobrepasa el contenido propio del acto puramente particional, y al estimar todos los bienes como comunes sin serlo, cuando se haya probado que la mayoría de tales bienes pertenecían al marido, presupone una mutación en el régimen de sociedad de gananciales a que ambos cónyuges estaban sometidos, cuando la plena comunidad de bienes no había sido estipulada previamente al matrimonio en capitulaciones matrimoniales, pues

cual expresa la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 1944, en nuestro Derecho civil común, después de la celebración del matrimonio, 'a falta de capitulaciones matrimoniales, es irrenunciable o inalterable el régimen patrimonial de la comunidad limitada o sociedad de gananciales', porque, en cierto modo, el régimen supletorio de gananciales se equipara a unas capitulaciones matrimoniales subsidiarias, y los bienes del marido y de la mujer no pueden tener otra calidad que la que la Ley les atribuye, quedando subsistentes durante el matrimonio a todos los efectos, salvo supuestos excepcionales que no se dan en el supuesto de autos, las notas de inalterabilidad e irrenunciabilidad cual se desprende de los artículos 1315, 1316, 1319 y 1320, en relación con el 1394 del Código civil, y en el mismo espíritu prohibitivo están inspirados otros preceptos del Código civil, que en la sentencia recurrida se citan, *ad exemplum*, pues, salvo casos específicos de excepción, nuestro Código civil, de manera constante, mantiene la prohibición de que los cónyuges, durante el matrimonio y después de celebrado, puedan cambiar el régimen patrimonial, transmitiendo, abierta o encubiertamente bienes un cónyuge a otro, o alterando la pertenencia de los bienes propios del marido o de la mujer.»

b) *Abono de «litis expensas».*

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Las «litis expensas» de la mujer en sus pleitos contra el marido deben serle abonadas por la sociedad de gananciales cuando ella carezca de bienes para pagarlas.*

La mujer, que se hallaba depositada, entabló demanda incidental contra su marido, reclamándole el abono de las *litis expensas* del pleito de separación ante el Tribunal Eclesiástico, del expediente de separación, del juicio de alimentos provisionales, para el propio incidente, de petición y para dos querellas. El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid condenó al marido al pago de determinadas cantidades por cada uno de los cuatro litigios primeramente mencionados. Sentencia que fué confirmada por la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El marido interpuso recurso de casación, alegando violación del artículo 1408 del Código civil y de la doctrina legal contenida en las sentencias de 4 de julio de 1896, 14 de octubre de 1905, 22 de enero de 1910, 13 de febrero de 1915, 27 de diciembre de 1918, 10 de diciembre de 1944, 8 de octubre de 1953, 26 de febrero de 1957 y 24 de enero de 1959, que viene reconociendo que la concesión de las *litis expensas* es preciso atemperarlas a las circunstancias personales de cada cónyuge. Recurso rechazado por el Tribunal Supremo.

CONSIDERANDO

«Que consignada en el artículo 1408 del Código civil como carga primera de la sociedad de gananciales las deudas y obligaciones contraídas, no sólo por el marido, sino también por la mujer en los casos en que pueda obligar legalmente a la sociedad, entre los que se encuentra el demandar o defenderse en los pleitos con su marido, en que puede serle necesario exigir que éste sufrague los gastos de su defensa cuando ella no dispone de bienes con que hacerlo, ya que, con arreglo a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, Ley de carácter general en toda España, no puede la mujer casada defenderse como pobre, aun cuando carezca de bienes, si los tiene su marido, y sería injusto que, por olvidarse de tales preceptos, se la colocase en la imposibilidad de ejercitar su derechos, siendo su estado legal semejante al del propietario que por embargo u otro motivo no dispone de sus propiedades y rentas.»

«Que si con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala—sentencia de 22 de enero 1910, 16 de junio de 1920, 18 de diciembre de 1944, 8 de marzo de 1949, 4 de enero de 1955, 21 de abril de 1956 y 24 de enero de 1959—el derecho de *litis expensas* esta sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales de Instancia, quienes deberán apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarle y graduarlo, como problema de hecho, debiendo ser respetadas en casación sus valoraciones, mientras no se combatan en forma adecuada para acusar un evidente error, es visto que, fundada la actual concesión de aquéllas en concretas afirmaciones de hecho, cuales son las de carecer de bienes propios la mujer, haber mediado diligencia de depósito de la misma, hallarse en tramitación el pleito sobre separación en la Curia Eclesiástica y un juicio sobre alimentos instado contra su marido por la actora, y tener ésta necesidad de abonar el importe de los derechos y gastos causados en los aludidos procedimientos, y en el presente incidente, al no ser combatidos en adecuada forma tales afirmaciones, base de la sentencia, que se limita a subsumir los hechos declarados probados que han quedado firmes en casación en el número 1.º del artículo 1.408 del Código civil y en la doctrina legal contenida en las propias sentencias citadas por la parte recurrente, no puede prosperar el motivo único del recurso.»

G) SOCIEDAD DE GANANCIALES, DISUELTA.

a) *Enajenación de bien ganancial por la viuda.*

SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1965.—*Inaplicación del artículo 1.444 después de disuelto el matrimonio.*

Se trataba de un pleito de reivindicación de un bien enajenado en documento privado por la viuda, ya en ese estado, y que se reputó como ganancial por el Tribunal de Instancia. Entre los motivos de casación fué alegada violación del artículo 1.444 del Código civil, invocación juzgada inoportuna por el Tribunal Supremo en el último considerando de la sentencia—único que aquí nos interesa—y que dice así:

CONSIDERANDO

«Que en el tercero de los motivos del recurso, y también por el cauce ordinario primero del artículo 1.692 L. E. C., se denuncia violación del 4 y del 1.444 del Código, al 'dar fuerza probatoria a un documento privado que trae causa de una enajenación de bienes gananciales efectuada por quien no podía hacerla', que, en realidad, se reduce a la impugnación del segundo de los dichos preceptos, porque el primero está condicionado en su posibili-

dad sancionadora de la nulidad que decreta, al solo supuesto de que el 1.444 hubiera sido, efectivamente, violado, a cuya prohibición de enajenar la mujer casada que en el mismo se establece, tiene una doble limitación, en primer lugar, que se trata de bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, y, en segundo término, que la enajenación se efectúe durante el matrimonio, mientras que en el caso del presente recurso, ni existía régimen de separación de bienes, pues resultó probado, y el mismo recurrente es el primero en reconocerlo, que los bienes de que aquí se trata eran gananciales, ni la venta se hace vigente el matrimonio, ya que también se declaró probado y, asimismo, lo admite el recurrente que la mujer que lleva a cabo la operación de venta se encontraba en estado de viuda, por lo que es incontestable que no puede decirse violado un precepto que nada tiene que ver con el supuesto contemplado, ni fué, por ello, tenido en cuenta por la sentencia recurrida, causas que hacen considerar su alegación como impropcedente e inadecuada, que obligan a la desestimación del motivo en que se contiene y con él la totalidad del recurso interpuesto.»

b) *Pérdida de la mitad de gananciales por el cónyuge de mala fe.*

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1965.—¿Es aplicable a los bienes que no resulten privativos en el régimen balear-mallorquin? [ver *supra*, B)].

COMENTARIO

Observemos que el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca había reputado—conforme al artículo 3.º, § 3.º, de la *Compilación balear*—que era bien común una casa cuya pertenencia privativa de ninguno de los cónyuges no había resultado probada, y aplicando por analogía los artículos 72 y 1.417, § 2.º, del Código civil que, para caso de nulidad del matrimonio, determinan la pérdida de los gananciales por el cónyuge que de mala fe hubiese dado lugar a la misma, por lo cual condenó al actor a transmitir dicha casa a la demandada. La Audiencia de Palma declaró la casa privativa del marido; y el Tribunal Supremo revocó la sentencia de éste, y, en segunda sentencia, confirmó la de primera instancia.

¿Quiere esto decir que admitió como comunes y equivalentes a los gananciales; los bienes que no resulten privativos de cada cónyuge, a pesar de que el artículo 3.º, § 3.º, de la *Compilación balear* dice que les pertenecerán por mitad y pro indiviso? Y que, siguiendo este criterio, ¿estimo aplicables los artículos 72 y 1.417, § 2.º, del Código civil, de conformidad a la disposición adicional 2.ª de la *Compilación*?

Sinceramente creemos que no. Notemos que el penúltimo considerando de la sentencia del Tribunal Supremo hace notar que, en la sentencia, la apelada da como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes, y concluye que «del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con los que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer, y salvo la presunción legal antes expuesta, se llegaría a reputar la finca en cuestión como comprada con dinero de la esposa y, por tanto, bien privativo de ella». Y, por ello, creemos que el último considerando viene predeterminado por esa convicción y como medio más fáctible para llegar al mismo resultado justo.

DERECHO DE SUCESIONES

SUMARIO: A) TESTAMENTOS: a) *Capacidad del testador*, y b) *Requisito de la unidad de acto*; S. 8 abril 1965; *Comentario*. c) *Testigos. Nulidad del testamento por inhabilidad de un testigo*; S. 28 octubre 1965. d) *Interpretación*; 1) S. 23 junio 1965; 2) S. 15 junio 1965; 3) S. 18 diciembre 1965. B) LLAMAMIENTOS CONDICIONALES Y MODALES: a) *Condición*; 1) *Condiciones potestativas*; S. 18 diciembre 1945. b) *Modo*; 1) *Institución modal distinción entre modo y legado: modo y carga real*, S. 4 junio 1965; 2) *Legado modal: distinción entre condición, modo y causa*; S. 18 diciembre 1965; *Comentario*. C) SUSTITUCIONES: *Fideicomiso condicional: enajenación de bienes, antes de la fecha condicionante, pero condicionada a que ésta se cumpla, habiendo expresa prohibición de enajenar antes*; S. 15 junio 1965; *Comentario*. D) RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS POR ACTOS DEL CAUSANTE: a) *Herederos voluntarios*, 1) *¿Pueden impugnar los reconocimientos, simulados o falsos, que encubran donación entre cónyuges, efectuados por el de culus?*; S. 28 octubre 1965; 2) *No pueden impugnar las ventas que encubran donaciones remuneratorias otorgadas por el causante*; S. 16 octubre 1965; *Comentario*. E) COHEREDEROS: 1) *Cualquier coheredero puede exigir al cónyuge viudo que tome inventario*; S. 29 mayo 1965; 2) *Puede ejercitar acciones reivindicatorias en beneficio de la comunidad*; S. 10 noviembre 1965; 3) *No puede ejercitarlas exclusivamente en nombre y beneficio propio antes de la partición*; S. 25 junio 1965. F) LEGÍTIMAS: *Legítimas del cónyuge viudo*: 1) *Puede demandar como heredero forzoso la nulidad de enajenaciones que le perjudiquen*; S. 23 octubre 1965; 2) *No puede reclamar nulidad alguna, actuando como coheredero, pero sólo en su exclusivo beneficio antes de la partición*; S. 25 junio 1965. G) SUCESIÓN CONTRACTUAL: a) *¿Es o no revocable el heredamiento por mutuo acuerdo de los otorgantes?* y b) *¿Es aplicable el principio semel heres semper heres en los heredamientos?*; S. 10 diciembre 1965. *Comentario*. H) COLACIÓN: *Significado de la expresión «u otro título lucrativo» del artículo 1035 C. c. Distinción entre colación y otras instituciones tendientes a reconstruir el caudal partible con el importe de créditos a favor del mismo*; S. 3 junio 1965. I) PARTICIÓN: a) *Partición efectuada conjuntamente por el marido y la mujer*; S. 20 mayo 1965; *Comentario* b) *Forma de la partición. Valor de la efectuada privadamente y ratificada tácitamente por la toma de posesión de los bienes adjudicados*; S. 4 diciembre 1965. c) *Operaciones de la partición. Adjudicación para pago de deudas*; S. 30 octubre 1965. d) *Ineficacia total o parcial o subsanación de la partición*: 1) *No puede pedir la nulidad en su exclusivo beneficio el cónyuge viudo de un coheredero fallecido, estando indivisa la herencia de dicho coheredero*; S. 25 junio 1965; 2) *Nulidad total y no simple anulabilidad de la practicada conjuntamente inter vivos por ambos cónyuges*; S. 20 mayo 1965; *Comentarios*: 3) *Nulidad de la partición efectuada por contador partidor por haber incluido bienes que no eran del causante a su fallecimiento*; S. 29 mayo 1965; 4) *Anulabilidad de la partición efectuada, apoyándose en un auto de declaración de herederos «ab intestato» por aparición de un testamento ológrafo*; S. 25 noviembre 1965; 5) *Rescisión de partición realizada por contador partidor por lesión de más de la cuarta parte*; *Comentario*; S. 7 diciembre 1965; 6) *Complemento de la partición por la adición de bien omitido*; S. 22 noviembre 1965.

DERECHO DE SUCESIONES

A) TESTAMENTOS.

- a) *Capacidad del testador: Valor del juicio del Notario acerca de la misma. ¿Es necesario que los testigos, y no sólo el Notario, entiendan al testador? Legitimación del Notario autorizante para sostener su validez.*

- b) *Ámbito del requisito de la unidad de acto en el testamento común abierto.*

SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1965.

Los presuntos herederos *ab intestato* de la testadora demandaron al Notario autorizante y a los herederos instituidos la nulidad civil del testamento y de una compraventa autorizada en la misma fecha, la declaración de su derecho como heredero *ab intestato* y la indemnización de daños y perjuicios que se les hubiera causado una vez valorados en ejecución de sentencia.

El Juez de Primera Instancia de Mula dictó sentencia, estimando en parte la demanda, declarando nulos civilmente el testamento y la compraventa, ordenando la cancelación de las inscripciones que hubieran podido producir la apertura de la sucesión legal a favor de los demandados y absolviendo a los demandados del resto de la demanda. La Audiencia Territorial de Albacete confirmó la sentencia del Juzgado.

El Notario autorizante del testamento y de la compraventa interpuso recurso de casación, de cuyos motivos nos interesan los tres primeros, que son los que se refieren al testamento, y que a continuación transcribimos:

«Primero.—Fundado en el número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., por incidir el fallo recurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción, por violación de los artículos 1.217 y 1.218 del Código civil y de los artículos 1.º, 2.º y 143 del Reglamento del Notariado, que determinan el alcance de la fe pública notarial en relación con determinados extremos del testamento anulado por la sentencia recurrida, que considera que no constituyen prueba plena, que sólo puede ser destruida, declarando la falsedad del testamento, todo aquello que el Notario ha visto, oído o percibido directamente con sus sentidos, y por infringir, por aplicación indebida, la doctrina legal sentada por esta Sala en sus sentencias de 22 de enero de 1913, 14 de abril de 1925 y 16 de febrero de 1945, conforme a la cual el juicio de capacidad del testador, afirmando en el testamento constituye una presunción *juris tantum*, que sólo puede ser destruida por prueba en contrario; alega que hay que hacer notar que el cauce utilizado en este motivo de casación está autorizado para denunciar los errores sufridos en la calle en orden a la valoración probatoria, cuando puesto el Juez frente al material de conocimiento que el proceso le brinda, incurre en el vicio *in judicando*, al no dar a un elemento de prueba la eficacia que tiene en derecho, con olvido de la valoración que respecto a la misma establece expresamente la Ley. A este respecto, hay que decir que este vicio se contiene siempre que, dejándose llevar el Juez por el sistema de la prueba libre que normalmente rige en nuestro Derecho, desconoce *ab initio*, que, por mandato de la Ley, debe darse a ciertos medios de prueba una determinada relevancia y no colocarles en orden de paridad con otras pruebas a las que el legislador concede menos trascendencia o una valoración más discrecional que el presente motivo de casación se articula, porque el Tribunal de Instancia, no sólo ha colocado en línea de paridad al documento notarial con un medio de prueba que suscitan tantos recelos como la prueba de testigos, sino que lo ha degradado, colocándolo, en cuanto a su eficacia, por debajo del testimonio que han prestado en el pleito los testigos instrumentales, y a pesar de que las declaraciones de éstos, única prueba directa practicada en el pleito, tampoco supuso el mantenimiento de una verdad abiertamente con-

traría al contenido del instrumento público, sino una matización distinta de la forma como se prestó por la testadora su consentimiento, cuya existencia tampoco niegan los testigos instrumentales; al proceder en la forma indicada, el Tribunal de Instancia no sólo violó la doctrina legal sentada de forma general por esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 26 febrero, 11 de marzo y 12 de julio de 1902, sino que violó de forma especial los preceptos invocados que establecen el valor de prueba plana que se produce, sobre todo que el Notario ve, oye y percibe por sus sentidos; este valor de prueba plena tiene el documento notarial, no es una creación caprichosa del legislador, sino producto de una larga evolución jurídica, que arranca del origen judicial de los documentos notariales en los que las partes provocaban un juicio convenido para colocar ciertas situaciones de hecho al amparo de la verdad indiscutible de la cosa juzgada, parificándose las actuaciones de los Jueces notariales con las sentencias judiciales mediante la facilidad que produjo el procedimiento medieval al ser éste sustanciado en períodos autónomos; de esa forma se ha llegado a la concepción actual del documento notarial como constitutivo de prueba plana, como lo establece el artículo 1.218 del Código civil, a tenor del cual los documentos públicos hacen prueba contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento, debiendo entenderse esto como un hecho complejo constitutivo de la serie de hechos simples que constituyen el documento notarial; por otra parte, la norma de remisión del artículo 1.217 del Código civil incorpora al tratamiento sustantivo del documento notarial los preceptos de esta legislación especial, y a este respecto hay que señalar el contenido de los artículos 1.º, 2.º y 143 del Reglamento de 2 de junio de 1944 por vía de ejemplo se puede señalar cómo el viejo artículo 1.317 del Código civil italiano establecía a este respecto que 'el documento público hace plena fe de la convención y de los hechos realizados a presencia del Notariado', y el artículo 2.700 del nuevo Código civil dice igualmente que 'el documento público hace prueba plena, salvo querella de falsedad, de la procedencia del documento del oficial público que lo ha firmado y también de lo que las partes han declarado y de los otros hechos que el oficial público atestigua haber concurrido en su presencia o haber realizado'; el documento es un objeto material y un valor con grado de eficacia, fijado en relación a una escala de valores, y este grado de valor se contiene en la Ley mediante la recepción de los valores jurídicos que han ido depositando y decantando la tradición jurídico-histórica. Las exigencias de la justicia y del tráfico jurídico exigen que el hecho pasado se haga presente, y éste es el punto en el que descansa la prueba en juicio: el Juez, para hacer justicia, tiene que adivinar el pasado; pero el Notario, actuando en forma más fácil y eficaz, recoge el hecho presente para que valga en el futuro. De aquí dimana el valor de prueba plena que tiene los hechos que el Notario, funcionario que actúa, no se olvide, *cun causae cognitiene*, ve y percibe, de esta forma a la adecuación del hecho con su narración documental se le llama verdad. Una protección especial privilegiada, de esta narración documental se le llama fe pública, y merced a ella, el hecho recogido por el Notario tiene el carácter de verdad plena, a no ser que se declare la falsedad del documento. La doctrina participa unánimemente de este punto de vista. El testamento hace prueba plena o de presunción *iure et de iure*, hasta que no se invalide por la declaración de falsedad, de todo aquello que la fe del Notario elevaba a la categoría de verdad indiscutible, por haberlo percibido directamente por los sentidos. Y en este sentido quedan cubiertas como verdades que hacen prueba plena las afirmaciones realizadas por el Notario en el testamento en orden a los extremos siguientes: a) la testadora

prestó externamente su consentimiento. Frente a esta verdad indiscutible que proclama el Notario bajo su fe, la sentencia recurrida, ni puede afirmar lo contrario de que la testadora no prestó su consentimiento, bien por entender como probado que la testadora..., lejos de observarse por la testadora la actitud inequívoca y consciente que la Ley exige el ordenar su voluntad final... o la causante, en un estado de prostración que le impidió incluso firmar y sin dar muestra alguna de la conducta ostensible y activa que los artículos 699 y 695 requieren, se limitó a efectuar.. un sonido gutural indefinido que ni puede interpretarse como manera de exteriorizar una última voluntad, ni como asentimiento a la lectura efectuada.., y si la actitud puramente pasiva, al otorgarse el testamento... que el sonido gutural proferido por la testadora ante la lectura final de su disposición fuese expresiva de su conformidad' (considerandos sexto y séptimo de la sentencia de Primera Instancia; b) 'que las pruebas practicadas especialmente de las declaraciones de los testigos instrumentales y de las médicas apreciadas en su conjunto con las demás que obran en autos, se desprende de un modo que no deja lugar a dudas, que la testadora no pronunció palabra, ni para declarar al Notario y testigos su voluntad, sino ni siquiera para manifestar su conformidad después de la lectura, aunque tanto los testigos como el Notario creyeron entonces de buena fe que cierto signo ambiguo que prefirió, podían interpretarlo como aquiescencia o afirmación, y así lo hicieron constar, si bien la declaración de que 'aquella (la testadora) manifiesta que está totalmente conforme con su voluntad', está muy lejos de conformarse con la realidad de lo sucedido, que es lo que se acaba de indicar, y es evidente que el sonido gutural mencionado carece de las condiciones de explicación y claridad anteriormente señaladas como indispensables en estos casos' (considerando quinto de la sentencia del Juzgado), b) que tampoco la sentencia recurrida puede afirmar en contra de lo que expresa el testamento, que 'estando, asimismo, comprobado que ni aquella pudo decir que no podía firmar ni encomendar hacerlo a ninguno de los presentes', por consiguiente, es a todas luces evidente, que la Sala de instancia violó las reglas relativas a la buena prueba que producen los documentos notariales en cuanto el Notario recoge cuanto discurre en su presencia, y aplicó indebidamente la doctrina legal señalada en este motivo de casación que sólo es procedente invocar, tratándose de cuestiones relativas a las probanzas de capacidad, querer interno, etc., sobre los cuales el documento notarial sólo produce presunción de *iuris tantum* y no de *iure et de iure*, con violación de las normas relativas a la valoración de la prueba que se invocan en el inicio de este motivo.

Segundo.—Fundado en el número 1º del artículo 1.692 L. E. C., por infringir el fallo recurrido, por interpretación errónea, los artículos 669, 694 695 y 699 del Código civil, y por violación, los artículos 193 y 196 del Reglamento del Notariado, y por violar igualmente la doctrina legal sentada por esta Sala en sus sentencias de 5 de junio de 1894, 1 de febrero de 1907, 28 de junio 1894, 18 de junio de 1896, 28 de junio de 1909, 29 de diciembre de 1927, 27 de diciembre de 1930, 12 de mayo de 1945, 18 de febrero de 1947 y 3 febrero de 1951, a tenor de los cuales la unidad de acta se refiere precisamente al momento del otorgamiento del testamento, el cual comprende tan sólo desde que reunido el testador, Notario y testigos, se procede a la lectura en voz alta a la declaración y ratificación del testador a la firma del testamento; qua la sentencia recurrida admite expresamente, en su séptimo considerando, que 'a sólo el Notario con la enferma pudo muy bien y así

debió suceder de haber llegado éste a la creencia de haber comprendido su última voluntad, que redactó seguidamente de buena fe, siendo presumible que en aquellos momentos poseyera la enferma alguna mayor lucidez, e incluso posiblemente la facultad de pronunciar algunas palabras, aunque sólo fueran los monosílabos 'sí' y 'no', a pesar de lo cual establece, en el considerando quinto, que el testamento es radicalmente nulo por falta de forma sustancial, por entender que la expresión de la voluntad del testador al Notario para que redacte el testamento debe hacerse a presencia de los testigos, por estar comprendido en el concepto de unidad de acto; por otra parte, el fallo recurrido establece igualmente que considera nula la disposición testamentaria, porque no es bastante que la testadora diera su conformidad al testamento en el caso de que lo hubiera hecho, sino que, además, en relación con su firma tuvo expresamente que manifestar que no podía firmar y designar el testigo que debía hacerlo por ella en aquel acto. Esta afirmación de facto de la sentencia recurrida ha sido impugnada expresamente en el anterior motivo; mas se estime o no, se denuncia a través de este motivo de casación al vicio *in iudicando*, cometido por la Sala de instancia, al interpretar equivocadamente el párrafo 2.º del artículo 695 del Código civil que los tres vicios *in iudicando* que se denuncian en este motivo de casación relativos al alcance del consentimiento en los testamentos, de la presencia de los testigos instrumentales y de los requisitos de la firma cuando el testador no lo hace, firmando un testigo instrumental por él, tiene su origen en el concepto equivocado que tiene la sentencia recurrida, de lo que tradicionalmente se viene llamando unidad de acto en los documentos públicos, que ya en Derecho romano se exigía y que aclaró Ulpiano en el Digesto, haciéndose referencia al *uno contextu actor testari oportet*. La doctrina no creyó muy útil su conservación, y los autores pidieron insistentemente su cancelación. Esto no obstante, al publicarse el Código civil se mantiene este secular requisito, diciendo, al artículo 699, que todas las formalidades del testamento han de ser practicadas en un solo acto. Con este artículo del Código a la vista, la doctrina discutió ampliamente si la unidad del acto debía abarcar todo el proceso formativo del testamento, que es la tesis que sustenta la sentencia recurrida, o sólo la fase final de lectura, aprobación y firma; que en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, prevaleció esta última tesis. La doctrina entendió que así como los viejos actos formales del Derecho romano lograban su autonomía por medio del mecanismo técnico de la unidad de acto, en los instrumentos notariales modernos la unidad de acto se ha transformado en la unidad de contexto. Este criterio ha sido confirmado de modo terminante por una copiosa jurisprudencia, que se inicia a fines del pasado siglo (S. 18 junio 1896) y se continúa posteriormente hasta nuestros días en las sentencias de 1 de febrero de 1907, 29 de diciembre de 1927, 27 de diciembre de 1930 y 18 de febrero de 1947; que, por otra parte, también yerra la sentencia recurrida al determinar lo que queda cubierto por el consentimiento prestado y olvida que el momento cumbre de una escritura es el llamado por la legislación notarial, otorgamiento o autorización; de esta forma, la unidad de acto es objetiva y concreta en una unidad de texto consentido que implica una unidad de consentimiento. El consentimiento cubre el texto del documento notarial sin lagunas, palabra a palabra. En este breve tiempo, en el que quedan enteradas las partes y deciden sobre el contenido, el consentimiento se proyecta sobre toda la extensión del documento. El consentimiento es simultáneo, unitario, global, indivisible, y aunque el documento fuese muy ex-

tenso o tuviese partes muy diversas. Se puede hablar de un momento inicial y otro terminal en la solemnidad y en la lectura del documento. Pero nunca de un momento inicial y otro terminal del consentimiento. El consentimiento en las escrituras públicas es siempre final y cubre integralmente el documento sin lagunas desde su principio, y al no entenderlo así, la sentencia recurrida cometió la infracción que se denuncia; del concepto erróneo que la Sala de instancia tiene sobre la unidad del acto y sobre los defectos del consentimiento en los instrumentos públicos, desembocan también los otros dos errores interpretativos que se denuncian en este motivo: en el primero, el relativo a la interpretación de los artículos invocados en este motivo, a través de los cuales entiende que la unidad de acto del testamento empieza en el momento en que el testador expresa inicialmente su voluntad al Notario autorizante, por lo que la sentencia recurrida considera que en este momento debieron estar ya presentes los testigos instrumentales, bajo pena de nulidad del acto; pero esta interpretación del artículo 695 es errónea, y ya la vieja doctrina era contraria a esta práctica, citando a Manresa y las sentencias de esta Sala de 1 febrero 1907, 18 abril 1916, 16 noviembre 1916, 25 marzo 1940 y 12 mayo 1945, que la misma raíz tiene el error que comete la sentencia recurrida cuando afirma que es preciso que en el acto de la firma el testador manifieste que no puede firmar y que designe el testigo instrumental que ha de hacerlo por él, con lo cual parece como que supedita la eficacia de un acto solemne al empleo preciso de ciertas palabras o fórmulas sacramentales retrotrayendo el derecho a sus formas más privativas y elementales; por su parte, el recurrente considera que es bastante que el testador haya hecho manifestación al expresar su voluntad al Notario cumpliendo las formalidades legales cuando éste redacte el testamento siguiendo estas inscripciones acepte el encargo y firme por el testador, y en este sentido, la sentencia de 1 febrero 1907 enseña que no es válido el testamento en el que aunque no se contiene la manifestación de que el testador no puede firmar, se hace constar que a ruego del testador firma un testigo a su nombre, porque esta manifestación lleva implícita la de que no puede firmar, y en este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 11 febrero 1929, debiendo añadir que no es aplicable la sentencia que se invoca en la sentencia recurrida sobre este punto concreto de 16 febrero 1956.

Tercero.—Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., por incidir el fallo recurrido en aplicación indebida del número 2.º del artículo 663 C. c. y de la doctrina sentada por esta Sala en sus sentencias de 25 octubre 1928, 24 marzo 1944 y 16 febrero 1945, alega que es sabido que la estimación que hace el Notario es un instrumento público sobre la capacidad del otorgante no tiene la fuerza de prueba plena de que gozan las circunstancias externas del documento de que el Notario da fe por haberlas percibido directamente con su sentido, porque el Notario puede dar fe de que externamente se ha prestado un consentimiento por el testador, pero no puede saber con la misma evidencia si la voluntad declarada corresponde a la voluntad real, o si el consentimiento, por muy claras y expresas que sean las palabras empleadas, se encuentra viciado por una falta de sanidad mental; por ser una falsa representación del acto o por cualquiera de los vicios que anulan el consentimiento; por eso, el Notario, por lo que respecta la capacidad, emite sólo un juicio, pero no afirma un hecho al que dota plenamente de la fe pública de que está investido. De aquí que la doctrina legal de esta Sala haya establecido que la capacidad del testador no constituye prueba plena, sino una pre-

sunción *ius tantum*, que coloca al testador en situación privilegiada y que sólo puede destruirse por una cumplida y convincente prueba en contrario (Ss. 24 marzo 1944 y 16 febrero 1945), entre otras, así como la de 25 octubre 1958; que si se examina la sentencia recurrida se podrá comprobar que en parte alguna de la sentencia de Segunda Instancia existe una mención expresa al hecho de que la testadora, en el momento de testar (Ss. de 10 abril 1944 y 25 abril 1959), no se encontraba en el sano juicio de sus facultades mentales, y no constando esta clara afirmación de hecho no puede procederse a la aplicación del párrafo segundo del artículo 663 C. c., por la circunstancia de que al final del sexto Considerando se diga: «es consecuente afirmar la carencia de capacidad de la testadora», porque para que se aplique este artículo haría falta que la sentencia estableciera como premisa *de facto* que la testadora, en el momento de realizar el testamento, estaba privada de su cabal juicio o de sus facultades mentales; que no puede suplir esa declaración el que en la sentencia se diga que la testadora se encontraba postrada en el lecho, imposibilitada, que su enfermedad afectaba al cerebro, sin determinar en qué grado, y si la enfermedad producía o no a la testadora la pérdida de la consciencia de los actos; el tener setenta y nueve años de edad, que observara una actitud puramente pasiva al otorgar el instrumento o que sufriera anomalías psíquicas que produce toda enfermedad apoplética; de la clara formulación del número 2.º del artículo 663 se deduce que éste solamente puede entrar en juego cuando se declara como hecho probado en la sentencia que el testador, en el momento de otorgarse el testamento, no se encontraba en su cabal juicio, no gozaba de sus facultades mentales, había perdido la conciencia de sus actos u otro cualquier hecho que supusiera la existencia de una enfermedad mental que la incapacitase para poder prestar consentimiento, no pudiendo estimar como suficiente la expresión a secas de que «carece de capacidad la testadora», ya que tal afirmación es totalmente inexpresiva y más bien es una conclusión jurídica que una afirmación *de facto* sobre el estado de la causante, que, en cualquier caso, no permite sobre ella cimentar la nulidad o inexistencia de un testamento porque su invalidación requiere siempre la expresión manifiesta de hechos explícitos y concluyentes que justifiquen la declaración de ineficacia del documento público.»

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu, desestimó el recurso, sentando con relación a la nulidad del testamento, los siguientes cuatro primeros Considerandos:

«Que la parte recurrida en el acto de la vista del recurso alegó que el recurrente carecía de legitimación procesal para sostenerlo al haber sido absuelto por la sentencia impugnada de la condena de indemnización de daños y perjuicios que en la demanda se le reclamaban; petición que debe ser rechazada con sólo tener en cuenta que fue parte en el juicio como demandado o interpelado precisamente por quien ahora le niega la legitimación; aparte de que, discutiéndose precisamente en el procedimiento su actuación profesional, su interés en el resultado no puede ser discutido»

«Que el primer motivo del recurso, por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., denuncia la comisión de error de derecho en la apreciación de la prueba por la sentencia recurrida, violando los artículos 1.217 y 1.218 C. c. y los 12 y 143 del Reglamento del Notariado y de la doctrina contenida en las sentencias de este Tribunal que cita, por entender, en esen-

cia, que las manifestaciones del Notario autorizante de un testamento en cuanto a la capacidad del testador y de cuanto expresa que la ha visto y oído, hacen prueba plena salvo falsedad, y sólo puede ser destruido por otra fehaciente en contrario, de donde se deduce que el no concurrir esta acreditación perfecta, subsisten las manifestaciones de que da fe el Notario; y, habida cuenta que lo que se discute precisamente en el litigio es la validez y eficacia del testamento mismo y la interpretación de la voluntad de la testadora, expresada en sonidos inarticulados e ininteligibles para los testigos, e incluso del juicio del fedatario sobre la capacidad de la otorgante, que no acredita una realidad conforme al Código civil, sino simplemente una opinión, por muy sensata que ella sea. es evidente que el propio instrumento atacado, sin perder en un ápice su importancia y consideración legal, no puede servir para desvirtuar en casación la apreciación que del conjunto de la prueba deducen las sentencias de instancia.»

«Que, sentada la anterior doctrina, quedan subsistentes las declaraciones contenidas tanto en la sentencia de Primera Instancia como en la de Segunda, que aceptan plenamente las consideraciones de aquélla, o sea que la testadora no pronunció palabra alguna, y únicamente sonidos guturales inarticulados, que pudieron interpretarse tanto de conformidad como de lo contrario; que el Notario no intervino más que en la redacción y lectura del testamento, sin ninguna actuación o conversación previa con la otorgante, y que los testigos instrumentales, si bien en un principio interpretaron aquellos sonidos en el sentido de aquiescencia a lo que se leía, entienden que no lo fue, en realidad, deduciendo de todo ello y del estado de salud de la otorgante—edad, enfermedad apoplética, anomalías psíquicas, actitud pasiva, etc.—que carecía de la capacidad necesaria para testar, lo que desvirtúa el juicio u opinión contrario sostenida por el Notario; y habida cuenta, tanto las formalidades como las solemnidades que nuestra Ley sustantiva civil exige en el otorgamiento para la validez de los testamentos, es evidente que, ante tales premisas fácticas, la resolución impugnada ha aplicado rectamente e interpretado acertadamente los preceptos cuya infracción se denuncia en los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, que deben ser desestimados; máxime habida cuenta que, conforme el artículo 695 C. c., no sólo el Notario, sino también los testigos, deben conocer la expresión de la voluntad del testador, los que manifiestan no entendieron en el caso de autos.»

«Que no se oponen a lo sentado anteriormente ciertas manifestaciones contenidas en la sentencia de instancia y que hacen relación a que el Notario pudo hablar con la testadora con anterioridad al otorgamiento del testamento, etc., etc., puesto que claramente se deduce que tales expresiones tienden únicamente a dejar siempre a salvo y a proclamar la indudable buena fe y recta intención con que en todo fue patente actuó el recurrente y a poner de relieve la posibilidad de confusión originada por la deficiente expresión de la testadora moribunda.»

COMENTARIO

Observemos, ante todo, que los Resultandos de esta sentencia tal vez no reflejen suficientemente toda la prueba. Y, aun hecha esta posible salvedad, preferimos no comentar la sentencia y limitarnos a formular unas preguntas.

a) *Notario y testigos afirmaron que la testadora prestó su conformidad a la lectura del testamento; pero luego los testigos, en la prueba judicial, de-*

clararon que la testadora sólo emitió un sonido gutural indefinido que entonces, como el Notario, habían tomado como manifestación de aquiescencia, de la cual, al declarar en autos, dudaron. Esto nos hace interrogar:

¿Pueden unos hechos constatados en el instrumento ceder ante el conjunto de la prueba, centrada en declaraciones ulteriores de los propios testigos y en presunciones derivadas de declaraciones médicas (no todas concordantes, como puede comprobarse en los Resultandos), sin declararse la falsedad del propio instrumento?

Es que la persona que previamente haya expresado al Notario autorizante su voluntad, o se la hubiera entregado escrita, si después, en el momento de la lectura, oye aún, pero ya no puede hablar ni firmar, ¿no tiene medio de expresar su conformidad por gestos o señales?

¿Es que lo apreciado de visu et auditu en el otorgamiento y consignado indeleblemente en el instrumento, puede ser destruido, por lo que se recuerde después, en el Juzgado, y por las dudas creadas cuando la memoria tiene que actuar en un interrogatorio más o menos turbador?

¿Es que lo dicho después por los testigos instrumentales, cuando no son mas que prueba testifical, puede destruir lo que afirmaron en el acto solemne del otorgamiento de la escritura? ¿Ocurre lo mismo con el Notario, de modo que su fe notarial in actu pudiera valer menos que su recuerdo como testigo? ¿No se prestaría eso a que con hábiles presiones psicológicas, o con otros medios aún más deshonestos, se destruyera toda la seguridad jurídica que la institución debe crear?

b) *El segundo Considerando de la sentencia del Tribunal Supremo dice que el Notario no tuvo conversación previa con la otorgante y, en cambio, el siguiente Considerando de la misma alude a que ciertas manifestaciones contenidas en la sentencia de instancia hacen relación a que el Notario pudo hablar con la testadora con anterioridad al otorgamiento del testamento. Por otra parte, como interpretación del artículo 695 C. c., el segundo Considerando dice que no sólo el Notario, sino también los testigos deben conocer la expresión de la voluntad del testador. Ello vuelve a sumirnos en confusión, porque:*

Si todos dijeron que la testadora consintió la lectura, ¿cómo pudieron no cometer falsedad si no fue así, sino que no la entendieron?

Y si entendieron que consentía después de la lectura, ¿es que el requisito de la unidad de acto y presencia de los testigos no se ciñe a la lectura, consentimiento y firma, como la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo había declarado, y, por tanto, hay un total cambio del criterio en la sentencia que comentamos?

c) *En cuanto al juicio de capacidad del testador y a su referencia al momento de ser otorgado el testamento, ¿el criterio del segundo Considerando de la sentencia del propio Tribunal Supremo del día anterior—7 abril (véase en los números 448-449 de esta REVISTA, págs. 1.264 y s.)—al de la fecha de la que ahora comentamos y el criterio de ésta, son o no son fácilmente compatibles al no haberse declarado la falsedad del testamento que esta última contempla? Si el Notario—como se repite hasta la saciedad por las sentencias del Juzgado, de la Audiencia y del Tribunal Supremo—actuó con absoluta buena fe, ¿cómo el Juez, a distancia del tiempo y por la prueba testifical de lo recordado por los testigos, pudo juzgar de aquel momento anterior con mejor certeza que el propio Notario, que estuvo presente y en funciones con los mismos testigos en el momento preciso?*

c) *Testigos.*

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—*Nulidad del testamento por inhabilidad de un testigo.*

HECHOS

En el último testamento del causante actuó como testigo instrumental un yerno de la heredera instituida, esposa del testador, testigo que estaba casado con una hija habida por la instituida en un anterior matrimonio.

El propio testador había otorgado con anterioridad otro testamento en el cual había ordenado el legado de una casa en usufructo a favor de una hermana suya y en nuda propiedad a favor de doce sobrinos.

Una de las sobrinas favorecidas con el legado solicitó la nulidad del último testamento, la consiguiente vigencia del anterior y la entrega de su legado de la finca en el estado de libertad de cargas en que estaba a la muerte del testador.

El Juez de Primera Instancia número 5 de Madrid desestimó en todas sus partes la demanda, absolviendo a la demandada. Y la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la sentencia de Primera Instancia, estimando la demanda deducida por la recurrente.

Interpuesto recurso de casación por la demandada, fue rechazado en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Diego de la Cruz, de la que interesa para nuestro tema el segundo considerando:

«Que el motivo tercero del recurso que, al amparo del apartado primero del artículo 1.692 L. E. C., acusa los artículos 682 y 687 C. c., a más la violación del principio espiritualista que informa este Cuerpo legal, y de las sentencias que cita no puede ser estimado porque, ante el indiscutible hecho de ser uno de los tres testigos instrumentales del testamento cuya nulidad se interesó en el proceso, hijo político de la en él instituida heredera, es indeclinable, en estricto acatamiento a lo imperativamente ordenado en el artículo 687 del Código civil al acceder a la declaración de nulidad pretendida, ya que por estar supeditada la validez de los testamentos al exacto cumplimiento de las "solemnidades o formalidades" que para cada uno exige el Código sustantivo—Ss. de 12 julio 1903, 10 julio 1935 y 9 octubre 1962—, la intervención como testigo instrumental de quien le está prohibido intervenir—art. 682—por su parentesco en primer grado de afinidad con la instituida heredera, constituye patente inobservancia de formalidad, que es causa de la nulidad del testamento que en ella incurre; habiendo llegado la constante y uniforme doctrina jurisprudencial, exigente del cumplimiento exacto de las formalidades esenciales, a declarar que, ni siquiera en el caso de que racionalmente no pudiera dudarse de que lo consignado en el testamento sea fiel expresión de su voluntad, valdria como tal testamento el que no se hubiese otorgado en alguna de las formas y con todos los requisitos esenciales que en cada caso han de concurrir—S. de 1 diciembre 1927—, cuya doctrina en nada es afectada por las sentencias que la recurrente cita, sino, por el contrario, reiterada la expuesta, pues solo se refieren a la competencia de los Tribunales para valorar los hechos, a fin de enjuiciar acerca de si las solemnidades han sido o no cumplidas, pero en modo alguno si—como en el caso acontece—

cuando no exista este problema haya posibilidad de conceptuar válido testamento en que no han tenido pleno y cabal cumplimiento las solemnidades o formalidades impuestas por la Ley.»

d) *Interpretación de los testamentos.*

1. SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1965.—*Interpretación lógica y sistemática: No puede interpretarse el testamento apoyándose en la literalidad de frases aisladas del conjunto. Valoración de la finalidad perseguida por el testador. Presunciones judiciales apoyadas en hechos reflejados en el testamento. Prevalencia de la interpretación del Juez frente a la particular del recurrente. Significación de la expresión «lugar acasarrado» en Galicia.*

HECHOS

En un pleito, en el cual se debatían diversas cuestiones de las cuales nos interesa únicamente la relativa a la interpretación del testamento de don J. P. P., el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, rechazó los motivos relativos a esta cuestión con los siguientes considerandos:

«Que en los motivos tercero, quinto y sexto la recurrente ataca la sentencia, alegando que ésta, al estimar comprendidos en el legado de los labrados y montes que integran el lugar llamado Da Cancela, la casa y huertas de dicho lugar, comete las siguientes infracciones: a) Error de hecho en la apreciación de la prueba, que se denuncia por la vía del número 7.º del artículo 1.696 L. E. C., y se pretende evidenciar con la invocación del testamento en que se habla sólo de labradío y montes del lugar Da Cancela, y con una extensión total de cincuenta ferrados, que equivalen aproximadamente a unas dos hectáreas y media—motivo tercero—. b) Interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial interpretativa de artículo 1.253 C. c., pues, en opinión de la recurrente, el testamento del señor P. P., menciona sólo labrados y montes y constriñe la extensión de ellos a cincuenta ferrados, y aunque se estima que el deseo del testador era mantener indiviso dicho lugar durante dos generaciones, de ello no puede deducirse que el legado comprendía también la casa y las huertas—motivo quinto—, y c) Interpretación errónea del art. 675 del mismo Cuerpo legal, que se entiende cometida, dándole a aquel testamento una interpretación y alcance que no tiene, pues el sentido literal y claro de su cláusula cuarta, en sentir de dicha recurrente, indica que la institución en favor de la demandante se contrae exclusivamente a ventiséis fincas de labradío y monte, cuya extensión limita concretamente el testador a cincuenta ferrados, y, en cambio, el fallo le otorga mucho más, pues en la partición de bienes impugnada, se le designan ciento cuarenta ferrados, que equivalen a unas siete hectáreas aproximadamente.»

«Que con referencia al motivo tercero, en el cual se pretende evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba, con la invocación del testamento otorgado por don J. P. P. el 6 de junio de 1926, es de advertir que, si bien dicho testamento constituye un documento auténtico en el sentido de que, por sí solo, y sin necesidad de integrarlo con otras diligencias, hace prue-

ba del hecho que lo motiva y de su fecha, sin embargo, no contiene una afirmación concreta y rotunda, contraria a las proclamadas por la Sala sentenciadora, sino que para llegar a la conclusión que propugna la recurrente hay que hacer una exégesis de sus cláusulas, aislando las frases que hablan de labrados y montes y que refieren la extensión del legado a cincuenta ferrados—el ferrado de superficie equivale aproximadamente a cuatro y media áreas o cinco y media, según el Municipio, e incluso según el pueblo—y prescindiendo de las palabras que aluden a "la integridad del lugar llamado de Villaverde, o, por otro nombre, Da Cancela", y ello no sirve, por tanto, para evidenciar ese supuesto error de apreciación que se imputa a la sentencia, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, es decir, que en este motivo la recurrente, por vía no adecuada, impugna la interpretación que a ese testamento dio el juzgador y muestra su disconformidad con ella, o ataca la presunción que dicho juzgador obtiene de ciertos hechos que se estiman reflejados en el aludido testamento.»

«Que en el quinto motivo se combate por cauce adecuado la presunción establecida por la Sala sentenciadora, que, partiendo de determinados hechos que se admiten como ciertos—el cariño del testador al conjunto de bienes que constituyen el lugar acasado de Villaverde o Da Cancela, y el deseo de mantenerlo indiviso durante dos generaciones—, llega a la presunción de que el legado sobre las fincas de labrado y a monte, alcanza también a edificaciones y a huertas, y que comprenden, en vez de los cincuenta ferrados que concreta el testamento, los ciento cuarenta ferrados que se asignaron a la demandante en la participación, lo cual constituye, a juicio de la recurrente, una conclusión contraria a toda lógica.»

«Que esta Sala tiene establecido con reiteración que es de la competencia de los Tribunales de Instancia la determinación de si el enlace entre el hecho demostrado y el deducido es directo y preciso, y que cuando declaran que existe y hay lógica y armónica conexión entre los fundamentos y las deducciones no incumbe al Tribunal de casación rectificar o alterar el juicio formado por el de instancia, porque es vario el criterio humano, y no se halla sujeto a reglas fijas y predeterminadas—S. de 27 noviembre 1925—, pues no vale oponer a los hechos establecidos por el juzgador el criterio particular de una de las partes, cuando es racional la admisión de aquéllos, incluso "aun cuando quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud"—S. de 12 de febrero 1960.»

«Que en el caso de autos, partiendo de aquellos hechos admitidos por las partes contendientes, que aparecen reflejados en el testamento del causante, no resulta ilógica la presunción que deduce el juzgador de que lo legado a la actora fue el conjunto de todas las fincas que formaban el lugar acasado Da Cancela, incluidas la casa y "dependencias" y huertas, aunque todas ellas sumadas arrojen más de los cincuenta ferrados, que parece indicar la cláusula, en la que comienza por disponerse que "su ahijada Amparo... sucederá en la integridad del lugar".»

«Que, por lo que respecta al sexto y último motivo del recurso, conviene tener presente que, aunque la jurisprudencia ha admitido que, en ciertos supuestos, pueda atacarse la interpretación que a las cláusulas de un testamento haya dado la Sala de instancia, sin embargo, para que ese ataque pueda prosperar se exige que se demuestre, de manera concluyente, que aquella es arbitraria o absurda, y que los términos empleados por el testador son claros y no dejan lugar a dudas sobre cuál haya sido su intención; pero en el caso de autos, si nos atenemos a las diversas cláusulas que integran el

testamento y hacemos su exégesis en conjunto, se llega a la conclusión de que el testador, al legar a la demandante "la integridad del lugar" y manifestar repetidamente que deseaba que dicho lugar se mantuviera sin dividir durante dos generaciones, quiso significar que "el lugar" que habita, cultiva y disfruta—él en que vive—y tal como él lo viene explotando, es el que lega a su sobrina doña A. V. R., en su integridad»

«Que en Galicia se denomina "lugar casarado" o simplemente "lugar"—vocablo que se deriva de la voz latina "locatio", porque, generalmente, se cede en arrendamiento su uso y disfrute al colono o aparcerero que se le llama "casero"—al conjunto de bienes formado por la casa-vivienda, las cuadras para los ganados, los cobertizos o alpendes para aperos y mieses, la era para trillar, el patio o corral, el hórreo para entorajar el maíz, las fincas a huerta, labradío, regadío o prados, pastos, montes altos y bajos, es decir, una totalidad de bienes que forman una unidad mínima de explotación—no solamente de cultivo que permite a la familia que lo trabaja, vivir casi en régimen de economía cerrada, obteniendo con esos bienes y ganados la mayor parte de lo que necesita, o sea productos hortícolas y cereales, ganados de leche, cría y carne, abonos orgánicos, semillas, "esquilinos" para lechos de sus ganados y leña y maderas para combustible y aperos y reparaciones; es decir, un conjunto de bienes, análogo a la "masía" catalana o al "caserío norteno".»

«Que, por tanto, la sentencia recurrida, al interpretar de ese modo el testamento de don J. P. P., realiza una interpretación lógica y sistemática, a la vez que objetivo, que tiene que prevalecer sobre la interesada y particular que propugna el recurrente.»

2. SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1965.—*Interpretación de cláusula que autoriza para disponer libremente de la herencia al llegar a cierta edad* [cfr. *infra* II-C].
3. SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Es función del Tribunal sentenciador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, y su interpretación sólo puede ser combatida con éxito cuando se patentiza de modo manifiesto el error cometido. Interpretación lógica y humana de la intención de la testadora.*

De esta sentencia nos ocuparemos especialmente después (II-B, b). Ahora sólo nos interesa, por referirse a la interpretación del testamento, y aparte del inciso final del último Considerando—que allí transcribiremos—, el primero:

«Que para el examen de las diversas cuestiones planteadas en el recurso, es oportuno, ante todo, tener en cuenta: A) Que, conforme establece la sentencia de 3 febrero 1961, si bien es función del juzgador de instancia fijar el verdadero alcance de la cláusula testamentaria, también corresponde su significado al Tribunal de casación cuando se combate el sentido dado por la Sala a la intención del testador, lo que puede llevarse a cabo por la vía del número 7.º o del 1.º del artículo 1.692 L. E. C., según se haya cometido evidente error en la apreciación de los hechos que sirven de base material a esa interpretación, o con ella se infrinjan las normas establecidas por el Código civil, regulando la de los actos de última voluntad. B) Que, por su parte, la sentencia de 11 junio 1964; puntualiza que es función del Tribunal sen-

tenciador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, y esa interpretación sólo puede ser combatida con éxito, en casación, cuando se patentiza, de modo manifiesto, el error cometido en la sentencia, debiendo prevalecer el criterio del Tribunal *a quo*, frente al del recurrente, si no aparece haber sido contrariada, de modo evidente, la voluntad del testador, por lo que, conforme a copiosa doctrina jurisprudencial, ha de resultar un muy manifiesto error interpretativo, para que, tratándose de cláusulas testamentarias, pueda ser combatido con éxito en casación. C) Que es consecuencia de todo lo anterior que si el recurso sólo articula los motivos de que consta, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., habrá de partirse del más absoluto respeto a los hechos admitidos por las partes o declarados por el Tribunal de Instancia, y la cuestión, netamente jurídica, se reducirá a determinar si éste incurrió o no en transgresión de lo dispuesto en el artículo 675 C. c., entendiéndose que ese "tenor" del testamento, a que alude, se refiere al conjunto de disposiciones, útiles para aclarar el sentido de las cláusulas dudosas, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar su última voluntad.»

COMENTARIO

Estas sentencias confirman la doctrina que el Tribunal Supremo viene reiterando en esta materia. Confróntese al respecto nuestro comentario a las siete sentencias relativas a interpretación de testamentos en el número 443-449 de esta REVISTA, año XLI (septiembre-octubre 1965), págs. 1.266 y ss.

Aquí haremos sólo hincapié en que la sentencia de 18 diciembre 1965 interpreta que el «tenor» del testamento a que alude el artículo 675 C. c. «se refiere al conjunto de disposiciones útiles para aclarar el sentido de las cláusulas dudosas, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar la última voluntad». Y que esas «circunstancias que tuvo en cuenta el testador», en ese caso, eran extrínsecas al testamento, ya que se referían a la hipótesis, que se da por sobreentendida, de volver la testadora a vivir a Francia, donde vivía su nieta, la legataria, como previa para que entrase en juego la condición que hubiese podido dar lugar a la reducción a la mitad del legado dispuesto a favor de ésta. Y esta presuposición la basa el juzgador en las circunstancias y antecedentes de la testadora, puestas en relación con el sentido atribuible a su disposición [cfr. infra, II, I, B, b].

B) LLAMAMIENTOS CONDICIONALES Y MODALES.

a) Condición.

SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Condición potestativa cuyo cumplimiento sólo es posible en vida del causante, ¿ha de estimarse como imposible por no puesta?*

b) Modo.

1. SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1965.—*Institución modal. Distinción entre el modo y el legado. Concepto de carga real y su diferenciación de las obligaciones personales con sujeto determinado ob rem y con su cumplimiento*

garantizado con retracto familiar. Prescripción de estas cargas testamentarias e inaplicabilidad de la presunción del artículo 38 L. H., no tratándose de derechos reales.

HECHOS

El causante, en la cláusula undécima de su testamento, dispuso: «Instituyo por mis únicos y universales herederos.. a mi hermana doña I. P. B..., que llevará una tercera parte de los bienes; otra igual porción la dividirán por iguales partes mis sobrinos don F., don M., doña P., doña F. y doña V. P. R., y la otra tercera parte restante de todos mis bienes la dividirán igualmente a partes iguales doña A. y doña V. R. P.»; que en la disposición o apartado duodécimo de su dicho testamento, don F. P. B. ordenó una carga perpetua, de la que resulta beneficiada la diócesis o mitra de Orense, por consistir en una misa diaria, que habría de aplicarse en un oratorio privado situado en Orense, cuya disposición en lo esencial decía: "Aquél o aquéllos a quienes se adjudique la casa número 5 de la Plaza Mayor de esta ciudad, en la que actualmente habito y en la cual se halla el oratorio dedicado a la Purísima Concepción, habrá de adjudicarse también éste y sus alhajas, que conservará con el oratorio con el decoro y decencia al santo fin a que está destinado, y tendrá obligación de aplicar una misa todos los días del año por el correspondiente estipendio y por la intención del testador, con un responso de *Recordis* al final por el ánima del mismo y de sus obligaciones.. Si se vendiese dicha casa pública y privadamente, lo que no podrá ser sin la expresada obligación, está sujeta en todo tiempo a ser retraída por los instituidos herederos y sus sucesores, y entre dos o más, el que primero lo solicitare, en cuyo caso, éste o éstos tendrán siempre la ineludible obligación de cumplir con lo que dejo mandado, quedando en otro caso sujetos a las consecuencias de la falta de puntual ejecución".»

Los contadores-partidores testamentarios, al dividir la herencia del causante, adjudicaron la indicada casa de la Plaza Mayor de Orense a los sobrinos de éste, F. M. P. V. y F. P. R., con la carga expresada en la cláusula duodécima del testamento que se transcribió en la inscripción correspondiente a la adjudicación de dicha finca. Esta fue posteriormente objeto de varias transmisiones y algunas segregaciones, agrupándose después la parte principal con otra finca y construyéndose sobre el solar así formado la actual casa número 5 de la Plaza Mayor, en cuya inscripción consta explícitamente que la parte procedente de la finca 4748 está afecta al gravamen dispuesto en la transcrita cláusula testamentaria.

No cumpliéndose desde hacia tiempo dicha carga, después de haber intentado sin fruto una avenencia, el obispo demandó a la propietaria de la nueva casa 5 de dicha plaza reclamando el cumplimiento de la totalidad de la carga por tratarse de la parte principal de la finca. La demandada se opuso a la demanda, afirmando que la cláusula que dispuso la carga no impuso ni creó ninguna relación de sujeción o efecto entre ésta y los bienes en ella referidos, ni recorta, ni limita, ni comprime en manera alguna las facultades del dominio con respecto a alguna de las personas llamadas a la cosa en beneficio de otra del mismo grupo, sino que creó para el adjudicatario de la casa, alhajas y oratorio una obligación puramente personal, sin afectar a su cumplimiento masa alguna de bienes, rentas o productos de concretas cosas de la misma; sin crear ningún beneficio eclesiástico y sólo un retracto fami-

liar a favor del sucesor que aceptara sustituir al incumplidor, que no ha sido utilizado por ninguno, por lo cual el dominio se ha convertido en definitivamente irrevocable, y que así han ido sucediéndose más de treinta años de posesión pública como libre de gravamen de la finca de referencia, que ha sufrido transformaciones, segregaciones y ampliaciones tan importantes, que su identidad ha desaparecido.

El Juez de Primera Instancia de Orense desestimó la demanda y la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la del Juzgado. Y el obispo de Orense interpuso recurso de casación por infracción de la Ley, sosteniendo que el testador vinculó la casa al cumplimiento de la obligación piadosa, puesto que la impuso *propter rem*, sancionada con un retracto y estableciendo que la venta de la finca no se podría realizar sin la expresada obligación, carga o gravamen, que debía registrarse, dada la fecha de sucesión, por las normas de las Partidas, y concluyó el primer motivo del recurso razonando que no puede aceptarse la tesis de ésta, contraria a la vinculación de la expresada finca, y aun la calificación jurídica que de la cláusula testamentaria realiza, encuadrando la institución en el área del «modo», por entender, con invocación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 797 C. c., que el cumplimiento de la obligación de aplicar una misa diaria, es, precisamente, la causa de institución de heredero; antes al contrario—sigue diciendo la sentencia «a quo»—, parece más bien un ruego que no produce acciones para exigir la protección jurídica en caso de incumplimiento, pues el tránsito de la finca a personas distintas de los herederos ha de considerarse como amenaza de un rescate por parte de los herederos, pero no como un deber impuesto al adquirente de la finca en beneficio de tercero; que el modo es, en términos generales, el fin que mueve a un testador a hacer una manda, como cuando lega para que se dé o haga alguna cosa; que la Ley XXI del Título IX de la Partida 6.ª decía que se puede hacer una manda con condición, la cual se anuncia con la palabra «si», y aquel a quien se haya hecho la recibirá cuando ésta se cumpla; y añade que las manda con causa, que se anuncian con la palabra «quia», y son las que se hacen diciendo el testador la razón que tenga para hacerlas, las cuales valdrán aunque la causa no sea verdadera, y las mandas de modo, que se anuncian con la palabra latina «ut» y son las que se hacen señalando el testador el fin que se propone al hacerlas, como si dijese que mandaba a fulana mil maravedís para que se case con tal hombre, valdrán; que el modo es un encargo que se añade a una liberalidad, puntualizando los fines cuya realización se encarga al instituido; que el artículo 797 C. c., en su párrafo 1.º contrapone el modo a la condición, pero no el modo a la carga; y define el modo como la expresión del objeto de la institución o legado; que frente a lo que afirma la sentencia recurrida, el testador don F. P. B. no instituyó herederos para decir una misa diaria por su alma; ni tampoco ordenó un legado encargando a sus herederos el cumplimiento de aquella finalidad; dispuso, por el contrario, que los adjudicatarios de la antigua casa de la Plaza Mayor número 5 de la ciudad de Orense vendrían obligados, por razón de la posesión de la misma, a mandar aplicar una misa diaria y un responso de «Recorderis» por su alma; y esto no es un modo, ni puede configurarse como tal, sino, por el contrario, representa un ejemplo clásico de creación de una carga piadosa transmisible «erga omnes», que supone una limitación del derecho de dominio; la Sala «a quo», al no entenderlo así, interpreta con error el alcance del párrafo 1.º del artículo 797 C. c., a más de hacer del mismo una aplicación indebida.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don V. Juvencio Escribano Ruipérez con los siguientes considerandos:

«Que la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado.»

«Que aunque en nuestro Ordenamiento jurídico positivo no aparece claramente definido el concepto de "carga real", sabe sin embargo admitir la existencia de tal figura jurídica diferenciada de las denominadas "cargas personales", pues ambas se encuentran previstas en los artículos 788 y 797 C. c. en cuanto que en el primero de ellos se dice que si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele, y en el segundo se regula su imposición por el testador diferenciándola de la condición.»

«Que el artículo 1.720 L.E.C. preceptúa que en el escrito formalizando el recurso de casación se citará con claridad y precisión la ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido, y que cuando fueren dos o más los fundamentos o motivos del recurso se expresará en párrafos separados y numerados, siendo inadmisibles los recursos que no se atemperen a tales prescripciones por imperio de lo dispuesto en el artículo 1.729 de dicha Ley, teniendo declarado con reiteración esta Sala que la aplicación indebida e interpretación errónea de un determinado precepto no pueden ser invocadas conjuntamente en un mismo motivo—Ss. 4 febrero 1963, 3 diciembre del mismo año y 3 y 24 enero, 20 febrero y 5 marzo 1964—, y dado que en el primero de los articulados en el recurso, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva se acusa de modo conjunto y no diferenciado la interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 797 C.c., es obvio que su planteamiento no se ajusta al formalismo exigido por el Ordenamiento legal, en cuya vía extraordinaria de la casación, incurriendo en la sanción prevenida en el número 4.º del artículo 1.729, que en este trámite deviene causa de desestimación; y como, además, se ofrece que el fallo impugnado analiza e interpreta la cláusula doce del testamento calificando de personal la obligación impuesta a los herederos de mandar aplicar una misa todos los días del año por el correspondiente estipendio y por la intención del testador, calificación que se combate en el referido primer motivo del recurso por entender que no se trata de una carga real, al acaecer como acaece que en la mencionada disposición testamentaria no se contiene elemento alguno que revele la intención de sujetar bienes concretos y determinados al cumplimiento de dicha obligación, y si solamente que la misma pesará sobre el heredero o herederos a quienes se adjudique la casa en que está el Oratorio, o bien sobre la persona que adquiera su dominio, sin otra sanción para el caso de incumplimiento que la de atribuir a cualquiera de los demás herederos el derecho a retraer dicha casa, es evidente que la calificación dada por el Tribunal «a quo» fue correcta, toda vez que no se impuso carga alguna sobre el inmueble ni quedó sujeto éste al cumplimiento de la obligación ordenada por el testador a sus herederos, quien se limitó a establecer una carga personal gravando con ella al heredero o herederos a quienes se adjudicase la casa número 5 de la Plaza

Mayor, en la que existía el oratorio, mandando también que no podría venderse dicho inmueble sin la mencionada obligación, todo lo cual fue transcrito en el cuaderno particional que al tener acceso en el Registro de la Propiedad dio lugar a que en la inscripción de tal finca se reflejase la referida clausula testamentaria comprensiva de la institución modal implicativa de una carga de naturaleza personal.»

(El 4.º Considerando se refiere al «onus probandi» regulado por el artículo 1.214 C.c.)

«Que en el segundo de los motivos, por la vía del número 1º del artículo 1.692 de la L. E. C., se acusa la aplicación indebida de los artículos 1.930, 1.932, 1.961, 1.963, 1.964 y 1.969 C.c., así como la violación del párrafo primero del artículo 38 L.H., que el derecho a la exigencia de la celebración de una misa diaria es un bien impregnado de una naturaleza esencialmente religiosa y eclesiástica no susceptible de prescribir; que por ser una carga real genera en el titular de la cosa una obligación *in faciendo*; que el derecho de la mitra a exigir el cumplimiento de tal carga no se ha extinguido porque teniendo a su favor la posesión *secundum tabulas* sólo mediante la prueba real de la fecha en que se hubiera dejado de cumplir la obligación podría admitirse el examen de la cuestión, y que en cualquier caso goza de la presunción posesoria establecida en el artículo 38 L.H.; pero sobre ello es de señalar que la prescripción está encaminada principalmente a dar firmeza y certidumbre a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolle la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia, que hay que subordinar como mal menor al que resultaría de una inestabilidad indefinida—Ss. 2 marzo 1912, 25 marzo 1915 y 19 noviembre 1941—; que la naturaleza espiritual del fin perseguido por el testador al mandar sufragios por su intención, generador de deberes morales por parte de las personas obligadas a su cumplimiento, no impide que la obligación jurídica pueda extinguirse por prescripción, a tenor del artículo 1.930 C.c., que la establece por los derechos y las acciones de cualquier clase que sean; que la presunción legal de abandono derivada del hecho del transcurso de un tiempo determinado sin reclamar un derecho da lugar a la extinción de la acción para reclamarlo y alcanza a toda clase de derechos y acciones—Ss. 10 noviembre 1920 y 25 junio 1924—; que la negligencia en el ejercicio de los derechos es cuestión de hecho a los efectos de la casación; que la presunción establecida por el artículo 38 L.H. se refiere a los derechos reales inscritos, naturaleza, que no obstante la obligación objeto de la *litis*, según quedó razonado anteriormente; que los derechos reales de garantía también son susceptibles de prescripción, incluso la acción hipotecaria—art. 1.964 C.c.—, y finalmente, que la sentencia impugnada asevera, sin que ello se haya combatido por la vía adecuada, que la acción ejercitada ha prescrito, todo lo cual conduce a la desestimación del motivo examinado»

«Que según reiterada jurisprudencia, el recurso de casación se da contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra sus considerandos, a no ser que éstos constituyan premisa obligada del fallo, y como quiera que éste tiene su fundamento en la naturaleza personal de la obligación o carga cuyo cumplimiento se reclama y en haber prescrito la acción para exigir su efectividad, al quedar como quedan imbatidos tales fundamentos, básicos y suficientes para la sustentación del fallo, deviene intrascendente el acierto o el error en que la Sala haya podido incurrir al apreciar la prueba relativa a las mutaciones físicas sufridas por la finca, objeto de censura en

el cuarto motivo por la vía del número 7.º del artículo 1.692, así como lo acusado en el quinto motivo al amparo del número 1.º del mismo artículo sobre violación de los artículos 1.º L.H. y 51 de su Reglamento, los cuales deben ser desestimados.»

2. *Legado modal.*

SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Distinción de la condición y el modo, y entre legado modal y legado causal.*

'HECHOS

La causante había legado varios bienes a su nieta—única hija de un hijo premuerto de la testadora—e instituido única y universal heredera a su hija; también dispuso, en el mismo testamento, que de los bienes legados a aquella, el de la finca referida en el apartado a), sita en Angers, se reduciría a la mitad, acreciendo la otra mitad a la heredera universal en el caso de que la legataria no sirviera a la testadora en todas las necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad y conviviera con ella sirviéndola personalmente. La causante falleció en S'Arracó (Mallorca) conviviendo con la heredera. Demandada ésta por la legataria, reclamándole la entrega total de los bienes a ella legados, la heredera se opuso alegando que la mitad de la referida casa le había acrecido porque la nieta vivía en Francia cuando falleció la testadora.

Estimada la demanda por el Juzgado número 2 de Palma de Mallorca y confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, interpuso la demandada recurso de casación invocando aplicación indebida de los artículos 797 y 798 C. c. y de la doctrina legal contenida en las sentencias de 2 enero 1928 y 30 octubre 1944, aplicación indebida del artículo 767 y violación del 675 C. c. y de la doctrina legal que lo interpreta, y aplicación indebida del artículo 795 e inaplicación del 796 C. c.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González—y de lo que nos hemos referido antes (II, A, c, 3) al primer considerando, relativo a la interpretación de los testamentos según la norma del artículo 675—, y en la cual, en los segundo y siguientes razonó:

«Que, en el caso de autos, los antecedentes de hecho, fijados en la instancia y no combatidos en el recurso, enmarcan una realidad que no puede ser desconocida al momento de juzgar sobre el acierto o el error que ha presidido el estudio del problema jurídico abordado por el Tribunal de instancia, destacando entre ellos la residencia de la testadora en Sarracó, después de haber vivido en Francia, y su propósito de retornar al país vecino, puesto de relieve por la propia parte recurrente; la circunstancia de residir en Nantes su nieta, hoy actora en este pleito, el otorgamiento del último testamento de la abuela, hecho en 1 de agosto de 1958, y en el que tras de dejar a su nieta, como pago de los derechos legítimos que pudieran corresponderla, diversos bienes y, entre ellos, una casa que poseía en Angers (Francia), consignó la cláusula cuya interpretación es la médula del pleito, estableciendo que el legado, en cuanto a la casa referida, «se reducirá a la

mitad indivisa, acreciendo la otra mitad a la heredera universal en el caso de que la legataria no sirva a la testadora en todas sus necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad, y conviviendo con ella, sirviéndola personalmente"; la llegada a S'Arracó, el 28 de agosto de 1958, de la nieta, sin haber tenido conocimiento alguno del testamento otorgado y, por tanto, de la cláusula transcrita y, en fin, el fallecimiento de la testadora, ocurrido el 8 de septiembre del mismo año, sobre tales antecedentes, la sentencia recurrida, resaltando ante todo la coincidencia de los litigantes en que la cláusula eventualmente limitativa del legado, entraña una "condición", razón, no obstante, sobre la hipótesis de que así fuere o de que, por el contrario, implique una institución "modal", pero en ambos supuestos llega a la conclusión de que la ignorancia de la cláusula por la legataria, con anterioridad al fallecimiento de la testadora y la absoluta imposibilidad de cumplir, después del óbito, lo que en aquella se consignaba, pese a todo lo cual la obligación aneja a la disposición aparece cumplida parcialmente, durante aquel verano, en que su llegada a Mallorca coincidió con la enfermedad y subsiguiente fallecimiento de la testadora, bien se aplicara a esa resultancia fáctica, lo dispuesto en el artículo 795 o en los 797 y 798 C.c., el legado debía producir efecto en su totalidad, lo que motivaba la procedencia de la demanda, en que se exigía su entrega y la desestimación de la reconvencción, en que se postulaba que aquel se considerase reducido a la mitad; y como la interpretación de la Sala ha de prevalecer, salvo que los motivos que integran el recurso demuestren el manifiesto error padecido por la misma, el examen del presente recurso ha de ceñirse a estudiar si tales motivos demuestran o no el error enunciado.»

«Que tal estudio arroja el resultado siguiente: A) En el primer motivo se combate, con extensa argumentación doctrinal, la aseveración de la Sala sobre la base de la existencia del legado con carácter modal; ciertamente, en el terreno científico, la diferencia entre la "condición" y el "modo", aplicada al derecho sucesorio, es clara, pues el evento de que depende constituye la "condición", vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o cargo para el sucesor potencial o actual, al paso que, en el "modo", no hay obstáculo ninguno para que el heredero o legatario entren en posesión de los bienes que les corresponden y de los que adquieren el dominio, aunque deban cumplir el fin, destino o cargo que impuso el testador, sin otra previa obligación que la de afianzar el cumplimiento de lo ordenado o, en otro caso, la devolución de lo percibido; en el terreno legal la distinción puede no resultar tan clara, pues, en definitiva, el artículo 797 C.c. hace a la voluntad del testador árbitro del carácter "condicional" o "modal" de la institución, inclinándose por esto último, si aquella no aparece clara, pero hay expresión del objeto, aplicación o carga en que la modalidad consiste; de todas formas, no hay inconveniente en admitir la tesis del recurrente, puesto que el "modo" implica siempre una actividad del sucesor a realizar después de la muerte del causante y, en el caso del pleito, la actividad que se impone, en razón de su propia índole, habría de desarrollarse en el lapso de tiempo comprendido entre la fecha del testamento y la del óbito de quien lo otorga; ello no obstante, no se puede estimar que la Sala incurrió en error, capaz de hacer viable el motivo por sí solo, a efectos de casación de la sentencia impugnada, puesto que el Tribunal de instancia razona sólo hipotéticamente y empieza por reconocer que las partes están acordes en que se trata de una condición, y a este aspecto de lo discutido sobre tal base dedica los principales argumen-

tos que fundamentan el fallo. B) En el motivo segundo se trata de demostrar que la cláusula discutida no es condicional ni modal, sino simplemente "causal", aunque la expresión de causa no se refiere a hechos "pretéritos", sino "futuros": la testadora remunera unos servicios para el caso de que lleguen a serle prestados; éste aspecto de la cuestión, no tratado en el período expositivo del juicio, y por ende, no recogido, en su razonamiento por la sentencia de instancia, por lo que, en realidad, constituye, en casación, una cuestión nueva, o al menos, en relación con la planteada, una estimación o faceta de la misma, no traídos al campo del debate con la oportunidad debida, implica una interpretación, además de tardía, personal y artificiosa de la cláusula discutida, pues aparte de que la remuneración de servicios no prestados, sino futuros y solo para el caso de que lleguen a realizarse, es difícil de valorar como algo distinto de la condición, la propia estructura del testamento descubre la inconsistencia de lo argumentado, pues si la intención de la testadora hubiera sido la que el recurrente le atribuye, lo lógico y natural es que hubiera empezado por disponer el legado de la mitad de la finca, extendiéndola después a la totalidad para el caso de serle prestados los servicios que esperaba recibir, mostrando así su ánimo remuneratorio, y no como hizo en realidad, instituyendo el legado en su totalidad para, a seguido, rebajarles la mitad indivisa para el caso de que aquellos servicios o atenciones no le fueran dispensados por su nieta, patentizando así no un propósito razonador sino sancionador, lo que resalta más la necesidad de atender a la conducta de la beneficiada en orden a su relación con la otorgante del testamento, que es lo que, con acierto, orienta para razonar el fallo, a la Sala sentenciadora. C) En el tercer motivo del curso, se trata de hacer valer el argumento de que, aun en la hipótesis de tratarse de un legado condicional, la condición impuesta no sería potestativa, sino mixta y de aplicación; por tanto, no el artículo 795, en que la Sala se apoya para poner de relieve la trascendencia de la imposibilidad de cumplimiento de la condición, una vez muerta la testadora, sino el artículo 796, que llevaría a conclusión distinta, pero el argumento, por todo lo dicho, no puede lograr más fortuna que los anteriores, ya que, si la intención de la testadora fue prevenir un posible mal comportamiento por parte de la beneficiada con el legado, el evento contemplado no pudo ponerse a prueba, siendo preciso reconocer que la cláusula en cuestión resultaría un tanto extraña, de no arrojar luz sobre ella, lo manifestado por la propia parte recurrente, en el escrito de contestación a la demanda y subsiguiente reconvención de que la testadora proyectaba volver a residir en Francia, lo que aclara el significado cauteloso de la excepción que estableció, a renglón seguido de hacer la institución; pero en el caso que, otorgando al testamento, la causante no cambió de residencia y fue, por el contrario, su nieta la que, sin conocimiento siquiera de la cláusula y de su limitación, hizo el viaje a donde aquélla se encontraba, atendiéndola en la enfermedad que determinó su óbito, ocurrido menos de cuarenta días después del otorgamiento de su última voluntad; estos hechos, imbatidos en el recurso, demuestran que la Sala sentenciadora, lejos de incurrir en el manifiesto error que la prosperabilidad del recurso requeriría, hizo una interpretación lógica, humana, acertada y, por ende, legalmente admisible de la intención de la testadora, conforme a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil.»

COMENTARIO

a las sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965.

El concepto que del modo ofrecen los autores de Derecho común es ciertamente amplio y de linderos fluidos. Bartolo (In Secundam Infortiatem Part. I, lib. XXXV, De condicionibus et demonstrationibus, Ley XL, § Termilius, número 1), a quien literalmente sigue Antonio Gómez (Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii, lib. I, cap. XII, núm. 70) definió: Modus est moderatio quaedam, dispositione adiecta, eum qui honoratur, aggravans in tempus dispositionis perfectae. El jesuita Luis de Molina (De Iustitia et Iure, tract. II, disp. CCVIII, núm. 1) dijo que: Modus est veluti lex quaedam, seu gravamen aut moderamen dispositioni in futurum appositum minime eam suspendens. De ambas definiciones podemos deducir que se trata de una disposición accesoria de otra principal perfecta, que supone un gravamen futuro para el beneficiado por ésta y que no la suspende.

La dogmática moderna ha pretendido hacer del modo una categoría específica y diferenciada de toda otra categoría, para lo cual no ha podido ponerse de acuerdo (cfr. Ramón López Vilas, Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento, en «An. Der. Civ.», XIX-III, julio-septiembre 1966, págs. 581 y sigs.), o la ha considerado como una institución jurídica con función indirecta para suplir o eludir los tipos legales (José Castán Tobeñas, El modo en los actos jurídicos. Función del modo en la técnica del Derecho civil, en «Rev. Der. Priv.», t. V, 1918, págs. 92 y sigs.).

El Derecho positivo es escaso respecto al modo. Castán Tobeñas (loc. cit., página 102) ha dicho que: «La Ley regula defectuosamente los efectos del modus y no prevé una porción de cuestiones. Sólo el sistema—lo que el Código español llama los principios generales de Derecho—puede suplir éstos y otros silencios de la Ley, porque sólo el sistema puede llenar las inmensas e inevitables lagunas de todo Ordenamiento jurídico»

En la doctrina y la jurisprudencia abundan las contradicciones. Así se ha dicho, por una parte, que la condición suspende, pero no obliga, y que el modo obliga, pero no suspende, y por otra, que el legado supone un verdadero derecho de crédito, mientras que el beneficiario del modo carece de derecho a exigir su cumplimiento, y así, de hecho, puede llegar a no obligar (como ocurre en el supuesto contemplado por la S. 4 junio 1965).

Ello da mayor interés al examen de los problemas que las sentencias que examinamos nos plantean y que trataremos de deslindar.

I.—DISTINCIÓN ENTRE LEGADO Y MODO.

Tal vez parezca aventurado lo que vamos a afirmar. Para nosotros, tal distinción no puede obedecer sino a razones ocasionales, y por ello estimamos que, en nuestro Derecho, está históricamente desfasada, prácticamente es superflua, pues se trata de figuras situadas en planos distintos, que pueden entrecruzarse, pero que no están contiguos, ni por eso necesitados de deslinde, y que, conceptualmente, es un «conceptualismo».

En Derecho común, la condición y el modo podían requerir un dare, un facere, o un non facere. Así, un dare—verdadero legado per damnationem—podía ser el evento condicionante de una institución hereditaria o de otro

legado condicionales, o bien podía ser impuesto como modo. Así, Rodrigo Suárez (Repetitio Legis Quoniam in prioribus, C. de inoffic. testamento, ampliat, X, núm. 48) sitúa entre los gravámenes in quantitatae la condición dandi vel faciendi; y Antonio Gómez (loc. cit.) explicó que los legados son sub modo cuando se disponen ut aliquid det, vel faciat.

Como veremos luego, los autores se habían preocupado mucho de separar condición y modo, como figuras vecinas que son, situadas en el mismo plano y que necesitan ser deslindadas. En cambio, no se preocuparon de establecer su distinción con los legados. Estos se enfocaban como una atribución, y aquéllos como una modalidad impuesta como gravamen a un beneficiado. Situadas en distintos planos, podían entrecruzarse si el legado a favor de uno afectaba como modo al heredero u otro legatario obligado.

La sentencia de 4 de junio de 1965, en su primer considerando, señala como característica distintiva, entre el legado y el modo, la falta de derecho del beneficiario que—afirma—es típica del modo, que—según literalmente dice—puede «consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado».

Notemos que en la doctrina Ossorio Morales (Manual de Sucesión Testada, Madrid, 1957, pág. 231) había entendido que «si el beneficiado con el gravamen impuesto al heredero está facultado para exigir personalmente y en su propio interés el cumplimiento, entendemos que, en realidad, se tratará entonces de un legado».

Pero creemos que esta afirmación mutila al modo de una parte de su contenido clásico, sólo por un prurito de diferenciar, colocando en el mismo plano legado y modo.

El legado puede expresarse de distintas maneras: directamente, como atribución directa (lego, mando, dejo) sea sin determinar especialmente el heredero o el legatario a cuyo cargo se impone, o bien indicándolo. O, indirectamente, disponiendo que tal heredero o legatario vendrá obligado a dar o entregar a tal persona, tal o cual cosa, y en este caso—identificados legados y fideicomisos singulares por Justiniano—, y en esa hipótesis, la realización de esta prestación podrá imponerse, ya sea como condición de la atribución principal, haciéndola depender del cumplimiento de la prestación, o bien simplemente como modo que no suspende, pero obliga.

Y el modo puede tener un contenido muy diverso, abarcando toda prestación que modalice sin condicionar una atribución principal, y que puede consistir en hacer algo en beneficio: sea del propio heredero o legatario al que se le impone, del causante o de su alma, o de terceras personas indeterminadas o determinadas, y en este último caso supondrá un legado.

Es decir, el legado es visto como una atribución testamentaria a título singular, y el modo, inversamente, como una carga impuesta a un heredero o a un legatario; pero, con campos de diversa amplitud, enfocados desde puntos de vista diferentes, pueden coincidir en algunas parcelas que queden situadas en el espacio, en el cual se entrecruzan tangencialmente ambas figuras.

Privar de derecho al beneficiado por el modo meramente por una razón conceptual es una regresión histórica de más de mil setecientos años. Y es un «conceptualismo», sin otra razón que la de plantear una contraposición teóricamente simétrica, pero que nunca puede tener fuerza jurídica, si no obedecé a otras razones.

La Constitución de Gordiano del año 240, recogida en el Codex, VI-XLV, 2, confirmó la atribución de la acción de fideicomiso al beneficiado por un

modo, según dice su apartado segundo: Sed et in pecuniaris causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad condicionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum, vel faciendi aliquid, fideicommissi actio amnifariam nascatur videlicet in conditionibus post exitum earum.

Bartolo (In Infortiatum, lib XXXV, tit. I, lex XL, § Termilius, cit., número 17) señaló que, en caso de no cumplirse el modo, cabían tres remedios: 1.º, la revocación del legado; 2.º, el ejercicio por los herederos contra el legatario gravado de la actio ex stipulatione, y 3.º, el ejercicio por el beneficiado de la acción para exigir su cumplimiento (Tertium remedium est ut ille in cuius commodum debet impleri modus, agat actione ex testamento. Co. «de his quae sub modo», l. 2), y Antonio Gómez (op., lib. y cap. cit., núm. 71) explicó que, conforme esta Ley, secundo legatario, in quem modus debet impleri, competit actio contra primum gravatum, según la expresada opinión de Bartolo, concordante con la glosa ordinaria y la común de los autores, como ya había observado Paulo de Castro al comentar el citado § Termilius.

Notemos, pues, cómo expresamente se reconoce la posible coincidencia de los caracteres de beneficiado por un modo, y de legatario (segundo legatario, en dicho caso.)

Hay una razón de la más elemental lógica jurídica para estimar que si hay una persona determinada que sea beneficiada con el modo, ésta ha de estar legitimada para reclamarlo. Así lo han entendido Mucius Scaevola [Código civil, XIII, coment., arts. 797 y 798, D, a], Sánchez Román (Estudios de Derecho Civil, VI-I, cap. XII, núm. 34), Valverde Valverde (Tratado., vol. V, capítulo VII, § II), Federico Puig Peña (Tratado de Derecho Civil, V-I, capítulo XVII, pág. 439, y nota 24), que dice: «No existe problema cuando exista un beneficiario determinado y concreto.» «Aun cuando el Código guarda silencio sobre las personas que tienen acción para reclamar el cumplimiento del modo, debe entenderse que están legitimadas las personas directamente beneficiarias...». Y en igual sentido han opinado Lacruz, apoyándose en el artículo 1.257, § 2.º, analógicamente (Notas al «Derecho de Sucesiones», de Julius Binder, § 38, pág. 340), y recientemente López Vilas (loc. cit., págs. 610 y siguientes), quien razona así: «¿Cómo se puede decir que el beneficiario con la carga modal no tiene interés susceptible de protección jurídica en el cumplimiento de la misma? ¿Por qué excluir de la relación de interesados en el cumplimiento del modo a quien es probablemente el más cualificado de aquéllos? Pensemos, además, que al reconocer y otorgar aquella acción de cumplimiento al favorecido con el modo, tal como nosotros proponemos, queda configurada la mejor garantía y el mejor medio para asegurar el exacto cumplimiento de la voluntad del testador que ha dispuesto así aquella atribución.»

Cierto que algún autor de tanto jسته como Puig Brutau (Fundamentos de Derecho Civil, V-II, III, 5, pág. 334) cree «que precisamente la diferencia más clara entre el modo y el legado se hace consistir, como hemos dicho, en que el legatario tiene legitimación material, en virtud de la protección jurídica del interés (Derecho subjetivo), para demandar en nombre e interés propio el cumplimiento del legado, mientras el modo sólo provoca una legitimación formal de ciertos sujetos para pedir en interés ajeno que se cumpla la voluntad del testador».

Pero ese criterio creemos que es fruto de una equivocación provocada por las siguientes circunstancias: 1.ª El prurito conceptualista de aislar químicamente puros el modo y el legado. 2.ª El reflejo de los párrafos 1.940 y 2.194 del B. G. B., que tienen un concepto más restringido del modo, pero que no

tienen correspondencia en nuestro Código civil, ni corresponden a la tradición española. 3.^a La circunstancia de que normalmente no existe posibilidad fáctica de que ningún beneficiario concreto pueda exigir el cumplimiento del modo, establecido en beneficio del causante (construirle un sepulcro), o de su alma (misas anuales), o de personas sólo genéricamente determinadas.

Esta última circunstancia da lugar a que el cumplimiento del modo puede ser exigido, además, por personas legitimadas formalmente, como los herederos respecto al legatario, los coherederos, los sustitutos fideicomisarios, y, en caso de ser de interés público, por la autoridad competente. Así se había previsto ya en Derecho romano, en el texto de Papiniano, posiblemente interpolado, Dig., V-III, 50, § 1: *Quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis*. La posibilidad de intervención administrativa se generaliza en el Derecho justinianeo, incluso en el ámbito privado, y la pontificalis auctoritas, con el catolicismo oficial del Imperio, se confiere al obispo (cfr. Biondo Biondi, *Successione testamentaria Donazioni*, núm. 206, págs. 570 y sigs., ed. Milano, 1943).

Creemos que este criterio tradicional debe mantenerse, y que la legitimación del Ordinario del lugar o Diocesano puede apoyarse analógicamente en el artículo 747 del Código civil.

II.—MODO Y CARGA PERSONAL O REAL.

El artículo 788 del Código civil establece—como explica Bonet Ramón («Código civil», art. 789, Doctrina, pág. 616)—«el modo como disposición por causa de muerte agregada a la institución de heredero, por la cual el testador ordena una carga o gravamen, imponiendo un fin, objeto, destino o aplicación a parte de la herencia que entraña para el heredero una obligación de dar. Más para obviar los inconvenientes de la vinculación, dicta las oportunas reglas».

Dicho precepto previene que la carga se imponga sobre bienes inmuebles, y distingue, según sea temporal (supuesto en el cual determina que «el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen, mientras que su inscripción no se cancele»), o perpetua (hipótesis en la que exige su capitalización e imposición de capital e intereses en primera y suficiente hipoteca; si bien hoy debemos entender posible la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, innovada en la reforma hipotecaria de 1944, conforme al art. 157 L. H.).

El tercer considerando de la sentencia de 4 de junio de 1965 acepta su calificación como personal y rechaza que sea carga real el modo impuesto al heredero adjudicatario de la casa con obligación de conservar con decoro el oratorio y de aplicar una misa todos los días del año por el correspondiente estipendio y por la intención del testador, disponiendo que la casa sólo fuera transmisible con la expresada obligación, y «sujeta en todo tiempo a ser retraída por los instituidos herederos y sus sucesores...», «con la ineludible obligación de cumplir» lo mandado, y «en otro caso, sujetos a las consecuencias de la falta de puntual ejecución», disposiciones transcritas en el cuaderno particional y reflejadas en la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

Diremos, ante todo, que no nos conviene el método utilizado para resolver la cuestión. Se trata del método dogmático de inversión, mediante cuyo empleo se califica el modo impuesto de carga personal y no real, para resolver

que no afecta a la finca en cuya inscripción consta referida. Y al hacerlo, distingue la sentencia unas obligaciones propter rem de naturaleza real y otras de naturaleza personal, en las cuales la propiedad de la cosa determina el sujeto pasivo pero sin estar realmente afectada esa cosa.

Hace unos años expusimos nuestro criterio radicalmente contrario en nuestro trabajo «Determinación de las relaciones jurídicas relativas e inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero» (en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, vol. XIV, págs. 297 y sigs., y en «*Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*», págs. 99 y sigs.). A juicio nuestro, el deber de respeto a los derechos ajenos afecta a todos en cuanto su afectación a una cosa concreta y su publicidad adecuada no pueda excusar su desconocimiento; y, por tanto, el modo ordenado testamentariamente, siempre que se refiera a la cosa o sea inherente a su titularidad debe ser susceptible de trascendencia respecto de tercero, y para ello debe ser inscribible en Registro de la Propiedad.

El artículo 789, § 2.º, del Código civil habla de si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles, sin meterse en calificaciones dogmáticas, pues imponer una carga de dar o hacer sobre un bien no es sino imponerlo a su propietario, sea quien fuere, ahora y después.

La solución debe darla la voluntad del testador. Este—como en el supuesto que causó la sentencia de 14 de diciembre de 1944—puede establecer como meramente moral la obligación a partir de un momento dado, ordenando—como en ese supuesto—el legado de una dehesa, con la finalidad de que una parte de sus productos se aplicase a cierta obra devota en beneficio de su alma y la parte restante en provecho del legatario o sus herederos, disponiendo que la finca se instituiría en administración durante los treinta años siguientes al fallecimiento del causante, y que en los sucesivos en que podría disponer de la finca, se atendería con su importe, y con deber entonces de conciencia, a dicha obra devota. Así, el legado es modal durante los treinta años, atendiendo el gravamen impuesto por el testador en favor de su alma, aunque se transforme luego este modus en obligación de conciencia. Lo que, en cambio, no vemos tan claro es que de la obligación impuesta por el testador, como modus, a cumplir por el titular ob rem de una finca, quepa en su mente subdistinguir la en real o personal, para que pueda burlarse o prescribir en el segundo caso más fácilmente. O es modo impuesto propter rem o es deber moral; y, en el primer caso, el Derecho ha de ofrecer los medios más eficaces para que aquél se cumpla y no sea burlada la voluntad del testador. Otra cosa nos parece una inconsecuencia.

III.—CONDICIÓN Y MODO.

Como antes hemos anticipado, entre los clásicos castellanos se trató detenidamente de deslindar estas dos determinaciones accesorias de la voluntad del testador: condición y modo, que distinguían por los siguientes datos.

1.º Si el testador quiso que se cumpliera antes de implorar la atribución, se trata de una condición; si, por el contrario, quiso que se cumpliera después de haberla recibido, se trata de un modo (cfr. Juan del Castillo Sotomayor, *Quotidianarum controversiarum, iuris*, lib. IV. De coniecturis et interpretationem ultimarum voluntatem, cap. LV, núms. 39 y 40; Juan Yáñez Parladorio, *Quotidianarum Differentiarum*, dif. CXLVII, núm. 2).

2.º La condición suspende la disposición, de forma que acción y obligación se hallan pendientes mientras la condición no esté cumplida ni todavía incumplida; el modo no suspende la disposición, sino que debe cumplirse después de recibida (cfr. Castillo Sotomayor, cap. cit., núms. 43 y 44; Parladorio, *Diff. cit.*, núms. 6 y 7). La Ley 21, tit. IX, de la 6.ª Partida, decía que «antes que se cumpla la condición non la puede, nin deue demandar» [la manda], y que la hecha con «modo o manera», «deue ser luego entregada».

3.º Incumplida la condición queda ipso iure irrita la disposición y, por tanto, se entiende por no hecha, y, en cambio, incumplido el modo, no se entiende irrita ipso iure la disposición, sino que se da lugar a la acción para exigir su cumplimiento o para exigir su revocación, según los casos, como luego veremos (Castillo Sotomayor, cap. cit., núms. 41, 42; Parladorio, *Diff. cit.*, números 9 y 10).

4.º Fallecido el heredero o el legatario, pendiente la condición, su atribución, no era transmisible a sus herederos, pero pendiente el modo, la atribución se transmitía mortis causa, aun en el caso de que todavía no hubiese prestado caución (cfr. Gómez, cap. cit., núm. 71; Diego Covarruvias, In tit. de testamentis interpretatio, cap. III, núm. 11; Castillo Sotomayor, cap. cit., número 45; Parladorio, *Diff. cit.*, núms. 11 y 12, Juan Ayllón Laynez, *Addiciones a las «Variae...»*, de Antonio Gómez, cap. XII, núm. 69).

5.º Si por una razón casual la condición no podía cumplirse, la disposición no tenía lugar. Y, en cambio, si por una razón casual no era posible cumplir el modo, no por eso se invalidaba la atribución (Covarruvias, cap. y núm. cit., Molina, S. I., *Disp. cit.*, núm. 10, Castillo Sotomayor, cap. cit., núm. 50; Parladorio, *Diff. cit.*, número 50). Así, la Ley 21, tit. IX, 6.ª Partida, dice que vale la manda hecha con modo «cuando se trabajare quanto puidiere, aquél a quien era fecha la manda, para cumplir lo que manda el testador maguer non se cumpliesse».

Para distinguir, en cada caso, si la modalidad de que se trataba era condición o modo, debía atenderse a la intención del testador. Salvo que pudiera deducirse una intención en contrario, de las palabras del testador podía colegirse en principio si ordenaba una condición o un modo. Así, Bartolo (*lex y § Termilius cit.*, núms. 3 a 10) señaló que si indicaba condición; ut modo; ita, uti y dummodo, modo; postquam, condición; ad y pro, modo, e in, por regla general, condición. Pero se insistía en que, por encima de todo, debía atenderse a la intención del testador, tanto en cuanto a la calificación como a los efectos a producir (cfr. Gómez, cap. cit., núm. 70; Luis de Molina, S. I., *Disp. cit.*, número 6; Castillo Sotomayor, cap. cit., núms. 24 a 29 y 37; Ayllón, cap. cit., número 68).

A su vez, el modo se distinguía, según fuera impulsivo o final. El primer supuesto se daba si el modo se disponía en utilidad del propio legatario—verbigracia, te lego este dinero para que compres tal fundo—; supuesto en el cual el incumplimiento no podía dar lugar a la revocación de la disposición (cfr. Gómez, núm. 73, y Molina, S. I., núm. 12), ni era necesario prestar caución para entrar en posesión del legado (cfr. Gregorio López, gl. a la palabra recabda de la Ley 21, tit. IX, 6.ª P.; Molina, S. I., núm. 9).

En el modo final, o dispuesto en utilidad del causante o de un tercero, era necesario prestar previa caución para recibir el legado. La Ley 21, tit. IX de la 6.ª Partida, dice que «deue ser luego entregado dello aquel a quien es fecha, dando recabdo, que se trabajará de cumplir lo que el testador mandó».

Y en caso de ser incumplido, podrá pedirse su revocación por el heredero (cfr. Gregorio López, gl. a las palabras e gana el señorío de dicha Ley 21; Molina, S. I., cap. cit., núm. 12, *Parladorio*, Diff. cit., núm. 16); siendo necesaria la interpelación y la consiguiente sentencia y condena para que la revocación se produjera (Castillo Sotomayor, núms. 47, 48 y 49). Gregorio López (gl. últ. cit.) dice que para ello el heredero dispone de la reivindicatio utilis y no de la conditio ob causam.

El Proyecto de 1851, en sus artículos 714 y 715, recogió la doctrina tradicional sobre el modo; y estos dos artículos, con ligeras modificaciones de redacción, sucesivamente pasaron a ser los artículos 884 y 885 del Anteproyecto 1882-1888 y los 797 y 798 del Código civil. Las únicas salvedades son que el § 1.º del artículo 797 añade a la palabra «objeto» el inciso «de la institución o legado»; y que al artículo 798 se le ha añadido un § 2.º, que habla de la condición y no corresponde a la doctrina tradicional del modo. Esta consideraba extinguida la obligación de cumplirlo por cualquier imposibilidad no imputable al obligado, es decir, que fuera casual para él; y, en cambio, el segundo párrafo del artículo 798 C. c. se limita a referirse a culpa del interesado en el cumplimiento o en el incumplimiento, por lo que puede entenderse que se refiere, como literalmente hace, a la condición y no al modo.

Por lo demás, como hemos dicho con respecto a los artículos 714 y 715 del Proyecto de 1951, los artículos 797 y 798, párrafo primero C. c. recogen la doctrina tradicional del modo. Tenemos de ello el testimonio de Florencio García Goyena (Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, t. II, página 146), que al comentar el párrafo primero, glosa: «Esto es lo que en latín se llama modo... Si cui in hoc legatum sit, et ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori... sub modo legatum videtur, Ley 17, párrafo cuarto, título I, libro 35 del Digesto, copiada y amplificada en la 21, título IX, Partida 6.»

Notemos que al hacer el paralelo entre el artículo 714 del Proyecto y el 709 austriaco—«Si se ha dejado un legado con la carga de hacer alguna cosa, se mira esta condición como resolutoria»—comentó: «es decir, que no suspenderá la prestación del legado hasta cumplirse con la carga, pero lo resolverá o dejará sin efecto en el caso de no cumplirse la fianza de nuestro artículo, conforme con la legislación romana y patria, tiene la mayor seguridad para el heredero en el segundo caso». Ese paralelismo con la condición resolutoria, por tratarse propiamente de una acción de revocación, puede verse observado ya por Gregorio López (gl. a las palabras «se gana el señorío» de la Ley 21, título IX, Partida 6.ª), donde distingue un dominio revocable y otro irrevocable anterior y posterior, respectivamente, al cumplimiento del modo o a su imposibilidad no culpable del obligado, y en Castillo Sotomayor (lib. y capítulos citados), que dice (n. 31) «quod modus est quaedam in futurum resolutive, condicio», y que (n. 38) «quod condicio, quae non est suspensiva, sed resolutive, non reddat condicionalem principalem dispositionem; maxime, quando resolutio, confertur in tempus post ius quaesitum».

Con respecto al párrafo segundo del artículo 714 (actual 797, párrafo segundo), García Goyena dice así (página 148): «Lo dejado de esta manera. Es conforme a las Leyes 2, título 45, libro 6 del Código; 48, título 5, libro 40; 19, libro 32; 40, párrafo quinto, título 1, libro 35 del Digesto, y a la citada 21, título 9, Partida 6. Si había de afianzarse, o no, cuando el mismo legatario es el único interesado en el cumplimiento, puede verse en los comentaristas romanos.»

Y al iniciar el comentario del artículo 715 (equivalente al 798 C. c.), dice:

«Tomado de la Ley 16, título 2, libro 33 del Digesto...», para concluir glosando «Sin culpa o hecho propio: porque habiéndolo quedaría sin efecto el legado».

Con estos antecedentes podemos decir que la vigente regulación del modo, trasunto de la tradicional, es la siguiente:

1.º No suspende la disposición (art. 797, párrafo primero).

2.º Lo dejado de esta manera puede pedirse, desde luego (art. 797, párrafo segundo, inciso primero); pero existe un deber de afianzar el cumplimiento o la devolución en caso de incumplimiento (797, párrafo segundo, inciso final). La limitación aparente de la obligación de afianzar a los herederos del que reciba la atribución modal es debida a una rectificación de estilo para quitar un gerundio. En el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto 1882-1888 quedaba claro su carácter general, pues decía «puede pedirse, desde luego, y es transmisible a los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado...» (cfr. en este sentido Manresa, Comentarios al Código civil, VI, art. 797; Sánchez Román, capítulo citado, n. 34; Valverde Valverde, loc. cit., nota 1, pág. 172; Francisco Bonet Ramón, Compendio de Derecho civil, párrafo CXVIII, n. 55, pág. 298).

3.º Lo dejado «es transmisible a los herederos» «antes de cumplirse el modo» (art. 797, párrafo segundo, inciso segundo).

4.º Es exigible su cumplimiento. Puesto que se reconoce la obligación y no se excluye tal exigibilidad, debe continuar vigente la doctrina tradicional que antes hemos expuesto. Pueden exigirlo: 1.º Los albaceas (art. 903, n. 3.º) o las personas designadas al efecto por el causante y, en su defecto, los herederos o los coherederos (art. 911), facultados para exigir la constitución de la fianza. 2.º El diocesano y el Gobernador civil, en el supuesto paralelo al artículo 747, y el párroco, Alcalde y Juez municipal, en el paralelo al artículo 749, párrafo segundo, y las demás autoridades que análogamente tengan a su cuidado los demás intereses que el modo trata de satisfacer (artículo 179, Regl. Notarial, señala las obligaciones del Notario de informar a los Ministerios de Gobernación y de Educación y Dirección General del ramo y Junta de Beneficencia) (cfr. Ossorio Morales, pág. 231; Lacruz Berdejo Notas cit., párrafo 38, pág. 340); Puig Peña, pág. 439, nota 24, Puig Brutau, páginas 334 y s. 3.º El propio beneficiado por el modo si se halla individualizado (art. 1.275, párrafo segundo), sin requerirse la previa aceptación, como en el contrato a favor de tercero, dada la sustantividad y fuerza vinculante de las disposiciones testamentarias, una vez muerto el testador y la posibilidad de aceptación tácita. (Confróntese Scaevola, Sánchez Román, Valverde, Lacruz, locs. cit.; Puig Peña, pág. 439, nota 24. López Vilas, páginas 610 y sigts.)

5.º Los albaceas, los herederos y los colegatarios con derecho de acrecer, en caso de legado modal, y los coherederos o los sustitutos, si la institución es modal, pueden exigir en caso de incumplimiento del modo, y si no resulta ser otra la intención del testador, «la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses» (art. 797, párrafo segundo, inciso final) (cfr. Sánchez Román, n. 34 cit.; Lacruz, Notas cit., párrafo 38, II; Albaladejo, Condición, término y modo, en Rev. Der. Not., XVII-XVIII, págs. 92 y ss.; Puig Peña, pág. 442).

6.º En caso de imposibilidad, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario obligados, deberá cumplirse en términos análogos y conformes a la voluntad del testador (art. 798, párrafo segundo). De no haberlos, se tendrá por cumplido, puesto que se trata de una obligación a la que se debe aplicar su doctrina (art. 1.184) concorde con la tradicional del modo, y puesto que

no se trata de una condición (art. 797, párrafo primero). De tratarse de una verdadera condición, sólo si el incumplimiento se debiere a haberlo impedido quien tuviere interés en ello, se considerará cumplida (art. 798, párrafo segundo, concordante con el 1.119 C. c., relativo a las obligaciones condicionales).

Después de lo expuesto, podemos decir que la tesis formulada en esta REVISTA (n. 454, mayo junio 1966, págs. 679 y ss.) por Celestino A. Cano Tello, que pretende que el párrafo segundo del artículo 797 se refiere a la condición potestativa, y no al modo, no parece que tengan fundamento, dados sus antecedentes legislativos, y no es abonada gramaticalmente («Lo dejado de esta manera» se refiere a la regla principal de la oración anterior y no a su excepción final), ni sistemáticamente (el art. 800 establece la vieja excepción relativa a las condiciones potestativas negativas, que no es extensiva a las demás potestativas, las cuales en ese punto siguen la regla general del artículo 801).

IV.—MODO Y CAUSA.

La repetida Ley 21 del título IX de la Partida 6.^a lleva la rúbrica «De las condiciones, e razones, e maneras, que pueden ser puestas en las mandas», y termina diciendo que «En cada una destas tres maneras sobredichas, ha su manera cierta en latín, porque se pone. Ca la primera se faze con si, la segunda con quia, e la tercera, con ut».

En la parte que esta Ley dedica a explicar la causa, dice así: «Otrosí, los fazedores de los testamentos ponen razones en las mandas, quando las fazen. E a esta razón llaman en latín causa. E esto es, como quando dice el testador: Mando a fulano cient maravedís, por servicio que me fizo. E tal razón como esta cata siempre al tiempo passado. E la manda que assi fecha dezimos, que magüer la razón que es puesta en ella non sea verdadera, vale, e puede luego demandar tal manda aquel a quien es fecha, e deve ser entregado della.»

Gregorio López (gl. a la palabra causa de esta Ley) recuerda que Bartolo (tit. cit., Ley XVII, párrafo segundo, princ.) definió la causa como «quid prae-teritum, vel instans quo impellimur, ut aliquid disponamus»; y que Baldo (rub Cod. de instit. et substit.) dijo que «causa este adjectio, motivum finale vel impulsivum testatoris ostendens».

Como excepción a este criterio se señaló el supuesto en que el heredero probase que el testador no lo hubiese dejado si la causa no fuere cierta, como en el supuesto del texto—Dig. XXXV-I, 72, párrafo sexto—, que declara: «sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probatur alias legaturus non fuisse». Criterio que vemos recogido por Antonio Gómez (cap. cit., n. 76, límita); Gregorio López (gl. a las palabras que non le deuisse de la Ley, tit. IX, Partida 6.^a), Luis de Molina, S. I. (Disp. CC, n. 8).

Esta doctrina ha sido recogida en el artículo 767, párrafo primero C. c.: «La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.»

De lo expuesto se infiere, con respecto al caso contemplado en la sentencia de 18 diciembre 1965—la cual, en el Considerando tercero, letra A, hace una breve y clara exposición de la doctrina del modo—, que no se trataba de

un supuesto de modo—ya que éste consiste en una carga que debe cumplirse después de fallecido el testador—, ni de una razón o causa—por no ser preterita o coetánea a la disposición—, sino de una condición, puesta a la designación, pero previa al llamamiento, ya que se refería a un hecho posterior al testamento, pero que debía corresponder a un momento anterior al fallecimiento de la testadora. Pero esto nos lleva al último extremo de este comentario.

V.—CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES POTESTATIVAS SÓLO POSIBLE EN VIDA DEL CAUSANTE.

La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Palma, objeto del recurso, había razonado que la disposición que reducía a la mitad el legado de la casa de Angers (Francia), en caso de que la legataria no sirviera a la testadora en todas sus necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad y conviviera con ella sirviéndola personalmente, era una condición potestativa, y que, como tal, debía ser cumplida por la legataria, conforme al artículo 795, una vez enterada de ella, después de la muerte de la testadora, lo cual era imposible, por cuya razón, conforme al artículo 792, debía entenderse por no puesta.

El recurrente, en cambio, en el tercer motivo del recurso, afirmó que se trataba de una condición mixta, a la que debía aplicarse el artículo 796, por lo cual podía haberse cumplido antes de fallecer la testadora, y habiéndose incumplido, debía tenerse, en consecuencia, el legado por reducido a la mitad.

La primera tesis nos parece insostenible, porque el párrafo primero del artículo 795 debe interpretarse a través de la ratio del párrafo segundo del mismo artículo. Según éste, «Exceptuáse el caso de que la condición no cumplida no puede reiterarse», y esa norma debe aplicarse también si la condición incumplida no puede reiterarse, pero con el efecto contrario de reputarla no imposible, sino incumplida, por lo cual no llegará a haber llamamiento (es decir, no habrá llamamiento puro ni llamamiento condicional, pues el evento quedó antes de la delación incumplido sino simplemente no habrá llegado a haber llamamiento alguno al causarse la sucesión). Criterio que concuerda con el de la repetida Ley 21, tit. IX, Partida 6.ª, que refiriéndose a la disposición: «Mando a fulano tal cosa, si me fiziere tal cosa; o si me fiziere tal servicio, o si me lo ha fecho», dice: «E tal condición como ésta puede ser puesta en las mandas también en el tiempo pasado, como en el por venir.»

La segunda tesis—la del recurrente—tampoco nos convence porque no parece corresponder a la intención de la testadora.

Precisamente en la intención de la testadora el Tribunal Supremo centra certeramente su razonamiento.

Notemos que la testadora no lega si..., sino que disminuye el legado si no... Es decir, que no trata de premiar una buena conducta, si no de sancionar una mala conducta. Ciertamente mira la condición como potestativa, para el caso de plantearse la situación prevista; pero lo que ocurre—según la interpretación de la voluntad de la testadora, que el Tribunal Supremo acepta—es que no se ha dado la circunstancia causal que hubiese hecho surgir la condición potestativa de cuyo incumplimiento hubiese resultado la reducción del legado. El posible incumplimiento de la legataria sólo se plantearía—según esta interpretación, que nos parece justa—si la testadora hubiera vuelto a

vivir a Francia; y al no darse este presupuesto, la condición potestativa—de la que pendería la reducción del legado—no llegó a entrar en juego.

C) SUSTITUCIONES.

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1965—Sustitución fideicomisaria condicional. Disposición de los bienes por el heredero antes de cumplirse la condición que lo liberaría de la sustitución y hecha bajo la condición resolutoria de llegar a tal edad. En caso de exigirse el llegar a cierta edad, ¿corresponde probar a una parte que había ocurrido el fallecimiento, o a la otra que se hallaba vivo el condicionalmente sustituido en la fecha correspondiente? La prohibición de disponer antes de llegar a cierta edad, ¿agrava la limitación del poder dispositivo que de por sí la sustitución fideicomisaria implica?

HECHOS

En testamento autorizado en Barcelona el año 1925 el testador legó a su esposa el usufructo de sus bienes, instituyó heredero a su hijo, precisando que este «podrá disponer libremente de la herencia al llegar a la edad de cuarenta y cinco años; y si falleciere antes de llegar a dicha edad... le sustituirán los hijos que deje, por partes iguales».

El heredero, en diciembre de 1932, a la edad de treinta y tres años, vendió en escritura pública una casa y, en octubre de 1930, contando treinta y nueve años de edad, vendió una rústica y una urbana. Se inscribió en el Registro civil el fallecimiento de dicho heredero como ocurrido en acción de guerra el 15 de febrero de 1939, y los hijos de éste demandaron la nulidad de las ventas y la devolución de las fincas vendidas por haber tenido lugar a su favor la sustitución fideicomisaria prevista. Los demandados, después de varias incidencias, demandaron, a su vez, la nulidad de dicha inscripción de fallecimiento, afirmando que el supuesto difunto después de dicha fecha había pasado a Francia y que en ella estuvo en un campo de concentración, en Toulouse, y luego en Brest; que de allí fue a Inglaterra, y en 1946 anunció que se dirigía a Rusia, donde se perdió su rastro.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona desestimó la primera demanda y estimó la segunda, declarando la nulidad de la inscripción de defunción del heredero sustituido y su cancelación, y que no habiéndose acreditado su fallecimiento antes de cumplir la edad de cuarenta y cinco años no se había operado la sustitución fideicomisaria condicional, y eran válidas las ventas por él efectuadas, que quedaban libres de la condición al no haberse producido la sustitución condicional de la que pendían.

La Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia de Barcelona confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado. Y el recurso de casación, en el que se alegó infracción de los artículos 675 y 1.224 y error en la apreciación de la prueba, fue rechazado por el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.

«Que del estudio del testamento otorgado por don J. B. S el 20 de marzo de 1925 se desprende, sin dejar lugar a la menor duda, que instituyó heredero,

entre otros, de los bienes objeto del litigio a su hijo don J. B. A., padre de los recurrentes, estableciendo que "podrá disponer libremente de la herencia al llegar a la edad de cuarenta y cinco años, y si fallece antes de alcanzar dicha edad, así como si premuere al testador, le sustituirán los hijos que deje por partes iguales..."; y estando plenamente probado que han transcurrido más de cuarenta y cinco años desde el nacimiento del citado heredero, es indudable que los recurrentes, para reclamar la herencia de su abuelo o lo que es lo mismo para impugnar las transmisiones realizadas por su padre, heredero instituido y del que son sustitutos en la herencia, venían obligados a acreditar plenamente, como hechos constitutivos de su derecho que eran hijos del don J. y que éste había fallecido antes de cumplir la edad de cuarenta y cinco años, como lo intentaron mediante la inscripción de defunción en 15 de febrero de 1939, como consecuencia de la guerra de Liberación, conforme a las normas del Decreto de 8 de noviembre de 1936, y que se practicó en 13 de abril de 1945.»

«Que, declarada por la sentencia recurrida la nulidad de la inscripción de defunción referida, por estimar probado que el don J. vivía con posterioridad al año 1939, e incluso el 1944, y habida cuenta que en ninguno de los dos recursos se impugna en forma dicha declaración, es visto que persiste la presunción de que el heredero vive y los recurrentes carecen de legitimación para reclamar la herencia e impugnar las transmisiones de referencia.»

«Que los motivos tercero y quinto del primer recurso formulado por don J. B. y cuarto del segundo de doña F. B. combaten la sentencia por imputarle error de hecho en la apreciación de la prueba por el cauce del número 7 del artículo 1.692 L. E. C, por entender que sobreesida la causa criminal incoada por falsedad de la inscripción de defunción en 15 de febrero de 1939, no puede colegirse la vida del don J. por la simple manifestación del Agente judicial y las declaraciones de unos testigos de referencia; motivos que no pueden prosperar al no sustentarse en documentos o actos auténticos a efectos de casación; pero aun cuando así no fuera, siempre resultaría que, como queda expuesto, declarada la nulidad de dicha inscripción, era necesario acreditar la defunción del don J. antes de cumplir sus cuarenta y cinco años de edad, que no se ha probado, ni intentado probar siquiera.»

(Los Considerando cuarto y quinto tienen carácter puramente procesal.)

«Que, por último, los primeros motivos de ambos recursos se sustentan en el número 1.º del tan repetido artículo 1.692, denunciando la violación por la sentencia de instancia del artículo 675 C. c. y la inaplicación de la doctrina contenida en las sentencias que cita, por entender los recurrentes que como el testamento prohíbe al heredero vender los bienes antes de cumplir los cuarenta y cinco años de edad en 7 de septiembre de 1944, y realizó las transmisiones de las fincas reclamadas en el pleito los años 1932 y 1938, tales adjudicaciones son nulas, conforme a la interpretación literal de la cláusula testamentaria; y como quiera que del estudio de lo actuado se desprende que tales transmisiones fueron sometidas a la condición resolutoria de que el vendedor llegara a la edad de cuarenta y cinco años; es evidente que al no haberse probado su premorancia el plazo de la condición, ésta no se ha producido y se han consolidado y perfeccionado las enajenaciones y perecen los recursos en su totalidad.»

COMENTARIO

Queremos ceñir nuestro comentario a la última pregunta que hemos formulado en el epígrafe de esta sentencia: si la prohibición de disponer antes de llegar a cierta edad agrava o no la limitación del poder dispositivo, que de por sí sola la disposición fideicomisaria implica.

Es decir, de lo que se trata es de resolver si la limitación de la facultad dispositiva que implica toda sustitución fideicomisaria—y que, en caso de ser condicional, se concreta a que las disposiciones que se efectúen resulten, a su vez, condicionadas al mismo evento que la sustitución—queda reforzada, caso de imponerse expresamente la prohibición, en tal forma que la venta resulte totalmente ineficaz, incluso si es hecha en forma condicional, y que no sea sanable aunque la condición de la que pende el fideicomiso no llegue a cumplirse.

El problema es posible que no tenga igual solución en el régimen del Código civil que en el del Derecho civil especial de Cataluña. La doctrina de las prohibiciones de disponer impuesta en acto de última voluntad en el régimen del Código civil parece diferir del romano común, que siguieron las Partidas y conserva la Compilación catalana (cfr. Angel Martínez Sarrión, Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer, en Rev. Der. Priv., XLIII, febrero 1964, págs. 89 y ss.).

Del texto de Marciano, Dig., XXX-único, 114, párrafo 14, fundamentalmente, se dedujo que para la eficacia de las prohibiciones de disponer era requisito que se expresara la causa (causam exprimunt) o bien que se estableciera en beneficio de otra persona (nisi invenetur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, sean liberis aut posteris aut libertis aut heredibus, aut aliis quibusdam personis), y en este segundo supuesto parece que la prohibición equivalía a una sustitución fideicomisaria (Dig., XXXI-único, 69, párrafo tercero y 77, párrafo 27, XXXIII-I, 18, pr.).

Este criterio fue seguido por la Ley 44, título V de la Partida 5.ª, que en su tercer apartado dice: «Mas si él dixesse simplemente que la no vendiessen, non mostrando razón guisada por qué; o non señalando persona alguna, o cosa cierta, por qué lo fazía; si la vendiesse, valdría la vendida, magüer él lo hubiese defendido.»

El Tribunal Supremo para Cataluña, en sentencias de 6 febrero 1884 y 12 enero 1907, consideró ineficaces sendas prohibiciones de enajenar, precisando la primera que su ineficacia resultaba de que tal prohibición «no se estableció como condición, ni como fideicomiso, ni con expresión de causan.

Y los dos primeros párrafos del artículo 117 de la Compilación catalana declaran que:

«La prohibición o limitación de disponer sólo será eficaz si es temporal y responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien aunque sea al afectado por la prohibición; en caso contrario, constituirá una mera recomendación.»

«Si la prohibición o limitación de disponer se hubieren impuesto para que los bienes hagan tránsito a otra persona se considerará establecida sustitución fideicomisaria.»

En cambio, el artículo 785 del Código civil limita menos la eficacia de las prohibiciones de disponer, pues circunscribe el preliminar «No surtirán efectos, a «2º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781».

Visto esto, parece que si en Derecho catalán la prohibición no expresa otra causa y responde a que los bienes hagan tránsito a tercera persona, se considerará que establece una sustitución fideicomisaria, y así resultará que la prohibición nada habrá añadido al fideicomiso y, si éste es condicional, también condicionalmente será posible la enajenación en el periodo de pendencia.

Por el contrario, en el régimen del Código civil cabe sostener con alguna mayor probabilidad de acierto que la prohibición de enajenar, añadida a una sustitución fideicomisaria condicional, impide la eficacia de la enajenación, aun hecha condicionalmente en el periodo de pendencia y aunque el evento de la sustitución no llegue a darse

D) RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS POR LOS ACTOS DE SU CAUSANTE.

1. SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—¿Pueden impugnar los reconocimientos simulados o falsos efectuados por el de cuius que encubran una donación entre cónyuges? [Ver *supra* I, C, b, 3, especialmente los dos últimos Considerandos y el comentario en su epígrafe final.]
2. SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1965.—Los herederos voluntarios ¿pueden impugnar las ventas que encubran donaciones remuneratorias hechas por el causante?

HECHOS

Los herederos voluntarios del causante demandaron la nulidad de una venta efectuada por éste por entender que había sido simulada, y así fue estimado por el Juez de Primera Instancia de Cambados. Pero, interpuesto recurso de apelación contra esta sentencia, la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocando en parte y confirmando en parte la apelada, dictó sentencia que estimó en parte la demanda inicial, en la que declaro que la venta era real y válida, aunque *pretio vihere facta*. Interpuesto recurso de casación por los demandantes, fue rechazado por el Tribunal Supremo en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, y de la cual solo interesa a nuestro tema el apartado 3.º del segundo Considerando.

«Que, en último término, aun dando por sentado, a efectos polémicos, que la escritura litigiosa encubriera una donación remuneratoria disimulada, no se llegaría a conclusión distinta de la acabada de exponer, porque, no siendo el parentesco de los demandantes con el vendedor de los comprendidos en el artículo 807, y estando la obligación discutida morfológicamente representada con arreglo a lo dispuesto en el 633, ni esa escritura pugna con precepto legal de ninguna clase, ni sirve de soporte para la obtención de una nulidad amparable en el artículo 4.º C.c., según se desprende del 1.266 (Ss. de 25 mayo 1944 y 22 marzo 1961), por cuyas razones el Tribunal de Instancia no violó los preceptos que se invocan en este motivo, y el mismo debe perecer.»

COMENTARIO

Un sector de la doctrina estima que el contrato de compraventa simulado que disimula una donación, aun cuando se halla formalizado en escritura pública, no reúne el requisito de forma exigido por la validez de la donación, porque no refleja el animus donandi y tal aceptación de la liberalidad como tal, y, por ello, es totalmente nula la donación y no vale el contrato como compraventa ni como donación. Otro sector estima que la donación disimulada es válida, pero reducible si fuese inoficiosa.

La nulidad, por la razón expresada, de las donaciones disimuladas en una escritura de compraventa, fue declarada por el Tribunal Supremo en sentencias de 3 marzo 1932, 22 febrero 1940, 12 julio 1941, 23 junio 1953, 29 octubre 1956, 5 octubre 1957, 9 diciembre 1959, 1 diciembre 1964. De ellas, la sentencia de 23 junio 1953 fue elogiosamente comentada por el Profesor Federico de Castro en un notable estudio en An. Der. Civ., XII-IV (octubre-diciembre 1953, págs. 1.003 y ss.).

La contraria solución, es decir, la que estimó válida como donación la disimulada en una compraventa otorgada en escritura pública, en tanto no fuera inoficiosa, ha sido también aplicada por el mismo Tribunal Supremo en sentencias de 2 enero 1945 y 2 junio 1956. Hoy el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 3 abril 1962, de la que fue Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, reiterada en sentencias de 22 abril 1963, 21 marzo 1964, viene negando a los herederos voluntarios la legitimación para impugnar los actos del causante por simulación relativa y, por lo tanto, rechaza que puedan impugnar las ventas simuladas que encubran una donación. Parece que debemos colocar también en esta línea la que ahora comentamos, de 16 octubre 1965, aunque su supuesto se ciña a una donación remuneratoria.

E) COHEREDEROS.

Sus facultades.

1. SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.—*Cualquier coheredero puede exigir al cónyuge viudo que tome inventario aun antes de liquidarse la sociedad de gananciales y aun habiendo contador partidor.*

HECHOS

Una de las hijas de la causante, coheredera suya con sus otros siete hermanos, demandó a su padre, viudo de la testadora, al que ésta le había legado el usufructo vitalicio con relevación de la fianza, pero sin expresar nada acerca de si también le relevaba de hacer el inventario. El usufructuario se opuso a practicarlo: a) porque no había mediado liquidación de la sociedad de gananciales; b) porque no se había liquidado la herencia; c) porque no se había interpelado a los coherederos y acreedores, y d) tampoco al comisario contador partidor testamentario.

El Juez de Primera Instancia de Pontevedra estimó la demanda condenando al demandado a formar inventario de los bienes integrantes del caudal relicto, con citación de la actora y de los demás interesados en la he-

rencia. La Audiencia de La Coruña confirmó la del Juzgado y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, rechazó el recurso de casación interpuesto por el demandado.

Considerando: «Que antes de entrar en el concreto examen de los motivos del recurso, es oportuno observar: 1.º que en el «suplico» de la demanda se solicita que se condene al demandado a formar, con citación de la actora, inventario de los bienes que integran el caudal relicto de la fallecida madre de la misma y cónyuge que fue del demandado, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles, todo lo que habría de practicarse en ejecución del fallo que se dictara. 2.º Que la sentencia recurrida, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, estima la demanda y condena al demandado a la práctica del inventario solicitado y que habrá de realizarse en ejecución de aquélla, puntualizando además los siguientes extremos: a) que ello se verificará «con citación de la actora y demás interesados en la herencia», y b) que habrá de ser «a costa del demandado». 3.º Que, en consecuencia, el fallo se limita a condenar al demandado al cumplimiento de una obligación legalmente establecida en el artículo 491, número 1, C.c., y que pesa, con carácter general, sobre todo usufructuario, sin distinción de cual sea el título de constitución del usufructo, comprendiendo, por tanto, y al menos en principio, a cuantos medios se refiere el artículo 468 del referido Código».

Que el primer motivo del recurso, por la vía del número 2.º del artículo 1.692 L.E.C., denuncia la infracción, por violación, de lo dispuesto en el artículo 359 de la misma, estimando que el fallo incurre en incongruencia: Primero: Al extender el pronunciamiento sobre la citación, para la práctica del inventario, a los demás interesados en la herencia, sin limitarlo a la actora, como ésta pedía en su demanda; y Segundo: Al ordenar que tal inventario se verifique a costa del demandado, sobre cuyo extremo nada se había postulado, en la demanda origen del juicio; y para graduar la fuerza de estas alegaciones es preciso tener en cuenta: A) que, como reiteradamente tiene establecido esta Sala, la «incongruencia» supone la contradicción entre lo pedido y lo resuelto, atendida la sustancia de la petición y lo sobre ella acordado en el fallo, no dándose por la mera adición de alguna modalidad que, lejos de contrariar la esencia de la petición implique realmente algo circunstancial que tienda a la más fácil efectividad de la misma y aun cuando en esta materia sea recomendable la más cautelosa prudencia, para no faltar al principio de rogación que informa la materia procesal civil, no hay duda de que si la modalidad o circunstancia previstas de oficio son una exigencia legal no habrá incongruencia sino respeto a una previsión establecida con carácter forzoso o insita, por tanto, en la propia índole del pedimento que se acoge: y así ocurre con la práctica del inventario que «esta obligado» a hacer el usufructuario, conforme al artículo 491 C.c., precisamente «con citación del propietario o de su legítimo representante», lo que impone, cuando la propiedad se integra en una herencia indivisa, que sean citados para su práctica todos los coherederos, aun cuando uno solo haya sido el que instó en el juicio el cumplimiento de aquella obligación. B) Que respecto a los gastos del inventario—que no cabe confundir con las costas de la ejecución—es cierto que ni la sentencia recurrida ni la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyos Considerandos se aceptan por aquélla, se contiene la menor fundamentación sobre

tal extremo, no peticionado en la demanda, pero no lo es menos que de existir, por ello, vicio de incongruencia, éste específicamente consistía en haber otorgado el fallo más de lo pedido y su denuncia no sería procedente por el cauce elegido, sino por el del número 3.º del artículo 1.692 L.E.C., todo lo que impone, en suma, la desestimación del motivo.»

Que respecto a los otros dos, que completan el recurso, basta para su debido estudio con tener presente: A) Que al limitarse la parte actora a la exigencia del cumplimiento de una obligación legal, que compete única y exclusivamente al usufructuario, ni aquella necesita que su petición sea apoyada por ninguno de los restantes coherederos, ni afecta a éstos en lo mas mínimo, pese a que se ordena para en su día la citación, pues quedan en plena libertad de asistir o no a la práctica del inventario que se manda formar, según convenga a su derecho, e incluso para ejercitar en su caso y sazón el que pudiera corresponderles, conforme al apartado 3.º del artículo 820 C.c.; no hay base alguna para apreciar un litis consorcio pasivo necesario, ni posible violación de los preceptos legales que en el motivo se suponen infringidos, por lo que carece de viabilidad el motivo segundo del recurso. B) Que en cuanto al tercero, en que se citan como infringidos, por violación, los artículos 491, 1.057 y 1.426 C.c., resulta meridianamente claro que el pronunciamiento emitido por la Sala sentenciadora, que se limita, como ya queda dicho, a proclamar la licitud de la exigencia de la práctica del inventario de los bienes usufructuados por el demandado, ni desconoce sino que, por el contrario, aplica el precepto del párrafo 1.º del artículo 491, ni se interfiere para nada en los derechos y obligaciones que puedan corresponder al contador partidor, nombrado por la testadora, ni supone obstáculo alguno para que en su día tenga debido cumplimiento lo dispuesto en el artículo 1.426; así, pues, ni aislados ni en su posible y armónico conjunto los preceptos que el motivo cita demuestran que el pronunciamiento contra el que se recurre infrinja ninguna disposición legal, siendo cuestión enteramente aparte la de las dificultades que pueda ofrecer en la práctica la formación del inventario que se ordena por la demora en verificar otras operaciones (liquidación de ganancias, partición, etc.) que, al menos en parte, han de ser base de la concreción de los bienes que en definitiva han de integrar el usufructo, pues tal obstáculo, más bien formal que material, no destruye ni puede atacar la procedencia del pronunciamiento que se recurre y cuyas dificultades para su efectividad podrán ser removidas en período de ejecución de sentencia, máxime cuando son hechos que se dan como probados en la instancia y que no han sido combatidos en casación, que el propio demandado, no niega hallarse en la posesión de los bienes hereditarios, ni se opone en realidad a la formación del inventario que se pretende, sino que apoya su oposición en aquellas dificultades que, en ningún caso cabe estimarlas como causa de previa exención de un deber, legalmente establecido a cargo del mismo y que ya le incumbía antes de entrar en posesión de los bienes que usufructúe.»

2. SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Ejercicio de la acción reivindicatoria por un coheredero en beneficio de la comunidad. Diferencia de la comunidad hereditaria respecto del condominio ordinario.*

El Juez de Primera Instancia de Torrelavega dictó sentencia que estimó esencialmente en todas sus partes la demanda entablada por don F. y

don M. F.G.V., actuando ambos en su propio nombre y además en interés de la comunidad de herederos de doña J.V.G., de don C.G.S. y G.P., y de don J.G.T. contra don D.V.S. y don J. y don F.F.V. y personas ignoradas, en la que declaró que los bienes descritos en el hecho quinto de la demanda pertenecen en pleno dominio a los herederos de doña J.V.G., don C.G.S. y G.P. y don J.G.T., y en consecuencia nulas unas compraventas de dichos bienes y diligencias de embargo, subasta y remate de los mismos.

La Audiencia Territorial de Burgos confirmó esta sentencia: e interpuesto recurso de casación, invocándose, entre otras pretendidas infracciones, inaplicación del artículo 1.068 C.c., en el tercer motivo, fue rechazado dicho recurso en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Victoriano Escribano Ruipérez, y de la cual sólo interesa a nuestro tema el siguiente cuarto Considerando:

«Que, conforme al artículo 1.068 C.c., en la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, teniendo declarado esta Sala con reiteración que ni los testamentos ni las declaraciones de herederos abintestato son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados, pero como quiera que en el caso controvertido en la litis no se ha ejercitado por los demandantes acción reivindicatoria de los bienes reclamados, atribuyéndose un condominio sobre los mismos sin justificar la adquisición por medio del adecuado acto particional, sino la que compete a cualquier coheredero para reclamar los bienes pertenecientes a su causante y en beneficio de la comunidad hereditaria—S. 18 diciembre 1933—, cuya naturaleza jurídica es diferente de la del condominio o copropiedad ordinarios, tal precepto, que en el motivo tercero del recurso se supone violado por inaplicación, no tiene conexión directa con el problema litigioso y por ello la Sala procedió correctamente al no aplicarlo, debiendo en su consecuencia desestimarse el referido motivo tercero.»

3. SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1965.—*Ejercicio por un coheredero de una acción de nulidad de una partición de otra herencia anterior en la que el causante suyo estaba interesado, y de unas ventas de bienes en ella adjudicados. No puede ejercitarlas exclusivamente en nombre y beneficio propio en el período de indivisión, sino para la comunidad hereditaria.*

El conyuge, viudo de una hija y heredera del causante y padre y heredero abintestato de un hijo suyo y de su finada esposa, nieto por tanto del causante, demandó la nulidad de la partición de la herencia de éste practicada después de muerta su hija, la finada esposa del actor, y sin intervención de éste, y también la nulidad de las ventas de bienes adjudicados a otros herederos en dicha partición impugnada.

El Juez de Primera Instancia de Rivadavia, estimando en parte la demanda, declaró nula de pleno derecho la partición impugnada, así como los contratos de compraventa en ella indicados, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia de La Coruña estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. En el recurso de casación se invocó la infracción, entre otros, de los artículos 834, 935, 936, 2.º, 990, 1.078 y 1.080 C.c., y fue rechazado por el Tribunal Supremo, que siendo Ponente el Magistrado don Diego de la Cruz Díez, en sus considerandos segundo, tercero y séptimo, respectivamente, dice:

«Que, formulada la demanda inicial del proceso por el actor y recurrente como conyuge viudo, y como tal investido de los derechos sucesorios que el Código civil le concede en la herencia de su esposa, que permanece en estado de indivisión, en ella se solicita, con el genuino carácter que invoca y exclusivamente para sí, en su beneficio, como derecho privativo y autónomo, entre otras peticiones, el que se declare la nulidad de las operaciones particionales de la herencia del padre de su esposa, realizadas en 1936, fallecida ya ésta y sin su personal intervención, pero hechas por la totalidad de los herederos, entre ellos sus hijos como legitimarios de su fallecida madre, pidiéndose a su vez la adición de determinados bienes, a la que seguidamente debería realizarse, pretensiones que interesadas con el carácter destacado se modifican en la réplica, añadiendo que se tenga por aclarada la demanda en el sentido de accionar en nombre y beneficio propio y de todos los que tengan interés en la herencia de su cónyuge, cuya alteración—denominada «aclaración» por el recurrente—en modo alguno puede entenderse amparada por el artículo 1.548 L.E.C., sino por el contrario, por él prohibida, por cuanto con ella se varía el sujeto activo de la relación jurídica procesal; en definitiva, no sólo el esencial carácter del actor, sino también la causa en que se funda su petición y de quien haya de ser beneficiario del éxito de lo interesado.»

«Que en virtud de lo razonado, al no poder ser admitida otra posición procesal ni tenida en cuenta pretensión distinta de las que con claridad y precisión constan en la demanda, la indivisión de la herencia en que el actor se funda, si bien ha de reputársele legitimado en el proceso, no permite, sin embargo, acceder a lo por él solicitado, porque conforme a reiterada doctrina de esta Sala—Ss. 20 noviembre 1922 25 mayo 1943—, no obstante lo dispuesto en los artículos 657 y 658 C.c., no es posible prescindir de que en el período de indivisión los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, sin que pueda durante tal estado de indivisión reclamarse para sí sino para la comunidad hereditaria. Y como quiera que la petición del actor, única atendible, hace relación a lo primero, reclamando en su particular y privativo beneficio, obvio es que carece del derecho que postula, al no haber tenido lugar la partición que detraería de su acervo y le adjudicatoria privativamente los derechos que hoy extemporáneamente pretende.»

«Que, finalmente, el duodécimo ha de correr igual suerte, por cuanto no han podido ser violados los artículos 935, párrafo 2.º, y 936, C.c., por no acceder a que se entreguen al actor inconcretos bienes que afirma pertenecen a su hijo fallecido, del que es heredero universal, porque lejos de desconocerse por la Sala sentenciadora lo preceptuado en los artículos citados de la petición absuelve porque categóricamente niega que al fallecer dicho causante tuviese bienes de ninguna especie, ya que de los que poseía había válidamente dispuesto por contratos de compraventa, cuya nulidad sería necesario haber admitido para que la acción interpuesta pudiese prosperar.»

F) LEGÍTIMAS.

Legítima del cónyuge viudo.

1. SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1965.—*Puede demandar como heredera forzosa la nulidad de las enajenaciones que le perjudiquen.*

La actora, actuando por sí, como viuda del causante y como madre y legal representante de su hijo natural, adoptado por el mismo causante con el compromiso de nombrarle heredero, demandó la nulidad por simulación de unas ventas efectuadas por dos apoderados de su difunto esposo en los últimos tiempos de su vida. Se discutieron en el pleito diversas cuestiones relativas al hecho de haber adquirido el causante la nacionalidad norteamericana, a que su matrimonio con la demandante fue civil y que se habían divorciado. El Juez de Primera Instancia de Pontevedra estimó la demanda y anuló y declaró sin valor ni efecto alguno las ventas. La Audiencia de La Coruña confirmó la del Juzgado y el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Diego de la Cruz Díaz, rechazó el recurso de casación y entre otros extremos ajenos a nuestro tema afirmó: que el cónyuge viudo se hallaba incuestionablemente legitimada, como heredera forzosa a través del Código civil, para el ejercicio de aquellas acciones (tercer Considerando) y que su perjuicio por las enajenaciones en cuestión «es evidente y se causa necesariamente a todo heredero forzoso, como lo es la viuda, cuyo haber ha de fijarse en funciones de la cuantía de la totalidad de la herencia, en el caso sería notoriamente disminuida si las enajenaciones no se anularan» (quinto Considerando).

2. SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1965.—*El cónyuge viudo, si actúa solo en su propio beneficio, no puede demandar antes de la partición de la herencia.*

[Ver *supra* II, E, 3.]

G) SUCESIÓN CONTRACTUAL.

SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1965.—a) *El heredamiento, ¿es o no revocable por mutuo acuerdo de los otorgantes?* b) *¿Es o no aplicable el principio «semel heres semper heres» a los heredamientos?*

[Ver *supra*, I, A.]

COMENTARIO

Es sabido que el principio nemo pro parte testato pro parte intestato decedere potest tuvo en Derecho romano como trasunto transtemporal el principio semel heres semper heres. El heredero que acepta la herencia ya no la puede repudiar. Así lo declaró el Codex VI-XXXI, 4.

Pero, ¿puede considerarse propiamente contraria a ese principio la renuncia a un heredamiento, con revocación o modificación de mutuo acuerdo de capitulos matrimoniales?

Recordemos que, con respecto al Derecho especial de Barcelona contenido en el cap. III del *Recognoverunt Proceres* y al Privilegio dado en 1339 por Pedro el Ceremonioso, Joan Martí-Miralles («Principios del Derecho Sucesorio. Tercera Lectura», cfr. ed. del Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1964, págs. 100 y ss.) estimó que no había excepción al principio en el hecho de que se permitiera al “heres scriptus” que “hereditatem” “adita repudiatur” o “quod heres potest aditam hereditatem repudiare”, ya que su efecto se debía entender circunscrito a la retractación de la aceptación “ex erronea causa factam”, o a lo que verdaderamente no es sino cesión en favor de otra persona.

Paralelamente no parece tampoco que pueda catalogarse como excepción al principio en cuestión el supuesto que contempla el recurso y la sentencia a que nos referimos. Aparte que en ese caso concreto el heredamiento se había hecho con tales reservas que respecto la sucesión del padre podría afirmarse que se hallaba más propiamente en pendencia que realmente deferido.

H) COLACIÓN.

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1965.—Significado de la expresión “u otro titulo lucrativo” del artículo 1.035 C.c. Distinción entre la colación y otras instituciones tendentes a reconstruir el caudal partible, atrayendo a la masa hereditaria el importe de los créditos pendientes a favor de la misma.

HECHOS

Un hermano demandó a otro hermano, afirmando que éste a partir del ataque de hemiplejía que sufrió su padre, tres años antes de la muerte de éste, se había hecho cargo de la administración de sus bienes, traspasado su negocio y retirado de establecimientos bancarios distintas cantidades y efectos que vendió, pidió que se le condenara a que las cantidades en su virtud percibidas por él las colacionara a la herencia del padre, que había dejado constancia de su última voluntad en testamento abierto, en el cual instituyó a su esposa heredera en usufructo vitalicio de su cuota legal y del tercio de libre disposición, mejorado a la hija y en el remanente instituyó herederos por terceras partes iguales a sus tres hijos, es decir a la hija mejorada y a los hijos demandante y demandado.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Gijón estimó parcialmente la demanda y declaró que el demandado debía colacionar a la herencia paterna diversas cantidades, que cifró el propio fallo.

La Audiencia Territorial de Oviedo revocó la del Juzgado y desestimando totalmente la demanda absolvió al demandado.

Fue interpuesto el recurso de casación, invocándose: 1.º violación del artículo 1.035 y no aplicación del 1.277 C.c.; y 2.º subsidiariamente interpretación errónea del artículo 1.035 C.c., aduciendo que este artículo no limita la obligación de colacionar por lo recibido a título de donación, sino que la

extiende a todas aquellas cosas recibidas del causante en vida de éste por cualquier título lucrativo. Y el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, rechazó el recurso, Considerando:

«Que la colación es una institución de Derecho sucesorio, en lo que si bien su contenido específico es contingente, quedando encomendado a la previsión legislativa y su lugar en la sistemática jurídica, es materia opinable, pues puede estimarse como operación distante y previa a la partición o como parte integrante de la misma, los caracteres que la perfilan son, en su esencia, inconfundibles al precisarse para su existencia y exigencia que se den los requisitos legales siguientes que se recogen en el artículo 1.335 C.c.: 1.º Concurrencia de herederos forzosos en una misma sucesión; 2.º Que uno o varios de ellos hayan recibido del causante de la herencia, en vida de éste, determinados bienes; 3.º Que tal percepción lo haya sido por vía de dote, donación u otro título lucrativo; y 4.º Que los bienes mismos o su valor se traigan a la mesa hereditaria para ser computados en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición.»

«Que son consecuencia de tales caracteres o requisitos: A) Que la institución persigue una finalidad igualitaria y para lograrlo se atiende a la naturaleza de los bienes, al objeto perseguido por su transmisión o empleo y a las propias disposiciones que adopte el testador sobre la índole colacionable o exacta de aportación de los bienes donados. B) Que la colación no tiende a la impugnación del acto jurídico de transmisión de los bienes a que afecta y al que, en principio y normalmente, respeta y tiene por firme hasta el punto de que el artículo 1.045 fija el valor de los bienes en el que tenían al tiempo de la donación y sus vicisitudes económicas posteriores son a beneficio o cargo de quien los adquirió. C) Que si la donación es excesiva se reducirá en lo que resulte inoficiosa y se colacionará en la proporción en que no se reduzca. D) Que la Ley, al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos (dote y donación) y uno genérico con la expresión «u otro título gratuito», pero en el concepto de «donación» habrá de comprenderse tanto las que se llaman «propias», incluidas en el artículo 618 C.c., como las «impropias», que suponen enriquecimiento del beneficiado por ellas, sin efectiva y simultánea transmisión de bienes; en cambio, cuando la Ley habla, con carácter general, de otro título gratuito ha de entenderse que el mismo deberá reunir los requisitos de ser «derivativo» y dimanante del «de cujus», con lo que se excluyen los que no reúnen tales caracteres, siendo ajeno por tanto a la materia colacionable cuanto no sea lucro que proceda de la voluntad del causante, bien tenga por causa una obligación incumplida cualesquiera, apropiación unilateral, rendición de cuentas, anticipos reintegrables o cualquier otro débito, convencional o legal, ajeno al motivo específico a que se refiere el artículo 1.035 C.c. E) Que en consecuencia, la «colación» es una institución «sui generis» que puede coincidir o no con la reducción sobre una misma donación, sin perder nunca su fisonomía propia y que no cabe confundir, dado su origen y finalidad, con las acciones resolutorias que, por título, puedan ejercitarse para la debida integración de la masa hereditaria; se trata, en suma, de tres medios distintos, aun cuando todos tiendan a idéntico fin.»

Que con referencia al caso de autos es de observar: A) Que en la demanda origen del juicio se solicita, ante todo, como base y razón de los pedimentos concretos que luego contiene la previa declaración de que el demandado recibió en vida de su padre y «por título de donación» las cantidades y efectos que se detallan, al objeto de ser traídos a colación en la

herencia del mismo. B) Que la sentencia dictada en primera instancia, acogiendo parcialmente la demanda, declara sujetos a la solicitud colación tanto la suma que el demandado percibió en concepto de traspaso de un local de negocio perteneciente al causante y que el mismo tenía arrendado, como las cantidades que fueron extraídas por el mismo demandado de una cuenta de ahorro que a su nombre tenía el causante y que en parte procedían de la venta de títulos de la Deuda amortizable pertenecientes al mismo. C) Que la sentencia recurrida, adentrándose en el examen del título de adquisición por el demandado de los bienes pretendidamente colacionables, llega a la conclusión de que aquél no recibió del causante, en vida de éste, bienes o valores por dote, donación ni otro título lucrativo y ello porque del conjunto de las pruebas practicadas se infiere que, enfermo dicho causante desde tres años antes al de su muerte y otorgado un poder amplio de administración a favor de su cónyuge, fue realmente el hijo ahora demandado quien valiéndose del mismo ejerció de hecho esa administración, percibiendo las cantidades de que ahora se pide su colación, pero sin que exista indicio alguno de que el causante tuviera en ningún momento intención de llevar a cabo a favor de su hija un acto de liberalidad respecto de ellas, pues si llegó a poseerlas e ingresarlas en su cuenta bancaria fue por haberlas recibido a través de su madre, la legal administradora, con quien colaboró, sin que sea bastante, por otra parte, el silencio del dueño de los bienes para presumir una liberalidad permitiendo esa retención de cantidades, que podía obedecer a finalidades distintas (adelantos, previsión de reparaciones, préstamos, etc.), todo lo que llevó a la Sala sentenciadora, con revocación de la sentencia de primera instancia y sin perjuicio de las acciones de índole restitutoria que procedan, a desestimar la pretensión deducida en la demanda, con base en una transmisión gratuita inexistente.»

«Que contra la sentencia dictada por la Audiencia se articula el recurso de casación que consta de dos motivos, ambos por el cauce del número 1.º del artículo 1692 L. E. C., y en los que sustancialmente se alega la infracción del artículo 1.035 C. c. por «violación» en el primero y subsidiariamente en el segundo, por «interpretación errónea», pero ha de reconocerse que, intactos los elementos de orden fácticos que el Tribunal fijó y que no son combatidos en el recurso, las infracciones que se denuncian no existen, puesto que la Sala tuvo en cuenta el contenido del artículo 635 C. c. y rectamente lo interpretó para inferir su inaplicación al caso de autos ya que: faltaba el elemento básico primordial para que pudiera tener efecto la colación, al no existir adquisición lucrativa alguna por parte del heredero demandado y ni siquiera cabe argüir con éxito una razón de índole práctica, derivada de que la sentencia recurrida no niegue el hecho del posible enriquecimiento del demandado por actos unilaterales de éste y la necesidad, por tanto, de un nuevo pleito para equilibrarlo en la sucesión, ya que no es lícito a los Tribunales alterar la causa de pedir por propia iniciativa ni contrariar abiertamente la técnica jurídica, aunque sea con propósito de obtener un resultado práctico equitativo, ni cabe, como queda dicho, posible equiparación entre la institución de la colación y otras que tiendan como ella a reconstruir el caudal partible atrayendo a la masa hereditaria el importe de los créditos pendientes a favor de la misma, ya que los problemas prácticos que pueden presentarse, para su efectividad, en cuanto al valor de las cosas, a su posible pérdida, mejora o deterioro, mora, intereses, etc., son esencialmente distintos al dimanar de situaciones jurídicas opuestas, ya que quien colaciona es el dueño de los bienes adquiridos cuyo valor se computa a efec-

tos de partición y quien restituye lo hace precisamente por no ser dueño de lo que percibió y retiene y cuya obligación de entrega ha de cumplirse a ser posible «in natura» y con efectos bien diferenciales a los que acompañan propiamente a la verdadera colación.

I—PARTICIÓN.

a) *Partición efectuada conjuntamente por el marido y la mujer.*

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1965.—*Es nula y no simplemente anulable la partición otorgada conjuntamente por ambos cónyuges.*

El hijo mejorado en el tercio libre y en el de mejora e instituido heredero con sus otros seis hermanos por la madre, demandó a su padre, que había sido designado usufructuario por ella, a otros tres hermanos—que convivían con el padre—y al contador partidor testamentariamente designado por la madre, pidiendo que se declarase nula e ineficaz la partición realizada por el contador partidor. Se fundó en que debía prevalecer sobre ella la que por acto *inter vivos*, en la misma fecha de su testamento, había practicado la testadora, conjuntamente con su marido (el primer demandado), de los bienes de entrambos, y, por ello, pidió que se condenara a su padre y hermanos demandados a abonarle la mitad del valor de los árboles que habían cortado. A su vez, el viudo demandó a sus hijos solicitando que se declarase la nulidad de dicha partición, conjuntamente efectuada por él y su finada esposa, y que se reconociese que eran privativos del mismo los bienes que detalló, por haberlos heredado de su padre y de una tía paterna, así como la casa petrucial, que si bien fue destruida por incendio y reconstruida durante el matrimonio, su reconstrucción fue satisfecha con el producto de la venta de otras fincas privativas suyas.

El Juez de Primera Instancia de Chantada desestimó la demanda interpuesta por el hijo, estimó la acumulada y formulada por el padre y desestimó la reconvención cruzada por el mismo hijo, declarando que la casa de labor en cuestión era propiedad exclusiva del padre, perteneciendo la parte reconstruida y las mejoras efectuadas a la sociedad de gananciales, que también eran de su propiedad las fincas relacionadas como heredadas por el mismo, que eran radicalmente nulas las operaciones particionales practicadas conjuntamente por él mismo con su esposa, la causante, y válidas y ajustadas a derecho las operaciones divisorias practicadas por el contador partidor testamentario.

Apelada por el hijo esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, excepto en cuanto la imposición de costas, extremo que la revocó.

El mismo hijo apelante interpuso recurso de casación, de cuyos motivos nos interesa el primero, que fundamentalmente denunció violación del artículo 1.056 del Código civil, en cuya virtud entendía válida la partición conjuntamente realizada por sus padres, añadiendo que «tal partición en la hipótesis más adversa, si no fuera posible por vía legal subsanar el defecto, sería anulable, pero nunca radicalmente nula, ni la nulidad, ya absoluta, ya relativa, podría declararse en este caso a instancia del marido don ..., porque no puede intentarse la acción de nulidad contra actos propios solemnemente reconocidos».

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, rechazó el recurso en sentencia de la que antes [I., F., a)] hemos transcrito el tercer considerando, y de la que ahora nos interesa el cuarto, que dice así:

«Que, por otra parte, la partición verificada, conforme a lo previsto en el artículo 1.056 del Código civil, tiene naturaleza de un acto de última voluntad, y por ello deben aplicarse las disposiciones que a éstas afectan (S. 6 marzo 1945), siendo, por ende, revocable, como así en este caso *lo previeron* los otorgantes, al reservarse la facultad de modificarla o dejarla sin efecto; y dado el texto del propio artículo 1.056 en relación con el 659 del mismo Código, la facultad que el testador se confiere de hacer, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición se refiere a los bienes del testador, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos, y aunque dicho artículo 1.056 exprese que se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, esa disposición se contrae al acto particional en su propio sentido, pues cual bien dice la resolución de los Registros de 13 de octubre de 1916, es necesario para la efectividad de tales disposiciones *que los bienes distribuidos sean propios del causante*; es decir, *estén en su disponibilidad*, pues de otro modo 'las facultades concedidas al testador para dividir, liquidar y adjudicar *el caudal propio*, *se* harían extensivas a derechos ajenos, con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos'; a lo que en este caso concreto hay que añadir que, asentada la partición en acuerdo ilícito, tampoco puede concederse a la disposición mancomunada que en ella se contiene valor jurídico alguno, pues implicando el acuerdo de los cónyuges una disponibilidad que la Ley prohíbe, no puede concederse a la partición así hecha un valor que el artículo 669 del Código veda para los testamentos, por todo lo que dicha partición es radicalmente nula, y no simplemente anulable, al ser contraria a la Ley, sin que valga oponer en contra la doctrina de los actos propios, cuando éstos, como aquí sucede, son ineficaces jurídicamente y contrarios a preceptos legales prohibitivos, razones todas por las que el fallo recurrido no ha infringido la Ley y el motivo primero debe ser desestimado.»

COMENTARIO

Es una aspiración viva en nuestro agro la de realizar la partición conjunta del patrimonio familiar, que—prescindiendo de las fórmulas basadas en donación inter vivos—se ha intentado realizarla—donde no es usual el régimen de heredero único—con la fórmula de condicionar la mejora y la atribución de la parte de libre disposición a la aceptación de la partición global, e incluso con auténticas cautelas de opción de compensación de la legítima. Sobre este tema puede consultarse el serio trabajo de Jorge Roura Rosich, «Los patrimonios del marido y mujer como un todo a efectos sucesorios» (Anales Ac. Matr. del Notariado, XIII, págs. 69 y sigs.).

Estas particiones a veces son otorgadas por padres e hijos conjuntamente, a veces la efectúa el cónyuge viudo y en otras la realizan en unión marido y mujer, respaldándolas en sus respectivos testamentos.

Naturalmente que en ninguno de los tres supuestos cabe dar fuerza vinculante a la realización de esas particiones con respecto al propio causante (S. 6 marzo 1945), bien la haya hecho individualmente, caso en el cual podrá modificarla, prevaleciendo su última voluntad (supuesto de la S. 28 mayo

1965, *cfr. en esta REVISTA*, num. 448-449, págs. 1283 y sigs.), o bien la haya hecho conjuntamente con el otro cónyuge o con los hijos.

El problema se centra en el intento de que queden vinculados los hijos, lo cual pareció posible, de acuerdo con la sentencia de 6 de mayo 1953 (pues estimó que la aceptación de la herencia materna por la hija instituida heredera universal, bajo condición de renunciar a todos los bienes inmuebles que le pudieran corresponder en la herencia de su padre, vinculaba a dicha hija a renunciar a los indicados bienes, *cfr. su comentario por Joaquín Sapena Tomás*, Un caso de renuncia a herencia futura admitida por el Tribunal Supremo, en «*Rev. Der. Priv.*», XXXVIII, abril 1954, págs. 330 y sigs.); pero fue rechazado por la sentencia de 12 de diciembre de 1959 (*cfr. nuestro breve comentario en la nota 9 de nuestro estudio Cautelas de opción compensatoria de la legítima, en «Centenario de la Ley del Notariado», sección 3.ª, volumen I—Madrid, 1964—, págs. 417 y sigs.*).

En la sentencia de 20 de mayo de 1965, que ahora comentamos, se ha rechazado la vinculación del cónyuge viudo.

Pero a nuestro parecer, esta sentencia totalmente ajustada en cuanto al fallo, en su considerando cuarto llega más lejos de lo preciso, en tanto afirma que la partición, hecha por ambos cónyuges conjuntamente, incurría en la prohibición de los testamentos mancomunados del artículo 669 del Código civil, y que, en consecuencia por contraria a la Ley, era nula y no simplemente anulable.

En primer lugar, partiendo de la separación de testamento y partición, es difícil acabar de percatarse de que lo dispuesto para los testamentos mancomunados se extienda a una partición que está supeditada a dos testamentos independientes entre sí, y la nulidad de la cual no afectaría a tales testamentos, que requerirían el normal complemento de su correspondiente partición como cualquier otro testamento no particional.

Siendo así, no vemos razón para sostener la nulidad absoluta de la partición, sino simplemente la no vinculación a la misma de ninguno de los cónyuges y, por tanto, su ineficacia en vida de éstos frente a los mismos, lo cual no impide que muertos ambos—y, en cierto modo, aun en vida del supérstite—pudiera vincular a sus herederos en la forma examinada por nuestro compañero Jorge Roura (*loc. cit.*, págs. 102 y sigs.), que propuso para lograr este efecto que:

«I.—En los testamentos es conveniente consignar:

1) La causa o motivo determinante de la disposición-partición, es decir, el logro de la igualdad entre los hijos sobre la base de la conjunción de los patrimonios paterno y materno. Ello facilitará, si llega el caso, la aplicación del resorte anulatorio de la causa falsa.

2) Señalamiento nominativo de todos los legitimarios y su institución en la legítima estricta, que, por el juego de las cautelas socintanas de que en seguida hablaremos, tendrá carácter subsidiario, y representará uno de los términos de la opción que toda cautela lleva implícita. Con ello excluirémos la posibilidad de la acción de preterición.

3) Previsiones respecto a la adjudicación de los gananciales, que adquirirán toda su eficacia si no se revoca el testamento por el sobreviviente.

4) Previsiones para el caso de variación de elementos personales o reales del fenómeno sucesorio, las cuales son convenientes en toda partición practicada por el causante.

5) *La indiscutible posibilidad de revocación del testamento de uno de los padres exige: una institución de tipo subsidiario y consiguiente distribución distinta de los bienes para el supuesto de producirse tal revocación unilateral y de que la aceptación de las particiones tenga lugar fallecidos ambos padres; y al mismo tiempo y para el mismo evento, en forma condicional, suspensiva o resolutoria, para el caso de que se acepte la partición de uno de los padres en vida del otro.*

6) *Atribución de los bienes asignados con carácter de mejora expresa y de legado del tercio libre; con ello se limitará, en su caso, la fuerza expansiva de la preterición.*

7) *Establecimiento de las siguientes prohibiciones, que por afectar a la legítima, deben ampararse en la correspondiente cautela sociniana expresa:*

— *De instar o aceptar la partición antes de haber fallecido ambos padres.*
 — *De reclamar su legítima los no favorecidos en el testamento del padre que primero fallezca.*

— *A la inversa, de reclamar cosa alguna, en su día, de la herencia del sobreviviente, impuesta a los hijos favorecidos por la partición del primer fallecido, que dejará la adquisición de los mismos en estado de pendencia.»*

b) *Forma de la partición.*

SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1965.—Es válida la practicada privadamente y ratificada tácitamente por su consumación al entrar cada partícipe en posesión de los bienes que se le adjudicaron.

HECHOS

Una de las hijas promovió juicio universal de testamentaria de las sucesiones de sus padres, al cual los demás hijos se opusieron en demanda incidental, aduciendo que la partición se había verificado extrajudicialmente. El Juez de Primera Instancia de Santoña desestimó dicha demanda incidental; pero la Audiencia Territorial de Burgos, revocando la sentencia recurrida, dictó el sobreseimiento del juicio universal de testamentaria. E interpuesto recurso de casación, por la hija que había instado dicho juicio universal, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fué Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu, la rechazó:

CONSIDERANDO

«Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación en la sentencia recurrida por no aplicación de los artículos 1.059, 1.068, 1.261, 1.262 y 1.259 del Código civil y de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala que cita, basándose para ello en que la recurrente doña Luisa no firmó las hijuelas de los diversos herederos por disconformidad con su contenido, sólo por no comprenderse en ellas el ganado que existía al fallecimiento de los causantes, como sostiene dicha resolución, sino también por no haberse

practicado el inventario y avalúo de los bienes relictos; y habida cuenta que el fallo de instancia no se basa en la falta de división del ganado susceptible de una partición adicional, sino que da como probado que el marido de dicha recurrente concurrió en nombre de ésta a las reuniones y operaciones de división y al sorteo de los dotes formados, y que no sólo prestaron ambos su conformidad a la partición y adjudicación, sino que ésta se consumó, entrando cada partícipe en la posesión de los bienes que les fueron adjudicados y cesando incluso la recurrente en el arrendamiento de aquellas fincas de que era antes arrendatario y que se adjudicaron a sus coherederos; es evidente que, dado el carácter contractual de la partición de herencia y el principio espiritualista que rige en las relaciones obligacionales, las de referencia constituyen unas verdaderas operaciones particionales, y al subsistir las premisas fácticas que la sentencia fija, no se ha cometido la infracción denunciada y perece el motivo »

«Que el segundo motivo, encauzado procesalmente por el número 7.º del citado 1.692, denuncia el error de hecho en la apreciación de las pruebas por la sentencia recurrida, señalando como documentos que lo acreditan las propias hijuelas de división y partición de herencia, que, como de carácter privado, reúnen la condición de autenticidad a efectos de casación, al haber sido aportadas a los autos por la contraparte y admitido por la recurrente, y que demuestra que no fueron por ella firmadas, ni admitidas; motivo que tampoco puede prosperar, al haber sido dichos documentos estudiados y tenidos en cuenta por la sentencia, que reconoce que no tienen la firma de la recurrente, y a pesar de ello y por el resultado de toda la prueba practicada, apreciada en conjunto, deduce que la partición no sólo se realizó, sino que se consumó, entrando cada partícipe en la posesión y dominio de su cuota hereditaria, sin que pueda tampoco prosperar el motivo cuarto en cuanto funda en error de derecho en la apreciación de la prueba, con invocada inaplicación del artículo 1.233 L. E. C., porque no tiene prevalencia una sola prueba no privilegiada sobre la operación conjunta del resultado de todas las practicadas.»

c) Operaciones particionales.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1965.—*Adjudicación para pago de deudas: sus efectos y su resolución por incumplimiento.*

HECHOS

Una hija y unos nietos de la causante, demandaron al único hijo varón vivo, al cual se le habían adjudicado unos bienes para pago de unas deudas que, efectivamente, satisfizo, pero sin vender los bienes, si no hipotecándolos y quedándoselos, de hecho, como de su plena propiedad. El Juez de Primera Instancia de La Roda absolvió de la demanda; y la Audiencia Territorial de Albacete estimó el recurso de los demandantes y rechazó las excepciones de cosa juzgada y de prescripción, alegadas por el demandado, declarando, por incumplimiento de la obligación, la resolución de la adjudicación y el reintegro a la masa hereditaria de los bienes comprendidos en la misma y la cancelación de las inscripciones consiguientes, desestimando las demás peticiones.

Interpuesto por el demandado recurso de casación, éste fue rechazado por el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don V. Juvencio Escribano Ruipérez, en sentencia de la que para nuestro tema interesa el siguiente:

CONSIDERANDO

«Que en la partición de bienes de la causante se adjudicaron al heredero recurrente determinados bienes inmuebles en los siguientes términos: 'Se adjudican a don . . ., según se suplica en la base cuarta, bienes cuyo valor se estima suficiente para el pago de las deudas y gastos calculados, a fin de que, con carácter de mandatario de los demás coherederos que tienen este cargo, venda los necesarios a tal objeto y rinda cuenta justificada del cumplimiento de su cometido con derecho a reclamar y obligación de abonar en sus respectivos casos lo que faltare o sobrare para dejar completamente saldato el pasivo de la sucesión', cláusula suficientemente clara, explícita y expresiva de que la adjudicación para pagos de deudas se hizo por vía de comisión o encargo, pues la facultad de enajenar concedida al adjudicatario fue el medio querido y convenido para que con su ejercicio cumpliera el mandato de pago, caracterizándose por su finalidad fiduciaria para fines de pago; o sea, por la atribución de la propiedad a un sujeto activo en interés de otro y por motivos de confianza, siendo la transferencia un simple medio o instrumento para la efectividad del encargo, de tal modo que cuando el adjudicatario enajena para pagar, actúa en nombre propio, pero no interés ajeno.»

d) *Ineficacia total o parcial, o subsanación de la partición.*

1.—SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1965.— *No puede pedirla el cónyuge viudo de un coheredero actuando en su exclusivo beneficio y no para la comunidad hereditaria de dicho coheredero fallecido, cuya herencia se hallaba indivisa.*

[Ver *supra*, II, E), 3.]

2.—SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1965.— *Nulidad total y no simple anulabilidad de la practicada inter vivos conjuntamente por ambos cónyuges.*

[Ver *supra*, II, 1, a).]

3.—SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.— *Nulidad de la partición efectuada por el contador-partidor por haber incluido en ella bienes no pertenecientes al causante de la herencia en la fecha de su fallecimiento.*

Los albaceas demandaron al contador-partidor, solicitándose diera traslado de la demanda al Arzobispo de la Archidiócesis de Valencia y al Gobernador Civil de la Provincia, solicitando se declarase la nulidad de las operaciones particionales practicadas por el contador-partidor, o bien subsidiariamente su rescisión total y la realización de nueva y válida partición y, en todo caso, la remoción de dicho contador-partidor. El Gobernador Civil, represen-

tado por el Abogado del Estado, reconvino a su vez. Y el contador-partidor contestó a la demanda, acusando a las demandantes de haber inducido al causante a simular varias ventas con las que disminuyó su caudal, valiéndose de su avanzada edad, y, a su vez, también reconvino, reclamándole determinada cantidad.

El Juez declaró la nulidad de la partición, la remoción del contador-partidor, y ordenó a las actoras, como albaceas del causante en lo relativo a las disposiciones a favor del alma, a que cumpliesen su cometido. La Audiencia Territorial de Valencia confirmó esta sentencia, que recurrió en casación el contador-partidor, alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 1.057 del Código civil, en el concepto—determinado en sentencias de 28 de diciembre de 1896, 24 febrero de 1905, 1 febrero de 1906, 11 marzo de 1922, 3 de diciembre de 1931 y 7 de enero de 1942—de que el contador-partidor testamentario no tiene otros límites a su actuación que las legítimas de los herederos forzosos, y en el determinado por las sentencias de 5 de febrero de 1908, 11 de diciembre de 1913 y 23 de octubre de 1923, de que, aun existiendo albaceas, es función del partidor la de efectuar el inventario; y articulando como motivo tercero, «violación del artículo 1.057 del Código civil, en los conceptos de que el testador puede encomendar para después de su muerte la facultad de hacer la partición interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 910 del Código civil; que el contador asimilado al albacea puede ser removido de su cargo, conforme a la doctrina de las sentencias de 4 de febrero de 1902, 5 de julio de 1947, en el concepto de cuando actúa con dolo, contrariando la voluntad del testador o con uso malicioso y no aplicación de tal doctrina a las actoras en el litigio en el carácter de albaceas del finado; pues siendo notoria la discrepancia existente entre el criterio del contador-partidor y el de los albaceas—herederos—legatarios, a su vez, sobre el legado instituido por el testador en bien de su alma, la inclusión que del mismo en toda su amplitud y cuantía se hizo en el cuaderno, es la justa y la correcta».

El Tribunal Supremo, en la que fue Ponente el Magistrado don Manuel Taboada, Conde de Borrajaros, rechazó el recurso y sentencia, de la que nos interesan los considerandos 7, 8, 9, 10 y 13, que dice:

«Que el tercer motivo del recurso, con fundamento en el número 1º del referido artículo 1.692, denuncia. a) La supuesta violación del artículo 1.057 del Código civil, 'en los conceptos de que el testador puede encomendar después de su muerte la facultad de hacer la partición'; b) interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 910 del Código civil, y doctrina concordante, con arreglo a las cuales, el Contador, asimilado al albacea puede ser removido de su cargo cuando actúa con dolo, contrariando la voluntad del testador; y c) no aplicación de tal doctrina a las actoras, en su carácter de albaceas del finado, todas cuyas infracciones se cometen, en sentir del recurrente, porque el contador-partidor está facultado para intervenir y señalar, a efectos contables, el legado, consistente en cierta cantidad de dinero, máxime cuando la propia sentencia determina que la interpretación dada al testamento por aquel contador es la verdadera, por lo que no puede sostenerse que se haya extralimitado en sus funciones, sino que, quienes no las cumplieron, fueron los albaceas, que debían por ello ser removidas de su cargo, y al no serlo, resultan erróneamente interpretados los invocados artículos.»

«Que no puede sostenerse que la sentencia recurrida haya cometido la violación del artículo 1.057 del Código civil, que el recurrente le imputa, porque dicha sentencia, precisamente, hace aplicación de él, e incluso la invoca de

manera expresa el décimoquinto considerando de la del Juzgado, razonando en el décimosexto; que la partición realizada por el contador es nula, ya que en ella se incluyen bienes no pertenecientes al testador en el momento de su óbito; y, además, no se demostró, por la vía procesal adecuada, que esta apreciación de la sentencia era errónea.»

«Que la infracción del artículo 910, que en ese tercer motivo se acusa, no puede prosperar, porque parte del supuesto de que el contador-partidor haya cumplido con su deber, y, en cambio, la sentencia impugnada proclama lo contrario, y por eso desestima la reconvencción.»

«Que la alegación de que tal precepto se infringe, al no haber estimado la remoción de los albaceas, es completamente extemporáneo, porque suscita una cuestión nueva, que no fue planteada hasta este momento de la casación, y no puede, por tanto, ser objeto de examen en este trámite, en el cual lo que se censura es la actuación de la Sala sentenciadora en cuanto a las cuestiones que hubiesen sido oportunamente supuestas y debatidas.»

«Que en el caso de autos, la sentencia impugnada proclama que el contador-partidor incurrió en extralimitaciones de funciones, con manifiesta temeridad y notoria mala fe, y declara nula la partición realizada, y, consiguientemente, mientras no se prueba, por la vía adecuada, que esas apreciaciones son erróneas, a ellas hay que atenerse, y no puede condenarse a las herederas a que satisfagan al contador los gastos que tal partición haya originado, pues, en realidad, en esta hipótesis de nulidad de la partición, no puede sostenerse que haya redundado en beneficio de los herederos, que es el supuesto de hecho que el precepto exige para hacer recaer en los herederos la obligación del pago de los gastos que la partición haya originado.»

4.—SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Anulabilidad de la partición efectuada, apoyándose en un acto de declaración de herederos abintestato, por aparición de un testamento ológrafo; y la posible convalidación de la misma.*

HECHOS

El pleito versó acerca de la validez o nulidad de un auto de declaración de herederos abintestato y de la partición consiguiente y sobre resolución de contrato de arriendo y opción de compra. El Juez de Primera Instancia de Novelda declaró la nulidad absoluta del auto de declaración de herederos abintestato, la nulidad del cuaderno particional y de las consiguientes inscripciones en el Registro de la Propiedad, la nulidad del contrato de arrendamiento, que contenía la opción de compra o promesa de venta, y de la anotación afectante a ella tomada en el Registro. La Audiencia Territorial de Valencia, revocando en parte la sentencia del Juzgado, declaró la nulidad del auto de declaración de herederos abintestato, no haber lugar a declarar la nulidad del cuaderno particional ni de las inscripciones producidas, ni la del contrato de arrendamiento y opción, y condenó a los demandados a otorgar la correspondiente escritura de compraventa. Y el Tribunal Supremo casó esta sentencia, fallando, en segunda sentencia, la nulidad absoluta del auto de declaración de herederos abintestato, la validez de la partición y la resolución del contrato de arrendamiento y opción de compra, absolviendo a los demandados de la demanda inicial de otorgar la compraventa dimanante de la promesa.

De la sentencia de casación, de la que fue Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, nos interesan los considerandos relativos a la primera cuestión planteada en el recurso—primero, segundo y tercero, letra e)—que resuelven:

«Que las diversas cuestiones debatidas en la *litis*, como materia propia de las demandas acumuladas, quedan en este trance de casación, reducidas a las dos siguientes: primera, determinar si la declaración de nulidad del auto de declaración de herederos, decretada como consecuencia de no haber tenido en cuenta la existencia de un testamento ológrafo, arrastra consigo, y con el carácter de radical y absoluta, la nulidad de la escritura de partición de bienes hecha con la base exclusiva de aquella declaración, e incluso la de un contrato de arrendamiento posterior, celebrado entre las mismas partes, con apoyo en la titularidad jurídica reconocida en la escritura particional; y segunda, si teniendo validez inicial tal escritura de arrendamiento, una vez finalizado el término del arriendo y sin haberse fijado plazo para la opción, puede el arrendador obtener la resolución del contrato, con fundamento en no haber pagado el arrendatario merced alguna durante todo el lapso de vigencia del contrato, como medio de oponerse a la pretensión deducida por el arrendatario, de ejercitar la opción concedida, pese a la situación de impago que observo»

«Que, respecto a la primera cuestión, se ha de tener presente: A) Que tanto en la doctrina como en la reglamentación de los Códigos sustantivos, al tratar de la nulidad, se distinguen dos grados de invalidez: a) la 'absoluta', que previene la falta de algún elemento esencial, para la perfección del negocio jurídico (acto o contrato 'inexistente'); y b) la 'relativa', que, presupuestas la validez inicial y la licitud de un acto, adolece el mismo de algún vicio o defecto que pueda implicar la declaración de nulidad, a instancias de parte legítima. B) Que en la hipótesis de autos, si la declaración de herederos, con el carácter absoluto, al ser desconocida o silenciada la existencia del testamento, no estaba incluida en ninguno de los casos prevenidos en el artículo 912 del Código civil, y, por contraria a la Ley, era forzoso declarar su nulidad absoluta; ésta no podía alcanzar a la escritura de partición ni a los contratos posteriores, celebrados entre los presuntos herederos, pues, como bien razona el Tribunal sentenciador, no ofrece duda ninguna de que todos aquéllos, conjuntamente, pueden realizar, con plena validez y eficacia, actos de disposición, sobre bienes particulares de la herencia; sin duda por eso, la única nulidad que impone la Ley, al tratar de la rescisión de la partición, es la de aquella 'hecha con uno, a quien se creyó heredero sin serlo' (art. 1.081), por su carácter de inexistencia, y en los demás eventos, permite atacar la partición 'por las mismas causas de las obligaciones' (art. 1.073). C) Que, en virtud de tales normas elementales, en el caso de autos pudo ser impugnada la partición hecha, como incurso en defecto capaz de producir su anulabilidad y previa demostración de algún vicio del consentimiento, de los que se expresen en el artículo 1.265 del Código civil, y al no haberse hecho así, sin duda por haber transcurrido por exceso el plazo de duración que a la acción asigna el artículo 1.301 del mismo Código, no cabe postular con éxito la nulidad absoluta, por faltas o presupuestos que no suponen la inexistencia ni la ilicitud del acto en cuestión.»

«Que todo ello impone la desestimación de cada uno de los cinco motivos primeros de que el recurso consta, dado que: y e) en el quinto ya se pone en relación, al artículo 4.º del Código civil, con los 1.261 y 1.301, acusándose la

violación de todos, pero el recurrente, al argumentar, hace supuesto de la cuestión, insistiendo en el carácter de nulidad absoluta de la partición, que, por todo lo dicho, su simple anulabilidad es patente, y la convalidación de lo anulable puede llegar por el acto positivo de la rectificación expresa o tácita, o porque el negativo de no accionar, contra la validez inicial del contrato, dentro del término legal establecido al efecto, que es lo que ha sucedido en el caso de autos.»

5.—SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Rescisión de partición realizada por contador-partidor, por haber habido lesión de más de la cuarta parte*

HECHOS

Una nieta, hija de un hijo premuerto de sus abuelos los causantes, demandó a sus dos tíos y coherederos y al albacea testamentario contador-partidor, pidiendo que se declarase la validez de una permuta de hijuelas o subsidiariamente la nulidad de la partición efectuada por el contador-partidor, alegando en la réplica, como última petición subsidiaria, la de que se declarase la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, conforme a los artículos 1.074 y siguientes del Código civil.

El Juez municipal de Llanes, en funciones de Primera Instancia, estimando en parte la demanda, declaró la nulidad e ineficacia de las operaciones particionales de ambas herencias, debiendo volver los bienes a su anterior estado de indivisión.

La Audiencia Territorial de Oviedo declaró rescindibles por lesión las operaciones particionales y facultando a uno de los demandados, para caso de no optar por tal rescisión, a que indemnizara a la actora en una suma que determinó.

Este último demandado interpuso recurso de casación, invocó, en su segundo motivo, aplicación indebida de los artículos 1.073, 1.074 y 1.077 del Código civil, y, en el tercero, violación de los artículos 1.056 y 1.057 del Código civil, y alegó que la sentencia recurrida desconoce el privilegio legal que disfruta el contador-partidor testamentario, pues olvida que las operaciones por él practicadas sólo pueden ser atacadas en el supuesto de que existan perjuicios en la legítima de los herederos.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declaró no haber lugar al recurso, en sentencia de la que interesa a nuestro tema el siguiente segundo:

«Que la réplica lo único que hace es solicitar directamente lo que ya en la demanda se había pedido en relación con las razones y fundamentos expuestos en el propio escrito, en cuyo fundamento legal quinto se expone la lesión en más de una cuarta parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.074 del Código civil, remitiéndose al texto de la conciliación, que se refiere con carácter subsidiario a la rescisión por lesión, concretada expresamente en el último pedimento de la réplica, por todo lo cual el Tribunal *a quo* no ha incidido en la incongruencia denunciada en el motivo primero, al haber declarado rescindibles las operaciones particionales, protocolizadas por escritura pública de 21 de abril de 1961, ni en las infracciones acusadas en los motivos segundo (aplicación indebida de los artículos 1.073, 1.074 y 1.077 del

Código civil) y tercero (violación de los artículos 1.056 y 1.057), al haber sido desestimada la violación del artículo 359 L.E.C., por lo que han de considerarse debidamente aplicados los preceptos sobre rescisión, al resolver una cuestión oportunamente planteada en el pleito.»

COMENTARIO

Se plantearon dudas acerca de si en la partición verificada por contadores-partidores podía jugar la rescisión por lesión de más de una cuarta parte prevista en términos generales en el artículo 1.074 C. c.

La doctrina parece dividida en este punto.

Mucius Scaevola (Código civil comentado y concordado extensamente, volumen XVIII, Madrid, 1901, art. 1.057, págs. 292 y ss.); Sánchez Román (Estudios de Derecho civil, VI-III, Madrid, 1910, 53, b, pág. 2.002); A. Maura (Dictámenes, I, dict. núm. 4, págs. 78 y s.); Clemente de Diego, (Dictámenes, III, dict. núm. 50, págs. 608 y ss.) han opinado que sólo cabe rescindir la partición hecha por los contadores-partidores si lesiona alguna legítima o contraria la voluntad del testador, atribuyéndosele el mismo valor que la hecha por éste—que el artículo 1.056 C.c. define al decir que se pasará por ella—, reputándola a todos los efectos jurídicos como practicada por el propio testador, en cuanto la voluntad de éste sea fielmente obedecida y debidamente interpretada.

Por el contrario, Manresa (Comentarios al Código civil español, t. VII, 6.^a ed., revisada por Bonet Ramón, Madrid, 1943, arts. 1.056, 1.060, pág. 664) y Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (Derecho de Sucesiones, Parte general, capítulo XV, párrafo 65, núm. 394, pág. 507) creen que la partición hecha por el contador-partidor no cae en el ámbito del artículo 1.075, sino del 1.074.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 noviembre 1957, consideró «que la partición practicada por el Comisario designado por el causante es válida como acto unilateral, sin necesidad de que los herederos la aprueben con su consentimiento, porque el Código civil no exige tal requisito, y debe ser aplicable lo dispuesto en el artículo 1.056 respecto a la partición que haga el testador».

Poco después, la sentencia de 14 diciembre 1957, ante un recurso, que rechazó y en el cual se alegaba la infracción del artículo 1.075 C. c., consideró que «no basta para [apreciar si hay lesión para las legítimas] la tasación que haya practicado un perito, sino la estimación que de ésta, como uno de tantos elementos de juicio, haga el Comisario contador con arreglo a las facultades conferidas por el testador, todo esto aparte de que no en todos los casos de lesión, según los artículos 1.074, 1.075 1.077 y 1.079 del Código civil, procede la rescisión».

Más recientemente, la sentencia de 24 marzo 1961 consideró que «no se ha justificado en el caso actual que los contadores, con su valoración, hayan ocasionado al recurrente una lesión en más de una cuarta parte para que la partición se rescinda, atendiendo al valor de los bienes cuando le fueron adjudicados, que es lo que realmente ha perseguido el procedimiento». Y, en el anterior Considerando, esta misma sentencia razonó que, «si se tiene en cuenta que en el juicio de testamentaria se produjeron cuatro tasaciones completamente dispares, y aun en el procedimiento de que dimana este recurso, una cuarta, en cantidad inferior a todas las anteriores, y aun a la fijada por los contadores, la Sala de instancia pudo aceptar la de éstos como la más equi-

tativa, al no existir norma legal alguna de carácter sustantivo o procesal que obligue a los contadores facultados por el testador para tasar los bienes hereditarios a atenerse al dictamen del perito dirimente...».

6. SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Complemento de la partición por adición de un bien que habia sido omitido.*

HECHOS

Se discutió en el pleito si varios bienes, y entre ellos la cuarta parte indivisa de una hacienda y de una haza, pertenecían a la causante de la herencia, y por tanto debían agregarse a ésta, practicándose una partición adicional. El Juez de Primera Instancia número 2, de Granada, declaró que una participación no determinada de la finca correspondía a la causante; pero la Audiencia Territorial de Granada absolvió de este extremo al demandado. Los demandantes interpusieron recurso de casación, en el cual, entre otros motivos, se invocó, en el décimo, violación del artículo 1.079 C. c. Y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, casó de la de instancia y, en segunda sentencia, aceptando todos los Considerandos de la del Juzgado, confirmó ésta. De la sentencia de casación nos interesa el Considerando 12, que, partiendo de la justificación de que la causante era copartícipe de los bienes discutidos, dice así:

«Que la estimación de los tres motivos anteriores lleva como consecuencia la del décimo, porque si se reputa que las fincas y bienes comprados por el demandado con el dinero que en parte era de su madre y en parte de sus hermanos, les pertenecían a todos proindiviso y sin determinación de cuotas, es evidente que en los que se adquirieron en vida de la madre ésta tendrá una cuarta parte en proindivisión con sus hijos, y, por tanto, la partición de bienes de ella deberá ser complementada, como se previene en el artículo 1.079 C. c., para el supuesto de que aparezcan con posterioridad otros bienes del causante.»

J. V. G.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

II. SOCIEDADES

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1966.—*Sociedades Anónimas. Nulidad de acuerdos sociales por falta de claridad en la convocatoria de la Junta. Alcance de tal nulidad.* (Prendes c. «Canales y Túneles, S. A.»)

La recta aplicación del artículo 84 de la Ley de S. A. exige se expresen *con la debida claridad* los extremos que hayan de ser objeto de modificación; es evidente la falta de concreción de la convocatoria en que no anuncia cuáles sean los artículos del estatuto que vayan a quedar modificados, y esa omisión va en contra de la «ratio legis» del precepto en cuanto sus trae al conocimiento de los accionistas convocados un elemento de información de la máxima importancia..., surgiendo así elementos de sorpresa con los cuales no pudo racionalmente contar el accionista convocado... Y al no hacerlo así se ha producido una infracción en la convocatoria, prevista claramente por la ley *bajo pena de nulidad*, vulneración que no sólo afecta a la convocatoria misma, sino también a los acuerdos adoptados en la Junta irregularmente convocada...; el vicio de nulidad abarca a todos los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria como consecuencia de la irregularidad de la convocatoria, y no sólo afecta tal vicio de nulidad a uno de los acuerdos adoptados en la referida Junta.

III. TÍTULOS VALORES.

SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1966.—*Aval cambiario. Concepto y efectos.* (Used c. Mateo.)

Considerando: Que el aval en nuestro Derecho es una fianza dada, en forma expresa y escrita, para el pago de la letra, encaminada a asegurar el derecho del acreedor al cobro de la deuda, por lo que es una obligación accesoria al círculo normal de las obligaciones cambiarias, y si bien nuestro Código de comercio no reconoce expresamente el aval por acto separado, como aquél, generalmente, expresa la voluntad del avalista mediante la palabra «por aval», escrita junto a la firma de la persona cuya obligación se desea garantizar, es lo cierto que al expresar a todos los posibles acreedores este afianzamiento para éstos nada influyen las relaciones entre avalista y aceptante..., dado que las relaciones entre ambos no pueden disminuir la eficacia del aval frente al librador o tenedor de la letra.

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1966.—*Naturaleza del convenio entre el suspenso y los acreedores. Importancia de la «pars conditio creditoris» que persigue.* (Ricart c. Cano.)

Considerando: Que el convenio entre el suspenso y los acreedores es configurado en la doctrina científica como un negocio jurídico complejo como institución integrada por factores contractuales (de interés privado) y procesales (de interés público), bastando para la aprobación la mayoría de los acreedores («quod facit major para id omnes facere videntur»), considerados como una colectividad (masa de acreedores concurrentes), semejante a la de los comuneros o a la de los socios de una Compañía mercantil, pero a diferencia de los acuerdos sociales, el convenio se impone por igual no sólo a los acreedores concurrentes, sino a los ausentes y ajenos a la suspensión, porque si no fuese así resultaría ilusoria la paridad de condición de los acreedores, que es la esencia de la suspensión de pagos.

Considerando: Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 30 de mayo de 1959, cuanto se relaciona con la naturaleza propia del convenio, la doctrina más autorizada lo reputa negocio jurídico «sui generis», que si se asemeja a los de naturaleza contractual, porque nace de un concierto de voluntades en torno a una proposición que se acepta y puede implicar una transacción, dado que los contrapuestos intereses se sacrifican recíprocamente al pactarse sobre su cuantía y sobre los términos de su efectividad en cuanto al tiempo, no puede decirse que se asimile totalmente a un negocio privado, pues si en su génesis concurren factores de esa índole, la institución acusa un matiz de marcado carácter público revelado ante todo por la intervención judicial, que, pese a lo limitado de sus facultades, reviste a lo otorgado de fuerza general vinculante, y aparte de fiscalizar el cumplimiento de las exigencias formales y materiales que en lo humano aseguran la seriedad del acuerdo, procura, como fin más trascendente, la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que resultaría mal parada si de uno u otro modo o por una u otra razón permitiesen sustraer a la masa de acreedores créditos de condición parigual que, sin embargo, para todos los efectos útiles gozarían de privilegio en relación con el derecho de los acreedores concurrentes.

Considerando: Que las previsiones legales demuestran la preocupación para llegar a una declaración que tenga virtualidad «erga omnes» y que respondiendo a la naturaleza especial del convenio haga posible la «pars conditio creditoris», que de otro modo no puede lograrse, solución la expuesta que en otro aspecto podría razonarse por reducción al absurdo, porque de no aceptarse este criterio se llegaría a la conclusión de que el ausente del proceso de convenio (fuera o no voluntaria su ausencia), al perder la posibilidad de intervenir y la de impugnación, resultaría favorecido cobrando su crédito, con preferencia en cuanto al tiempo y a la cuantía, a los demás de la misma condición que concurrieron oportunamente, cuando la solución que parece más acomodada al espíritu informador de la ley y aún a la equidad, es asimilar la condición del acreedor ausente del convenio por causas que en algún aspecto puedan no serle imputables, a todos los concurrentes, sin preferencia alguna sobre los titulares de créditos no privilegiados.

Considerando: Que para coadyuvar a los efectos indicados, dispone el apartado cuarto del artículo 9.º de la Ley de 27 de julio de 1922, que..., con el fin de que el acreedor pueda alcanzar un título a su favor pero sin mengua de la intangibilidad del patrimonio del suspenso, que constituye la garantía común de todos los acreedores, y por ello el párrafo siguiente del mencionado artículo dispone que... mandando el Juez a los interesados, una vez aprobado el convenio, estar y pasar por él (art. 17 apartado primero).

Considerando: Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 21 de abril de 1934, la omisión o eliminación de la lista de acreedores, aun reconocido el crédito en el juicio correspondiente, no libra ni exime al acreedor de su obligación de someterse al convenio: Primero, porque pudo oponerse a la aprobación de éste, conforme al artículo 16 de la Ley de suspensión de pagos, y no consta lo hiciera; y segundo, porque se trata en el actual caso de un crédito sin privilegio alguno que resultaría privilegiado por aquella eliminación.

R. G. S. F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

I. LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO

1. FUENTES DEL DERECHO.

A) *Disposiciones reglamentarias.*a) *Procedimiento para dictarlas y para anularlas en virtud de recurso administrativo.*

El dictamen del Consejo de Estado es necesario para lo primero, mas no para lo segundo.

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.117).

«Como quiera que el recurso en cuestión, que autoriza el artículo 120 de la referida Ley, aparece previsto contra las disposiciones de carácter general, como era la Orden de 31 de octubre de 1953, no existe precepto alguno que pueda impedir que el Ministerio de Hacienda lo estimare, y en razón de ello revocara y anulara la Orden impugnada, que es cosa completamente distinta del supuesto en que la Administración, sin ningún requerimiento, dictara la Orden ministerial que se impugna, y por ello, y por tratarse de la resolución de un recurso administrativo, carece de aplicación la preceptiva que impone el previo Dictamen del Consejo de Estado, previsto para supuesto distinto».

b) *Impugnación.*a') *En vía administrativa.*

Ver sentencia anterior.

b') *En vía jurisdiccional.*a'') *Posibilidad de impugnación. No son actos políticos.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1966.

«El acto impugnado es un Decreto del Ministerio de Hacienda, es decir, una disposición de categoría inferior a la Ley, que tampoco reviste, según queda dicho, el carácter de Decreto-Ley, ni es un Decreto legislativo cuyo valor de Ley proceda de una delegación expresamente concedida por una Ley formal,

como ocurre con los textos articulados que desarrollan una Ley de bases o que contienen una refundición legislativa, ni es resultancia de una autorización para dictar una nueva formativa sin atenerse necesariamente a bases legales, sino que es clara consecuencia y desarrollo de la ordenación establecida y a partir de la Ley de Bases de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado de 20 de julio de 1963, y de su Texto articulado del 7 de febrero de 1964, que atribuyeron a la Ley el establecimiento del cuadro de coeficientes multiplicadores del sueldo base de los funcionarios y al Consejo de Ministros la competencia para acordar los que hubieran de originarse a cada Cuerpo, a propuesta del Ministro de Hacienda, según previene el artículo 14, apartado E), del citado texto, e informe de la Comisión Superior del Personal, con arreglo al artículo 18, A), del mismo texto, por lo que es de las disposiciones que pueden ser impugnadas ante esta jurisdicción, conforme previene el artículo 1.º de su Ley».

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.898).

«No es por su contenido de naturaleza política, sino administrativa, como es el del cumplimiento de los preceptos legales referentes a aspectos determinados de la retribución de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

b") *Legitimación necesaria.*

Es necesaria la legitimación corporativa, de ámbito general, idéntico al de la norma.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.899).

«La Instrucción objeto del recurso no le ha sido aplicada mediante acto concreto alguno, puesto que no existen en las actuaciones datos que otra cosa demuestren, como tampoco se trata de una disposición que el citado recurrente hubiera de cumplir sin necesidad de esos actos de aplicación, ya que ésta había de tener lugar al formalizarse los oportunos pagos de sus haberes u honorarios por la Corporación a la que presta sus servicios, todo lo cual demuestra la falta de legitimación del recurrente».

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.899).

«En la relativo al otro recurrente, Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, también es de apreciar la inadmisibilidad del recurso que al amparo del mismo precepto alega el Abogado del Estado, puesto que las entidades legitimadas, a tenor del expresado artículo 28 de la Ley, no pueden ser sino las que ostentaran la representación o defensa de intereses de "ca-

rácter general o corporativo", y éstas sólo en cuanto se relacione con los fines que les están atribuidos, y fácilmente se advierte que el mentado Consejo no llena la exigencia de la norma indicada, por cuanto suprimida por la propia Administración, al resolver los recursos de reposición, la norma 8.7 de la Instrucción debatida, relativa a los honorarios de los que no sean funcionarios de la Corporación, sólo se impugna mediante el recurso jurisdiccional las normas afectantes, en su calidad de funcionarios de Administración local, a un sector de técnicos encuadrados en los citados Colegios, y no a los intereses de carácter general o corporativo de todos los que en aquélla se integran».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.077).

«No se trata ahora de que el Abogado del Estado niegue una personalidad, o condición o situación en un cargo o representación, que la Administración había ya reconocido en vía gubernativa; lo que la Abogacía del Estado aduce es que esa representación, que no desconoce ni niega, no basta, por su área reducida en relación con el ámbito de generalidad de la Orden ministerial, para justificar la legitimación activa procesal en este recurso contencioso-administrativo».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965 (Ar, número 2.077).

«Los que demandan declaran expresamente que lo hacen en nombre y representación de dos Entidades, como Presidentes respectivos de las mismas: el Sindicato Provincial de Actividades Diversas de Barcelona y el Grupo Social de Porteros de Fincas Urbanas de Barcelona, entidades que son las verdaderas y efectivas demandantes, y por otra parte, es obvio que dichas entidades demandantes no ostentan en modo alguno la representación o defensa de todos los intereses de carácter tan general como se refieren a todo el ámbito nacional, a los cuales abarca la Orden ministerial recurrida».

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.117).

«Dada la regulación reglamentaria del Sindicato, su carácter de Corporación de Derecho público y su plena personalidad jurídica para "representación y disciplina de los sectores directamente interesados en el proceso económico de los productos que entran en su esfera de acción", como expresamente se consigna, no cabe negar aquella legitimación».

B) Principios.

El principio «venire contra factum proprium non valet» y su limitadísima aplicación al campo del Derecho administrativo.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.805).

«La imprecisa doctrina del respeto a los actos propios, anunciada en el aforismo romano *"venire contra factum proprium non valet"*, si bien opera en el campo del Derecho privado, tiene limitadísima oportunidad de invocación dentro del Derecho público, singularmente del procesal administrativo, ya que siempre el procedimiento, materia de orden público, no sólo garantiza los particulares intereses de los administrados, sino también el acierto en el obrar de la Administración, las normas rituarías se imponen imperativamente y su infracción comprobada determina la nulidad de las actuaciones del expediente y del acto en que culminó, ya se denuncie por la parte o se releve de oficio por el Tribunal de la jurisdicción revisora: y siendo ello así, no cabe estimar que el órgano administrativo quede vinculado por su propia decisión cuando la misma es contraria al Ordenamiento procesal, admitiendo y resolviendo de modo expreso un recurso y reposición presentado fuera de plazo».

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.831).

«Se trata de un contrato de uso de bienes de dominio público, típicamente administrativo, en el que la posición de las partes intervinientes no es igual; la Administración interviene con potestad de imperio, concediendo el uso de bienes de dominio público al administrado que lo solicita, para un fin determinado, como es el de atender a un servicio público de abastecer los puestos y preparar el pescado para su explotación; no existe precio, sino canon de utilización, como puede libremente la Administración modificar al variar las condiciones y las tarifas; en los contratos de arrendamiento civiles, el arrendador no puede acomodar en la cosa arrendada a otros usuarios, ni es admisible la facultad inspectora de los funcionarios de la Junta de Obras a tener libre acceso en la cosa arrendada, ni es posible que el incumplimiento de las cláusulas pactadas motiven la caducidad del contrato, ni la fianza puede ser en la cuantía que la concesión determina, ni puede imponerse la preparación de más de un millón de kilos de pescado para surtir los puestos y explotarlos, esto aparte de que la sumisión del actor se hace a las autoridades administrativas, sumisión que el actor acató y cumplió, al dirigirse primero a la Junta de Obras Públicas y más tarde al Ministerio del Ramo al interponer el recurso de alzada contra la resolución de la Junta por lo cual, al pretender hoy se declare que tal contrato es de naturaleza civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria, es ir contra sus propios actos, lo cual no es lícito, por cuya razón es forzoso desestimar esta pretensión del actor».

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) *Naturaleza de los actos.*

a) *Acto administrativo.*

Lo es el de la Administración penitenciaria, en ejecución de sentencias penales, y pueden existir en materia laboral.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.746).

«Si bien la ejecución de la sentencia en el proceso criminal español, sea común o castrense, corresponde a la autoridad judicial de uno u otro orden, según es de ver en los artículos 903 del Código de Justicia Militar y 984 y 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede desconocerse que en la fase del cumplimiento de la pena, singularmente cuando es privativa de libertad y cualquiera que fuera la jurisdicción de que la hubiera impuesto, junto a las facultades dispositivas, coercitivas y de inspección integradas en el "imperium" de los Tribunales, aparecen las subordinadas y complementarias propias de las funciones, órganos y servicios que constituyen la Administración penitenciaria, a cuya actuación ha de someterse el recluso desde que ingresa en el establecimiento donde ha de cumplir su condena, y toda vez que el beneficio de la libertad condicional, como último período de sistema progresivo penitenciario, no es otra cosa en su aplicación que una serie de actos administrativos que garantizan la función reparadora en congruencia con las exigencias de la individualización de la pena y la readaptación social del penado, actos que tienen su pauta normativa en los artículos 53 a 61 inclusive del Reglamento de Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, es visto que no existe motivo de incompetencia jurisdiccional que en principio despoje a la Sala de su potestad revisora respecto de la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de octubre de 1964, que aquí se combate, dictada en vía de recurso administrativo previsto en el Ordenamiento penitenciario».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.928).

«Para desvanecer las dificultades que suscita la línea divisoria de los problemas sometidos a la jurisdicción laboral y los que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa, un reiterado criterio jurisprudencial, que recuerda la sentencia de 13 de abril de 1963, distingue, a ese propósito, cuando el Ministerio de Trabajo actúa en virtud de atribuciones proyectadas a las necesidades particulares, pero de índole social, entre patronos y obreros, y cuando desenvuelve su actividad con relación a un servicio público, origen de derechos administrativos, susceptibles de defenderse, si son vulnerados, mediante el recurso contencioso-administrativo».

b) *Acto presunto por silencio administrativo.*

La presunción es para el particular una garantía, no una carga.

Puede destruirse mediante un acto posterior, salvo que haya originado derechos irrevocables.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.752).

«Sobre todo a partir de la reforma de la Ley de Procedimiento de 1963 —2 de diciembre—, en que se intercaló un párrafo nuevo a lo dispuesto en el artículo 93, no cabe ya la más ligera duda de que la institución "silencio administrativo" se concibe como una presunción, a utilizar por el administrado en sentido de que puede optar entre interponer el recurso o esperar a la obligada resolución de la Administración, y en este segundo caso, se abre el periodo o plazo ordinario para recurrir, porque si no, lo que se quiso configurar como garantía resultaría un cargo en sentido de que se podría excepcionar una caducidad, contraria a la letra y al espíritu de la Ley».

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.117).

«Independientemente de lo que antecede, hay que tener en cuenta el hecho de que también la Administración demandada pueda reconocer en vía administrativa las pretensiones del actor aun después de interpuesto el recurso contencioso-administrativo, con las consecuencias a que se refiere el artículo 90 de las tantas veces citada Ley jurisdiccional, como reconocimiento extraprocesal de pretensiones».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.074).

«El plazo de un año que fija el párrafo 2.º del artículo 58 de la Ley jurisdiccional para que el acto presunto por silencio administrativo pueda impugnarse en vía jurisdiccional se cuenta a partir de la fecha de interposición del recurso de reposición, y dentro de aquél la Administración está facultada para dictar resolución expresa, sin que se produzca el motivo de anulabilidad que respecto de los emitidos posteriormente a expirar dicho plazo ha apreciado la jurisprudencia de esta Sala como medio de proteger las situaciones administrativas consolidadas a favor de un titular, ante la inactividad de los interesados que no acudieron al recurso contencioso-administrativo, por imperativos de seguridad jurídica, según sentencias de 23 de marzo de 1963, 16 de marzo de 1964 y 30 de junio de 1965, entre otras; pero la fecha de expiración del referido plazo no es la que se notifica la resolución, sino el día en que efectivamente termina el lapso anual».

C) *Acto inexistente.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.131).

«No existe acto impugnabile sobre el que pudiera incidir la actuación revisora de la Sala, y por otra parte, el caso no cabe encuadrarlo en el artículo 90, párrafo 1.º, del propio Ordenamiento legal que contempla el supuesto de que después de interpuesto el recurso contencioso-administrativo la Administración demandada reconozca totalmente en vía administrativa la pretensión del demandante; toda vez que aquí tal reconocimiento total se había producido antes de la interposición».

D) *Nulidad.*

a) *De pleno Derecho, por falta manifiesta de competencia.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.963).

«Como los aludidos recursos de reposición no se resolvieron por el mismo órgano que emitió los actos que aquéllos impugnaron, es decir, la Dirección General de Enseñanza Primaria, según previene el citado artículo 126 de la Ley de 17 de julio de 1958, surge la nulidad de pleno Derecho, a tenor del apartado a) del artículo 47 de la propia Ley, de los que dimanaron del Ministro de Educación, puesto que carecía de competencia para dictarlos».

b) *Nulidad no existente.*

Incompetencia no relevante.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 1.743).

«Tales defectos no alcanzarían a producir la nulidad de actuaciones, a tenor de los apartados a) y c) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues uno y otro apartado se refieren claramente al funcionario, autoridad u organismo que "dicta el acto", y éste, en el caso relacionado, no es el secretario, sino el instructor del expediente, contra el cual nada se ha aducido».

E) *Error de hecho y de derecho.*

Concepto.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.118).

«Según jurisprudencia manifestada, entre otras, en sentencias de esta Sala de 9 de junio de 1929, 10 de enero de 1931, 23 de enero de 1956. 25 de noviembre de 1961. 22 de diciembre y 1 del mismo mes de 1962, el error consistente en haberse desconocido o no aplicado una exención tributaria, no es de hecho, sino de concepto de fondo, de derecho, porque el error es el de carácter material, aritmético, accidental e independiente de cualquier opinión o criterio, y cuando el error, como en este caso, se deriva de interpretación de un precepto legal, debe reputarse como de derecho, conforme declaran las sentencias de 11 de diciembre de 1964 y la de 25 de noviembre de 1959».

F) *Desviación de poder.*

Concepto estricto y necesidad de prueba plena.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.858).

«No incide específicamente en la alegada tacha de desviación de poder, porque ésta presupone el ejercicio—con finalidad diferente de la determinativa de su concesión—de una facultad o potestad, y en el caso de autos el Ministerio carecía de la atribución invocada».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.877).

«Para la existencia de desviación de poder no es suficiente con que la Administración haya incurrido en errores en la concesión y aplicación de la excedencia al recurrente, sino que es preciso acreditar con los supuestos errores se asientan en motivos distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, esto es, cuando la Administración no ejercita su potestad con la debida buena fe».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.900).

«Para que esta alegación pueda prosperar es menester acreditar con seguridad que el apartamiento del cauce jurídico, ético o moral ha tenido existencia, siendo indispensable que la prueba se efectúe por quien la invoca, ya que se

presume que la Administración ejerce sus potestades siempre con arreglo a Derecho».

G) *Revisión de oficio.*

Interpretación restrictiva.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz, número 2.033).

«Las sentencias de 26 de enero de 1961 y 8 de abril de 1965, dictadas, respectivamente, por las Salas 4.ª y 5.ª, para el correcto ejercicio de la facultad anulatoria del acto administrativo que infrinja la Ley, otorgada por el artículo 110, párrafo 1.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo, es indispensable que la infracción legal sea manifiesta, esto es, que se acuse y patentice con tal claridad y evidencia que haga innecesarias las reglas interpretativas o las deducciones basadas en razonamientos complejos, condición exigible con criterio estricto y riguroso, tanto por tratarse de una norma en pugna con la tradición doctrinal y legislativa patria, inspirada en el principio de irrevocabilidad de los actos de la Administración creadores de derechos subjetivos, como porque su aplicación extensiva ampliaría de modo exorbitante la prerrogativa del ente público, dando lugar a que en muchos casos quedasen excluidos prácticamente de fiscalización jurisdiccional actos o decisiones que deben estar sujetos a ella, como última garantía de la integridad y permanencia de los derechos e intereses legítimos declarados o reconocidos a favor de los particulares».

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A) *Concepto de iniciación de oficio.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1966 (Arz, número 1.744).

«Siendo la causa determinante del proceder de la Administración un acuerdo o resolución recaído en otro expediente administrativo, en el que los hoy recurrentes no han sido parte interesada, ni han sido oídos en el mismo, ni han podido en él defenderse, es claro que para aquéllos la orden de cese, revocatoria de la anterior orden de autorización, les ha venido por conducto estrictamente oficial y ajeno a toda previa actuación afectante, y por lo que es patente que el actuar administrativo determinante del cese acordado de esta manera resulta dictado de oficio».

B) *Motivación.**Interpretación amplia.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.865).

«Si en realidad no resulta procesalmente ortodoxa la original ignavia que supone la modalidad de hacer simple referencia en una a los razonamientos de otra resolución, tampoco cabe, dado el espíritu de la Ley, entender quebrantada la formalidad del procedimiento administrativo».

C) *Notificaciones.*

Su insuficiencia o error no puede perjudicar al interesado.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.819).

«Para hacer prevalecer esta extemporaneidad manifiesta sería necesario que en la notificación de 10 de marzo citado se hubiera hecho constar expresamente el plazo para interposición de este recurso contencioso-administrativo».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.819).

«El error en que se hizo incurrir al interesado no puede beneficiar a la Administración culpable de la desviación procesal».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.864).

«Seguido por el interesado el camino que se le marcó a la jurisdicción administrativa, en lugar de indicársele el de la contenciosa, no puede el cambio de ruta sugerido por la Administración desembocar en la inadmisibilidad de la reclamación actual, según también se declaró en las sentencias de esta Sala y en observancia estricta del número 3 del artículo 5.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, sino que procedería en principio anular lo actuado tras la notificación equivocada, para rehacerla en forma; mas un sentido de economía procesal, estribado a la vez en el de conservar la tramitación cuando hubiere de apreclarse permanencia de contenido, y que se refieren los artículos 50 y 51 de la Ley citada de Procedimiento Administrativo, llevan a mantener lo actuado».

4. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS ILEGALES.

A) *Via administrativa.*

a) *Recurso de alzada.*

Necesidad del trámite de audiencia.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.127).

«Respecto de tales interesados no recurrentes, ni personados en la alzada, ni oficialmente conocedores de ella, el mismo escritor promotor del recurso y los informes y documentos subsiguientes, son documentos nuevos, que no figuraron en el expediente de la instancia anterior y que deben ser puestos de manifiesto al interesado no recurrente».

b) *Recurso de revisión.*

El de la Ley de Procedimiento cobija al especial en materia de propiedad industrial.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.025).

«Se ha discutido en el pleito si está vigente el artículo 16 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 30 de abril de 1930, que concede a los interesados recurso extraordinario de revisión contra los acuerdos del Registro cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesto y evidente error de hecho plenamente demostrado por la prueba documental, porque el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 dispone en su número 3.º que el silencio administrativo y el ejercicio del derecho de recursos en vía administrativa que estuviere reconocido en disposiciones especiales (y como tal han de conceptuarse los referentes a la Propiedad Industrial, según el número 21 del artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre del mismo año) se ajustarán a lo dispuesto en dicha Ley, pero la discusión carece de trascendencia a los efectos de la resolución de este litigio, porque lo mismo que el artículo 16 del Estatuto dispone en su número 1.º el artículo 127 de la expresada Ley».

B) *Via jurisdiccional contencioso-administrativa.*

a) *Legitimación activa.*

a') *Inexistencia de interés directo.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.121).

«Es objeto del litigio la impugnación de una Orden ministerial de Obras Públicas por la que quedó confirmada la actuación de la Comisaría de Aguas del Júcar, que publicó anuncios, respectivamente, relacionados con dos expedientes seguidos en solicitud de concesión por distintos interesados, uno para aprovechar aguas públicas con destino industrial y otro para desecación de terrenos pantanosos, y en los cuales anuncios se exigió a los peticionarios la presentación de sendos proyectos, firmados por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, y se autorizó la presentación de proyectos en competencia. La pretensión tiende a que sea admitido la formulación de los mismos por cualesquiera titulados de la Ingeniería civil, y entre ellos los Ingenieros de Montes.

Que para el primer extremo de pedimento es tan clara la falta de legitimación por carencia absoluta representativa, que no precisa justificarse, pues el Colegio no representa sino sólo a una especialidad de la Ingeniería, y en cuanto al segundo, es decir, al que dice relación a la Rama de Montes, precisa observar que quiere apoyarse la legitimación en el artículo 20 de la Ley de la jurisdicción, pero lo que precisa es que lo impugnado sea disposición de carácter general, lo que no son las discutidas decisiones de la Comisaría de Aguas, que se dictan en procedimientos concretos, afectando sólo a los peticionarios, que no han reclamado, y a los que, mediante el requisito esencial de presentación de proyectos en competencia, resulten interesados en los mismos, lo que aquí esto último no se ha dado».

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.642).

«Para ser considerado, con arreglo al artículo 23, apartado a), de la Ley de Procedimiento Administrativo, "interesado legítimo" el señor M. S. B., tendría que tratarse de dueño de establecimiento similar al Hotel A., que por indebida clasificación de categoría de éste, se viera perjudicado en una competencia irregular, y ahora en el proceso contencioso-administrativo que promueve el señor M. cabe reconocer la falta de legitimación activa, al amparo del artículo 28 de la Ley jurisdiccional, no sólo por las circunstancias expresadas, sino con más razón que en el procedimiento administrativo, porque en el momento de iniciar este contencioso ni siquiera era el actor huésped del Hotel tan repetido, como reconoce en el hecho 8.º de su demanda, faltándole, en todo caso, la consideración jurídica, para estar legitimado procesalmente, de interesado directo que requiere el artículo 28 mencionado, en su apartado a)».

b') *Especial para recurrir disposiciones generales.*

Ver I, 1, B, b'), b').

b) *Objeto del recurso.*

a') *Acto no definitivo.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.960).

«En la parte dispositiva de la resolución se dice que en el escalafón definitivo del Cuerpo Administrativo de Delineantes del Instituto Nacional de la Vivienda debe figurar el recurrente con el número 120 de orden general y 16 de su categoría, hasta tanto se informa por el Consejo de Estado acerca de la procedencia o no del reconocimiento de la antigüedad en la Junta Nacional del Paro del personal procedente de la misma, siendo evidente por ello la provisionalidad de las resoluciones recurridas, ya que quedan pendientes de lo que informe el Consejo de Estado».

b') *Acto confirmatorio de otro consentido.*

a'') *No son actos consentidos los que se consientan sólo por algunos intereses con respecto a los otros.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1966.

«El aquietamiento de éstos ante lo resuelto no significa que la Administración haya actuado con corrección jurídica, sino un abandono de sus derechos o dejación de los mismos, que sólo puede traer como consecuencia el lógico perjuicio para quienes incidieron en ello, pero sin que pueda extenderse tal resultado en orden a quienes recurrieron contra los acuerdos que entendieron improcedentes».

b'') *No es acto confirmatorio de un deslinde el amojonamiento que se demora en demasía.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.081).

«El Tribunal ha de hacer aplicación de la tradicional doctrina que limita prudentemente la apreciación de que existe un acto confirmativo, al supuesto de que la materia común reviste caracteres de unicidad causal y determinante; lo que evidentemente no ocurre en el caso de autos, porque el amojonamiento es consecuencia del deslinde, pero posee sustantividad jurídica muy acentuada

al mediar entre ambas operaciones administrativas el considerable lapso de sesenta y cuatro años, durante el cual el indiscutible desarrollo de las situaciones posesorias ha engendrado problemas cuya valoración legal sólo puede efectuarse mediante el enjuiciamiento del fondo de la litis».

c') *Actos no excluidos por Ley.*

Actos de tipo militar.

SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.966).

«No se discute en el recurso nada que se refiera a la concesión de la Medalla, sino si la posesión de ella le da derecho al ascenso a General de Brigada, conforme a la precitada Ley, en la fecha en que, por cumplimiento de la edad señalada para el retiro en el Arma de Infantería, de la cual procede, le hubiere correspondido pasar a dicha situación; por lo que, circunscrito como queda el ámbito del recurso, conforme a sus propios y verdaderos términos, es indudable que la inadmisibilidad alegada, por entender que se discute en él la concesión de una recompensa por méritos de campaña, ha de ser rechazada».

c) *Diligencias preliminares.*

Reposición.

a') *Concepto amplio.*

SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.823).

«Cuya petición no puede tener otra significación que la que el propio Gobierno Civil la atribuyó; presentación en término hábil del preceptivo recurso de reposición, ya que éste existe siempre que se pide en cualquier forma la alteración, modificación o condonación del acto administrativo».

b') *Subsanación y límites.*

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.025).

«Este Tribunal había concedido el término de diez días para subsanar el no haber formulado la reposición, providencia que fué notificada al Abogado del Estado y consentida por éste, y finalmente es doctrina reiterada de esta Sala que el artículo 29 de la Ley permite la subsanación del defecto durante la tramitación, y subsanado, no cabe aceptar la inadmisibilidad, amparada en los apartados C) y E) del mencionado artículo 82».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.805).

«Si bien el artículo 129, párrafo 3.º, de la Ley jurisdiccional permite subsanar el defecto procesal consistente en no haberse interpuesto recurso de reposición cuando sea preceptivo, de su texto se infiere que la subsanación carece de viabilidad en el supuesto que se haya justificado dicho recurso previo, pero después de transcurrido el plazo de un mes que al efecto señala el artículo 52 de la Ley de la jurisdicción, al que hace expreso reenvío el 126 de la de Procedimiento Administrativo, como así lo entendieron y declararon las sentencias de esta Sala de 16 y 23 de marzo de 1964, la primera de las cuales expresa de modo terminante que ello no supone tratamiento de privilegio para el que no pide en absoluto reposición respecto del que lo hace fuera de plazo, sino simplemente tratamiento distinto impuesto por la letra del precepto, que "debe ser observado y cumplido en tanto perdure su vigencia", según manifiesta la sentencia de la Sala 5.^a de 28 de junio de 1963».

d) *Ampliación del recurso.*

«*Favor actionis*».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.820).

«Aun cuando en la práctica normalmente se exige que la ampliación de las actuaciones jurisdiccionales se formulen mediante escrito individualizado con anterioridad a formularse la demanda, no existe precepto legal determinante del tal estricto requisito, bastando que se deduzca la petición en cualquier forma dado el criterio espiritualista que inspira la Ley reguladora de esta jurisdicción si se cumplen las circunstancias requeridas por el artículo 46 de ella para la ampliación de las acciones deducidas, y que son que los nuevos actos administrativos se hubieran producido antes de formalizarse la demanda guarden relación con los impugnados y se solicite dentro del plazo de dos meses de su notificación».

e) *Demanda y presentación de documentos.*

«*Favor actionis*».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.912).

«La indudable imperfección técnica que cabe observar en la sistematización de la demanda no lleva a empeñar la percepción de cuáles son los hechos que se trata de establecer y cuál la invocación de preceptos en que el derecho de la parte pretende ampararse, con lo cual resulta plausible la inaceptación por la Sala de la inadmisibilidad que se solicitara».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.902).

«La pretendida falta de requisitos de forma, que el Abogado del Estado califica respecto a la demanda de este recurso, en base de que algunos documentos no están extendidos en el papel sellado correspondiente, con arreglo a la Ley del Timbre, y que alega ser causa de inadmisibilidad, con arreglo al artículo 82, letras f) y g), carece de virtualidad suficiente a los efectos que se pretende invocarlo, pues se trata de defecto accidental fácilmente subsanable con arreglo al espíritu del Ordenamiento, expresivo del mayor alejamiento posible respecto del manierismo formalista de que la Ley huye y que en el proemio de la misma se declara».

f) *Sentencia.*

a') *Congruencia.*

a'') *No impide pronunciarse de oficio sobre vicios de competencia o procedimiento.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.746).

«La competencia es de orden público y los efectos invalidatorios que su falta determina en los actos emanados de origen incompetente pueden ser relevados de oficio por los Tribunales de esta jurisdicción».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.029).

«Es tradicional doctrina elaborada durante el largo período de vigencia del anterior Ordenamiento jurisdiccional, representado por la Ley de 22 de junio de 1952, que se mantiene desde la aplicación del actual sistema regulado en la Ley de 27 de diciembre de 1956—artículo 5, en relación con los 43 y 83—la de que cuando entre las cuestiones planteadas, ya por iniciativa de las partes, ya por apreciación de oficio del propio Tribunal, figure una atinente a la existencia de defectos sustanciales en las actuaciones gubernativas que han engendrado los actos recurridos y que proyecten sobre éstos tacha de nulidad, su enjuiciamiento debe proceder al de los restantes problemas—incluidas las alegaciones de inadmisibilidad—, por el carácter no sólo preclusivo del examen de fondo de la litis, como de sus condiciones de inadmisibilidad, sino estar directamente ligado a la observancia del orden procesal que debe respetarse, lo mismo en la esfera administrativa que en la jurisdiccional, y de cuyo respeto han de ser celosos custodios los Tribunales de esta jurisdicción, en el ejercicio de la más primaria faceta de su función revisora».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.822).

«Tratándose de la denuncia de un defecto formal muy grave, de no existir éste debe ser desestimado, como más adelante se expondrá, y en el caso de existir, tratándose de grave infracción del procedimiento productora de indefensión, es inoperante la admisión, o inadmisibilidad de la petición, ya que, propuesta o no, había de ser estimado de oficio por el Tribunal en virtud de su función revisora y de su deber de velar por la pureza del procedimiento».

b"). *Pero limitada a los actos objeto de recurso.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.130).

«La facultad de declarar de oficio la nulidad de los actos sometidos a revisión jurisdiccional, como consecuencia de las tachas procesales que precedieron a su formulación, ha de ejercitarse con relación a las actuaciones practicadas en los mismos expedientes originarios de aquellos actos, pero sin extenderse a los correspondientes a otros, cuya firmeza debe respetarse».

c") *Y a lo pronunciado por la Administración, en cuanto al fondo.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.119).

«Habiéndose limitado el repetido Ministerio, en sus resoluciones ahora impugnadas, a declarar y reiterar su incompetencia para conocer sobre las indicadas reclamaciones, sin entrar, por consiguiente, a ponderarlas, no es posible en el presente proceso resolver cuestiones distintas, cual pretende la demanda, por la evidente razón de falta de correspondiente acto de la Administración sobre ellas, requisito indispensable para el ejercicio de la potestad revisora que nos compete. Y es por esto que de no estimarse procedente en Derecho dicha declaración de incompetencia, no cabría otra determinación que la de retornar el expediente administrativo a su procedencia, a efectos de pronunciamiento sobre la cuestión básica que lo originó».

d") *Concepto de incongruencia.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.080).

«Del artículo 43, apartado 1.º, en conexión íntima con el 69, apartado 1.º, y 80 de la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, con el 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que rige como supletoria, claramente se infiere que señalan el principio procesal de la congruencia que debe regir en todas y

cada una de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, acomodándose, como viene sancionando con reiteración, la doctrina de este Alto Tribunal en el sentido de la decidida conformidad en extensión entre las pretensiones formuladas por las partes precisamente en los Suplidos de los escritos fundamentales de los litigios, por lo que queda trabado el cuasi-contrato de "litis-contestatio" y los fallos de las sentencias, con la sola salvedad de ser posible la determinación y aclaración de las normas jurídicas aplicables por distintos fundamentos que los escogidos por los litigantes, dado que no cabe restringir la actividad del juzgador en cuanto a ellas, por aplicación del aforismo "jura novit curia". Por consiguiente, el simple cambio de punto de vista jurídico respetando, como es natural, los hechos alegados y sin atentar a la causa de pedir, es facultad que aun en los sistemas más vinculados al principio dispositivo se atribuye al juzgador, ahora bien, por lo expresado y ya dentro de esta jurisdicción, está sujeto aquél en todo evento a constreñirse a lo que esos textos legales de mérito ordenen, y para ello se ponderarán los demás de discusión, sin que puedan descomponerse en la parte dispositiva de la sentencia las cuestiones planteadas y decididas para introducir pronunciamientos que no corresponden a pedimentos y decisiones, aunque sean de menor trascendencia en sus efectos; pues de incidirse en esto, entonces se cristaliza la inconsecuencia que hace viciosa aquélla, quitándole todo valor legal en lo que atañe a ese defecto productor, que bien puede ser por exceso de poder, o por omisión de pronunciamientos, o por falta de precisión o claridad, consistiendo lo primero, que es lo que únicamente aquí interesa, en que el órgano "a quo" resuelva algo que esté fuera de los escritos fundamentales de la litis, o ejercita deficientemente su actividad en relación con la llamada identificación de acciones, o cuando falla en favor o en contra de personas no intervinientes en las actuaciones, o, finalmente, decidiendo cosa distinta de la pedida, modificando la "causa petendi"».

b') *Contradicción en el fallo.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.080).

«La sentencia del Tribunal de Instancia que se impugna, en cuanto declara revocada la licencia de apertura a que se refieren los Decretos de 17 de enero y 13 de mayo de 1963, del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de esta Villa, con resarcimiento de daños y perjuicios que se causen a su titular por esta medida, está en abierta pugna y contradicción con lo declarado primeramente de ser nulos, por contrarios a derecho, tales acuerdos».

g) *Improrrogabilidad de plazos y excepción.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1966.

«Como quiera que frente a la regla general de prorrogabilidad de términos que enuncia el artículo 306 del Ordenamiento rituario civil, el artículo 121, que pauta los trámites del contencioso-administrativo, formula el prin-

cipio contrario de improrrogabilidad absoluta, precisando con valor expresivo que una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y por perdido el recurso que hubiera dejado de utilizarse a tiempo, es evidente que cae por su base cualquier argumento apoyado en la vigencia supletoria de un precepto ajeno que tiene en la normativa propia su correlativo de signo antagónico, doctrina que esta Sala ha referido tanto al recurso previo de reposición (sentencias de 27 de febrero y 30 de marzo de 1963), como al contencioso-administrativo y el de apelación (sentencias de 20 de marzo y 3 de octubre de 1964), con criterio coincidente con el de la tercera (sentencia de 13 de junio de 1959) y el de la quinta (sentencia de 17 de enero de 1961), sin que la discrepancia que respecto del mismo signifique la sentencia de esta última Sala de 18 de febrero de 1964, tenga otro alcance que el de posibilitar, en su caso, el recurso extraordinario de revisión, conforme al artículo 102, apartado b), de la Ley jurisdiccional, no siendo, por otra parte, de atinente cita la de 11 de abril del propio año, ya que la referencia que contiene respecto del artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alude al primer párrafo, en cuanto complementario del sistema de cómputo que establece el artículo 7.º del Código civil y no al 2.º.

II. LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO DE LAS PERSONAS.

Intervención indebida de la Administración en materia tutelar.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.861).

«Que la pretensión de que se declare inadmisble el recurso, conforme al apartado a) del artículo 82 de la Ley de la jurisdicción, interesada por la Abogacía del Estado, en primer lugar de su escrito de contestación a la demanda, es de desestimar si tenemos presente que en este recurso se trata de dilucidar si las tutelas del menor Miguel Angel B. F., constituidas en Méjico y en España, lo están o no de acuerdo con los Códigos civiles mejicano y español, y cuál es la preferencia de la una sobre la otra, porque ello es una cuestión típicamente civil, que escapa de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; aquí no se puede decidir más ni otra cosa que si el acto administrativo consistente en la protección que el Gobernador civil de Santander prestó primeramente a don Manuel B. C., como apoderado de la tutriz mejicana doña Maria de los Angeles B. y P., y más tarde a ésta para que dicho menor fuera entregado para poderlo trasladar a Méjico, se encuentra o no ajustado a Derecho, reservando el que a las partes pudiera competir sobre las demás cuestiones planteadas, para que las ventilen donde y como proceda.

Que centrada así la cuestión, es principio de Derecho internacional, recogido por lo que hace a España en los artículos 1.º y 12 del Código civil, aquel de que las Leyes de un Estado obligan en general a todos los residentes en el país nacional; y que las Leyes civiles extranjeras se aplicarán excepcionalmente en la nación en aquellos casos que el legislador no hubiere previsto

y autorizado mediante la concurrencia de circunstancias que al efecto señale; cierto que en nuestro Código civil la excepción que señala el artículo 9.º es de aplicación también a los extranjeros residentes en España, según se deduce del contenido del artículo 14; pero en realidad el acto administrativo que nos ocupa no puede estimarse incurso en estos artículos, porque no se trata de amparar derechos y deberes de familia, ni del Estado, condición y capacidad legal de las personas, sino de prestar apoyo a una tutriz que tuvo su nombramiento en país extranjero y que desenvuelve sus actividades tutelares y al amparo y bajo la protección de las Leyes y autoridades extranjeras; y siendo así, el Gobernador civil de Santander, aunque se le pida, no puede intervenir para reducir un menor a la obediencia de la tutora más que cuando la Ley civil nacional le autorice expresamente para ello o cuando por razones de orden público o de seguridad social, las Leyes administrativas españolas igualmente le faculten para actuar; y por lo que hace a las Leyes extranjeras, tan sólo podrá observarlas, como la Ley española expresamente lo determina, cuando debidamente probada la legalidad del acto y la subsistencia de la Ley extranjera, se viniera observando la reciprocidad entre el país extranjero y el nacional, o cuando se pactare en Convenios internacionales debidamente ratificados por las Potencias a quienes afecten.

Que al amparo de la Ley nacional, el Gobernador civil de Santander no puede intervenir en el caso de autos: a), porque si bien los artículos 156 y 269 del Código civil facultan a los padres o al tutor para impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa, que deberá serles prestada en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos o pupilos menores no emancipados, en el caso de autos el tutor ni el Consejo de familia de la tutela constituida en España al menor Miguel Angel B. F., lo ha solicitado, ni ha pedido tal protección; b), porque aunque lo hubiere solicitado el tutor, tampoco podría prestársele mientras no lo hubiere autorizado el Consejo de familia, cual exige el número 1.º del invocado artículo 269; c), porque aunque se amparase para proceder en lo dispuesto en el número 3.º del artículo 18 del Decreto de 10 de octubre de 1958, regulador de las atribuciones de los Gobernadores Civiles, ello se refiere a los menores desvalidos o desamparados, a los incapaces, mujeres en esta situación, etc., pero no cuando, como en el caso de autos, el menor estuviese protegido por el organismo tutelar, mejor dicho, por las dos tutelas, una constituida al parecer en Méjico y otra en España; d), finalmente, porque el hecho de que el pupilo no accediera a las pretensiones de la tutriz mejicana o de su representante, no es una cuestión que perturbe el orden público o la seguridad social que obligara a intervenir al Gobernador civil al amparo de la Ley de Orden Público, o de cualquier otra Ley especial, que por lo que hace su intervención protegiendo una institución y una tutriz creada al amparo de una Ley extranjera, era preciso o que una Ley española expresamente lo autorizara, como antes se ha dicho, o que la solicitante hubiera aducido la prueba completa de que aquella tutela se constituyó, cumpliendo todos los requisitos de forma y de fondo que para la eficacia de la misma exigen las Leyes mejicanas, que con arreglo a aquella legislación tuviera intervención en el organismo tutelar la autoridad gubernativa; y que la doctrina jurisprudencial admitiera el principio de reciprocidad entre aquel país y España; y aquí la prueba aducida en autos es bastante incompleta sobre estos extremos, pues se hace invocación de los artículos 577 y 423 del Código civil mejicano, que suponemos que se referirá al 30 de agosto de 1928, pero no se ha justificado que estuviese en vigor en el momento de hacer la constitución de aquella tutela

y en el momento de la petición, ni se ha demostrado que la tutela esté constituida legalmente ni que entre los dos países impere el principio de reciprocidad en esta materia.

Que tampoco es posible esta intervención, amparado en Convenios entre las dos Potencias, o por Convenios internacionales debidamente ratificados por los dos países; porque en cuanto a los primeros, no hay constancia ni demostración alguna de que existan en materias de tutelas y protección a las mismas; y en cuanto a los segundos, es cierto que existe el internacional de La Haya de 12 de junio de 1902, ratificado por España el 28 de agosto de 1904, que en virtud de lo dispuesto en sus artículos 7.º y 8.º pueden tomarse medidas de urgencia y obliga a las autoridades del territorio en que se encuentre el menor de informar a las nacionales de la situación del mismo; pero a este Convenio no puede ni acogerse ni la tutriz mejicana ni el Gobernador civil de Santander desde el momento en que no ha sido ratificado por Méjico, según se ha reconocido en autos; y tampoco es de obligar el último Convenio internacional de La Haya de 16 de octubre de 1960, porque ni lo ha ratificado España ni hay constancia de que lo hubiera ratificado Méjico.

Por último, que estando protegido el menor por la supuesta tutela mejicana y además por la constituida en España el 19 de abril de 1963, sin que el Tribunal Provincial de Menores de Santander creyera necesaria su intervención, por estimar que se encuentra suficientemente garantizado por la persona del Presidente del Consejo de familia creado en esa fecha, se hace también innecesaria la protección gubernativa, pudiendo continuar en esta situación hasta que los Tribunales de la jurisdicción civil decidan lo correspondiente sobre la validez y eficacia de las tutelas creadas, cuál de ellas tiene preferencia sobre la otra y resuelva las demás cuestiones planteadas en este recurso.

Que por lo anteriormente expuesto es procedente estimar el recurso y declarar que el acto administrativo recurrido es nulo por no ser conforme a Derecho, sin perjuicio de que las demás cuestiones planteadas en el mismo, y que por su carácter civil escapen de esta jurisdicción, puedan ventilar las partes donde y como correspondan; sin hacer expresa imposición de costas, por no apreciarse en las mismas ni temeridad ni mala fe».

III. LA ADMINISTRACION Y EL DOMINIO PRIVADO

1. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

A) *Ambito jurídico total de la expropiación de inmuebles.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.944).

«La expropiación del dominio de un inmueble supone la de todo el complejo de parciales derechos integrados en él, entre ellos el de uso y habitación, que no cabe justipreciar singularmente con independencia y como incremento del precio global de la cosa expropiada; es por ello improcedente indemnizar a los recurrentes por pérdida de hogar».

B) *Justiprecio.*

a) *Motivación.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.936).

«El Jurado ha de fundamentar, con el mayor rigor y detalle, las modificaciones que crea apropiadas».

b) *Su finalidad.*

Hallar el valor real de la cosa.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.818).

«Aunque sea evidente la procedencia de elección de la Ley del Suelo como régimen jurídico que ha de regular el expediente expropiatorio objeto de estos autos, así como está establecido un sistema objetivo y severo para la valoración del suelo, que tanto la Administración cuanto la jurisdicción revisora han de cumplir escrupulosamente, ello no excluye que cuando la técnica complicada de la valoración administrativa conduce a conclusiones claramente contrarias al verdadero valor real de la cosa expropiada, venga obligada esta jurisdicción a modificar aquellos elementos que aparezcan apreciados de una manera desajustada a la realidad y determinantes de una falta de adecuación del precio obtenido con el verdadero real del inmueble, que es lo que lo mismo antes de la vigente Ley del Suelo que a través de ésta es preciso buscar en todo proceso expropiatorio, como han reconocido, entre otras, las sentencias de 9 de junio de 1959, 28 de noviembre de 1960 y 10 de octubre de 1961».

c) *Valor real de un predio.*

Se determina por el rendimiento de que es susceptible, aunque no lo dé.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.818).

«El artículo 86 de la misma Ley establece que el valor inicial de un predio, a efectos urbanísticos, se determinará por el rendimiento que le correspondiere en la explotación rústica efectiva "o de que fuere naturalmente susceptible", siendo evidente que por su situación, naturaleza del terreno, existencia de agua y demás circunstancias, los terrenos propiedad de la Fundación de Gómez-Ferrer son de tan alta calidad como los de fincas circundantes y plenamente susceptibles de cultivo como huerta o naranjales».

d) *Irrevocabilidad absoluta.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.820).

«No puede olvidarse el carácter contradictorio que tiene la fijación de las valoraciones en los procesos expropiatorios, de tal manera que cualquiera de las partes puede aceptar la valoración de la contraria, dando fin al expediente, y por ello las respectivas propuestas no deben modificarse libremente una vez formuladas, supuesto reconocido por la propia Administración en el caso que se enjuicia, ya que ha tratado de justificar la modificación que ha verificado en la primitiva valoración por medio de la Orden ministerial de 18 de noviembre de 1963, al amparo del artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin tener en cuenta que el único camino de anulación de los actos administrativos declaratorios de derechos, como es el de la valoración en los expedientes de expropiación, no puede ser otro que el señalado en los artículos 109 y 110, con las limitaciones del artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de junio de 1958, sin que deba olvidarse tampoco que la especialidad del recurso de reposición, trámite previo para acudir a la vía jurisdiccional no puede determinar a su favor la facultad contraria a la indicada, sin que sea suficiente con oír a los interesados, como se ha hecho en el caso, con la conclusión de que es improcedente cualquier tramitación tendente a modificar el primitivo acto administrativo».

2. URBANISMO.

A) *La aprobación de Planes, competencia estatal.**Consecuencias.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.863).

«El artículo 43, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo configura un trámite meramente informativo y, por tanto, sin entidad para vincular al Ayuntamiento informante, sobre todo en materia que no le compete, como es la aprobación definitiva de un Plan parcial».

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.807).

«Conforme a la directriz trazada por la sentencia de la Sala 5.ª de 22 de enero de 1962, que reitera de modo categórico la de esta Sala 4.ª de 13 de noviembre de 1964, declarando: "que es a todas luces insuficiente el contenido dispositivo del artículo 225, párrafo 1.º de la Ley del Suelo, que, con olvido de lo

preceptuado en los apartados a) y b) del artículo 28 del propio texto legal, no prevé el supuesto de que los actos de aprobación definitiva de los Planes de Ordenación Urbana corresponde emitirlos al Consejo Nacional y Comisión Central de Urbanismo. esto es, a órganos de la Administración Central incardinados en el Ministerio de la Vivienda, no autorizada la incongruente interpretación de que en tal supuesto la función revisora esté también atribuida al Tribunal Provincial de lo Contencioso-administrativo, hoy sustituido por la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial con jurisdicción en el término a que afecte el planeamiento..., pues no cabe impugnar las resoluciones de los titulares de los Departamentos ministeriales ante órgano jurisdiccional distinto del Tribunal Supremo, conforme a los artículos 13 y 14 de la Ley de 27 de diciembre de 1956».

B) Garantías de legalidad.

Acción pública.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.933).

«También pudiera llevar aparejada la nulidad de lo dispuesto por la Administración, por constituir clara infracción del procedimiento, al originar una indefensión para los interesados, el anunciarse el Polígono como radicado en Gerona, cuando realmente está situado en el término municipal de San Gregorio, extremo que pudo y debió rectificarse en el momento inicial de las actuaciones, cuando lo advirtió el Ayuntamiento de la última localidad, máxime si se tiene en cuenta que, según el artículo 223 de la Ley del Suelo, es "pública la acción para exigir ante los Tribunales... la observancia de la misma"».

C) Delimitación de Polígonos.

Requisitos y procedimiento.

Ver la sentencia anterior y las dos que siguen.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.818).

«Si se tiene en cuenta que el apartado 1) del artículo 121 de la Ley del Suelo permite emprender o reservar la urbanización de un sector completo y expropiar uno o varios Polígonos, sin necesidad de la previa aprobación del Plan parcial, en modo alguno puede prosperar la propuesta de nulidad basada en la carencia de un Plan parcial que ampare la expropiación del Polígono».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.933).

«Dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 121 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 que el "Polígono de expropiación se determinará mediante proyecto aprobado con sujeción al artículo 32", es imprescindible, para que cualquier proyecto de delimitación de un Polígono tenga válida sanción, el que se hayan cumplido los requisitos exigidos en este último artículo, el cual previene, en su párrafo 1.º, que aprobado inicialmente el Plan o Proyecto por la Corporación u organismo que lo hubiere redactado..., lo someterá a información pública durante un mes..., lo que implica la obligatoriedad de su exposición, para general conocimiento de todos los elementos integrantes del proyecto de delimitación, que no puede aceptarse esté constituido sólo por dos planos—uno de situación y otro parcelario—, ni aun en su momento inicial, ya que necesariamente tales documentos son consecuencia del estudio que se hiciese en el cumplimiento del párrafo 2.º del artículo 104 de la misma Ley».

D) Concepto de solar edificable.

Interpretación estricta.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.968).

«El Ayuntamiento certifica, en efecto, la existencia de los servicios de luz, agua y alcantarillado, pero nada dice de la intensidad y normalidad de tales servicios, que, según el Arquitecto de la Dirección General de Urbanismo, son en absoluto deficientes, y en cuanto a las fotografías acompañadas al recurso de reposición, se ve que frente a la casa existen aceras, pero no antes ni después, y claro está que en las aceras deben referirse a toda la calle y no solamente al trozo de terreno que ocupa la edificación».

E) Licencias de obras.

Competencia del Ministerio de Información y Turismo si se trata de obras de finalidad turística.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.836).

«El legislador reserva al Ministerio de Información y Turismo la facultad de que en esas normas de interés turístico otorgue las licencias y autorizaciones, sin perjuicio que cuando estas obras o licencias no afecten al Plan nacional de Turismo, sigan siendo las Corporaciones locales las que con arreglo a su legislación privativa—Ley de Régimen Local (apartados 51-55, art 126)—las concedan, y buena prueba de que ese es el criterio del legislador, es la derogación que de esta Ley y de la de Ordenación Urbana hace la disposición

transitoria 2.ª de la Ley de 1963, dejándolas sólo como supletorias en defecto de precepto expreso de esta última, derogación que no tendría sentido si el legislador hubiese querido que las autorizaciones y licencias se siguiesen concediendo en la forma, por los trámites y por las autoridades que la Ley de Régimen Local y la de Ordenación Urbana establecen».

F) *Inmuebles de edificación forzosa.*

Concepto de edificación inadecuada.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.126).

«En el caso de Planes Generales de Ordenación Urbana, puestos en marcha o, por lo menos, ya regulados y en vigor, por el fin en que se inspiran en conjugación con lo reflejado en esta decisión, se frustraría el éxito y la realidad de llevar a término esa mejora urbanística si no se decretara la inclusión, simplemente porque existan otras edificaciones de análogas características, ya que como elemento corporativo, según viene mencionando esta Sala, ha de ser lógicamente el que se establece con aquellos edificios que están dentro de la Ordenanza (sentencias de 11 de febrero y 3 de abril de 1964), más que suficiente para demostrar la inoperancia de tal aseveración».

G) *Declaración de ruina.*

La unidad predial, concepto jurídico.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.028).

«Cuando se trate de apreciar la unidad predial, operación intelectual en la que entran en función otros factores, incluso jurídicos, sociológicos y estáticos, en cuya apreciación, por no privar de forma tan exclusiva, ni el número de peritos, ni siquiera su calidad, cobra mayor relieve la diligencia de inspección judicial».

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Supuesto de inexistencia.

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.923).

«Como el recurrente no tiene acreditada concesión ni inscripción alguna de aprovechamiento de aguas, no puede exigir del Ministerio de Obras Públicas que disponga respecto de tercero la indemnización de pretendidos per-

juicios que se ocasionen a sus tierras cultivadas legítimamente para producir tabaco, por las medidas autorizadas por la Administración en el desembalse del Pantano de Gabriel y Galán, sin que sea óbice de los derechos que le otorgue el artículo 256 de la Ley de Aguas, para poder ejercitar las acciones concernientes a indemnización de los perjuicios que a sus tierras pueda ocasionar una empresa privada, ante los Tribunales ordinarios de Justicia, que tengan aquéllos su fundamento en preceptos de Derecho civil y si hubiera habido un enriquecimiento sin causa por parte de tal empresa».

4. LA PROPIEDAD PRIVADA Y SUS LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS.

En materia de viviendas.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.078).

«Que tanto el artículo 27 de la Ley de 15 de julio de 1954, como el 106 del Reglamento de 24 de junio de 1955, ordenan que las viviendas de renta limitada se dedicarán "exclusivamente" a domicilio permanente, sin que bajo "ningún pretexto" pueda dárseles un uso distinto preceptos ambos de redacción clara y terminante, en los que de modo correcto se apoyó la Orden así recurrida para negar lo pedido por el actor; y que, además, responden a la idea de evitar que en la práctica se den desviaciones del fundamento teleológico de la legislación sobre esta clase de viviendas, y de que los beneficios que, en el deseo de resolver el problema social de la vivienda, concede el Estado, sean aprovechados para finalidad distinta.

Que aún no cabe desconocer que, en casos concretos, la aplicación de dichos preceptos con un criterio de excesivo rigor pueda dar lugar a soluciones injustas, y ello ha llevado, tanto a disposiciones administrativas complementarias —como la contenida en la Ordenanza 2.^a de las aprobadas en 12 de julio de 1955, como a alguna resolución jurisprudencial, entre ellas, la citada por el demandante de 11 de diciembre de 1962—, la tendencia que ello revela no puede extenderse, mientras que aquella legislación no se modifique, a casos cada vez más numerosos y alejados del tipo de las actividades de modesta artesanía o de carácter agrícola o rural, muy distintas de las que supone una clínica dental abierta a todo el público, con una concurrencia de éste normalmente constante y presumiblemente numerosa, y cuya importancia económica, instalación y funcionamiento no encajan ni en el espíritu de la legislación sobre Viviendas protegidas, ni en los terminantes preceptos antes citados, ni guarda semejanza con las resoluciones concretas, administrativas o judiciales, anteriormente aludidas».

IV. DOMINIO DE LA ADMINISTRACION

1. Zona marítimo-terrestre.

Su deslinde no puede contradecir los títulos de propiedad inscritos.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.920).

«Como en el expediente no consta si con este deslinde se perjudica la cabida y situación de la finca inscrita en el Registro, por respeto a esta inscripción, es forzoso decretar la nulidad de las Ordenes recurridas, a fin de que previamente o a la vez que se ejerciten acciones contradictorias del dominio de inmuebles, se pida la nulidad de la inscripción inexacta, lo cual no se compagina con la decisión de la Administración que determina la zona marítimo-terrestre y luego pretende interponer acciones sobre la nulidad de la inscripción registral».

2. Montes.

Doctrina idéntica a la anterior.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.798).

«Si bien es cierto que en los deslindes administrativos de montes públicos se reflejan solamente situaciones posesorias y no deben alegarse, ni pueden decidirse, cuestiones de propiedad, reservadas a los Tribunales civiles ordinarios, al dictado del artículo 22 del Decreto de 17 de octubre de 1925, señala como primera prueba admisible a tales tramitaciones los títulos auténticos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad; por lo que su aportación y requerido examen de éstos, en relación con la presunción de posesión que de ellos pueda derivar, no implica el planteamiento de una cuestión civil de carácter dominical, sino un medio de enjuiciar administrativamente la práctica de un deslinde de tal carácter».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.082).

«El párrafo final del inciso d) del artículo 14 de la Ley de Montes hay que entenderlo referido a la hipótesis en las que la pretensión, bien única, bien fundamental y directa de los particulares interesados, sea de la propiedad del monte o parte de él; y consiguientemente, en tales hipótesis, y respecto de aquellos interesados que así hubiesen procedido y alegasen expresamente por

ello la necesidad del informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, la omisión del mismo será tacha esencial de la tramitación del expediente, como reconoció esta Sala en sentencia de 14 de diciembre de 1965, y no se dará esta nota de esencialidad en tal omisión en casos que en los cuales la alegación o alusión a la propiedad obedezca a imprecisión terminológica y a no distinguirse con claridad cuál es la función en estos expedientes de los títulos de dominio, presentados sólo a efectos de probanza de la posesión; ocasiones en las cuales, como en los casos de las sentencias de 5 de octubre de 1963 y 22 de mayo de 1964, la Sala, atendiendo a la relación del artículo 14 de la Ley de Montes con el Real Decreto de 23 de marzo de 1886—aparte otras circunstancias especiales como la de constar ya en autos en caso de la primera de las sentencias citadas, la existencia ante los Tribunales ordinarios del proceso sobre el dominio—no estima de carácter esencial la omisión del informe de la Dirección General de lo Contencioso».

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.881).

«El problema de fondo que nutre la presente litis se planteó con anterioridad a este Tribunal en el recurso decidido por la sentencia de 30 de enero de 1960, cuyo criterio resulta inexcusablemente aplicable al caso de autos en observancia del principio de unidad de doctrina; por lo cual debe rechazarse el argumento que la Administración para desestimar en la vía gubernativa las pretensiones del actor, esto es, la coincidencia entre las líneas deslindadas y amojonadas; porque la validez de aquél, indiscutible si entre las dos operaciones hubiere mediado un corto plazo, no puede extenderse al supuesto acaecido de que la segunda haya tenido lugar más de sesenta años después de la aprobación no materializada sobre el terreno del deslinde; dándose lugar a cambios sustanciales en las titularidades inmobiliarias afectadas, cuyo respeto por la Administración resulta inexcusable en acatamiento del principio de legitimación registral o de eficacia convalidadora de la prescripción adquisitiva, ya que de mantenerse el "status" reflejado por la línea de deslinde, que no responde a la realidad posesoria presente, se incidirá en una patente injusticia, violando las garantías que el Ordenamiento legal otorga a los derechos consolidados a su amparo; según lo dispuesto en los artículos 37 del Reglamento de 17 de mayo de 1865, 18 del Real Decreto de 1 de febrero de 1901 y 29 del Real Decreto de 7 de octubre de 1925, aplicable en la litis, en relación con las prevenciones del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, del 40 del citado Reglamento de 1865, de la Real Orden de 17 de octubre de 1866, sin que la protección posesoria que tales normas pueda enervarse por un acto anterior a los que han generado los derechos vulnerados por el amojonamiento, porque aquella protección se proyecta sobre la situación posesoria existente al aprobarse dicho amojonamiento, y la Administración forestal tiene facultades para efectuar las rectificaciones necesarias a fin de impedir que una hitación perimetral tardía lesione titularidades dominicales y situaciones posesorias de indiscutible legitimidad, como asimismo puede promover los medios jurídicos adecuados para proteger cualquier derecho dominical de carácter público, susceptible de ser reconocido jurisdiccionalmente».

V. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Su diferencia de los civiles.

Ver I, B), primera sentencia.

VI. POTESTAD SANCIONADORA

1. *Posibilidad de competencias administrativas concurrentes.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.800).

«El exceso en el número de viajeros transportados en un autocar de servicio público puede afectar a la observancia de las condiciones legales objeto de la correspondiente concesión, y bajo tal perspectiva motivar decisiones de las autoridades del ramo de Obras Públicas, incluso con alcance sancionatorio; pero a la vez y cuando se trata de un hecho concretamente comprobado por las Fuerzas de vigilancia en carretera, no cabe duda de que queda dentro del concepto de "vigilancia de la circulación, tráfico y transportes por las vías públicas", a que, dentro de lo previsto por el artículo 1.º de la Ley de 20 de julio de 1959, se refiere el artículo 4.º, número 1.º, del Decreto de 21 de julio de 1960, como función propia de las autoridades dependientes del Ministerio de la Gobernación».

2. *Independencia de la potestad punitiva penal.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.902).

«Los fundamentos que tuvo el Ayuntamiento de Madrid al aplicar la sanción como consecuencia de haber cometido el señor G. N. dos faltas administrativas comprendidas en los artículos 105, número 3, y 106, número 3, 3), del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, no quedan enervados con la sentencia dictada por la Sala de lo Criminal de la Audiencia de Madrid de 12 de diciembre de 1961, que le absolvió del delito de apropiación indebida, y en consecuencia, en forma alguna puede acogerse la pretensión que se formula de que se revoque la sentencia dictada por la Sala 2.^a de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, que en nada contraría al Ordenamiento jurídico establecido en la materia, ya que los fundamentos de una y otra jurisdicción, para sancionar y absolver, fueron distintos e independientes cada una de ellas».

3. *En materia de viviendas.*

No obsta a ella la calificación definitiva.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 1.743).

«La llamada calificación definitiva de las Viviendas protegidas no tiene otro alcance que el del mero reconocimiento, en principio, por el Ministerio que las protege, de que la obra ejecutada aparece ajustada al proyecto en sus extremos esenciales, mas sin que ello suponga, por ningún concepto, que no puede resultar en caso alguno concedida dicha calificación a obras que luego aparecen desajustadas a aquél, por extralimitaciones reglamentarias, cual sucede en el caso presente, en que existe un ático retranqueado por completo ajeno al proyecto, o por defectos ocultos de construcción, que también en el caso de autos se hallan descubiertos por deficiencias comprobadas de humedades en las medianeras, mala calidad de la carpintería de las ventanas y deficiencias en los desagües, dimanantes de que el agua de los lavabos rebosa por los sumideros del plato de ducha. más también el hecho, acreditado, de haber dado entrada a los ocupantes de las viviendas antes de concederse la referida calificación definitiva de las mismas».

4. *Principio «in dubio pro reo».*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.964).

«No existe tampoco una prueba decisiva y concluyente que permita afirmar la recepción por parte del recurrente de las 10.000 pesetas, y sin la existencia de esta prueba, premisa indispensable de toda presunción jurídica, no es posible formar un juicio lógico que excluya toda posible duda sobre la culpabilidad del acusado, duda que, de existir, como existe, en el caso enjuiciado, conduciría a la absolución, por aplicación del principio "pro reo", como ya tiene declarado este Tribunal en jurisprudencia reiterada en sentencia de 20 de abril de 1964».

VII. FUNCIONARIOS

DERECHOS ADQUIRIDOS.

A) *Su relación con la potestad organizativa de la Administración.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.893).

«Según jurisprudencia de esta Sala, reiterada en sentencias del 12 de febrero y 16 de marzo de 1966. "la Administración tiene facultad de alterar el

Ordenamiento de su funcionariado, ya que la potestad de estructurar sus Servicios siempre le incumbe y puede ejercitarla en cualquier momento, atendiendo a la estimación que haga de las circunstancias en cada instante existentes y de lo que entiende procedente para una mayor eficacia de su organización y perfeccionamiento de ésta, siempre que se respeten *íntegramente* todos los derechos adquiridos en forma legal por los actuales funcionarios»).

B) *No existen en los interinos, respecto a su inamovilidad.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.928).

«Con arreglo a la opinión jurisprudencial dominante—sentencias, por ejemplo, de 14 de enero de 1953 y 5 de octubre de 1957—, las designaciones interinas o eventuales, cual es la de la hipótesis que se examina, no confiere las garantías de las que se conceden en propiedad, y entre ellas, la inamovilidad».

J. G. P.
y S. O. N.

LIBROS

GUAITA, Aurelio: *Derecho administrativo especial*.—Tomo IV. Librería General. Zaragoza, 1966.—Un volumen de 372 págs.

El profesor GUAITA se aproxima a la terminación de su *Tratado de Derecho administrativo especial*. Y aun cuando supongo que ya se habrá dicho lo mismo en recensiones de tomos anteriores, aun así me parece preciso comenzar ésta, señalando que se trata de un libro distinto de lo publicado hasta ahora, único en su género y muy necesario. Un tratado relativamente breve que cubre de modo efectivo y eficaz la zona más frondosa de la legislación española, reduciendo a unidad, en cuanto posible, y, al menos, reconociendo a sus principios fundamentales la multitud de normas sobre los variados aspectos de la vida nacional en que intervienen particulares ramas de la Administración o que se relacionan con la acción administrativa.

En su camino hacia la terminación de la obra, el autor recorre, en este tomo, las etapas correspondientes a la industria (industrias en general, energía, propiedad industrial); el turismo; el comercio interior y exterior, y las comunicaciones y transportes (terrestres, marítimos y aéreos).

La exposición es sencilla, clara, pedagógica. El autor hace las necesarias referencias a la historia inmediata de la legislación, de los institutos y de los órganos administrativos, y así también, cuando ello es útil, al Derecho comparado. Pero la casi totalidad de la obra versa sobre Derecho español actual. En ella, el copioso material legislativo se expone sintetizado con inteligencia y en forma orgánica, incluidas en el texto las normas más características, y en las notas (junto con la bibliografía—realmente exhaustiva la española de algún interés—y selecta jurisprudencia), las disposiciones complementarias. Consigue, así, una síntesis diametralmente distinta del centón; de la transcripción inconexa y

literal de preceptos que se supone importantes, alineados uno tras otro, que da tono a tantas obras anteriores. Pues en ésta se define; se explica el instituto; se destilan y sitúan los grandes principios; se extrae la sustancia común del conjunto de las regulaciones particulares; se insertan éstas en un sistema. Desde luego, el autor emplea muchas veces (evidentemente, y ello es necesario) las palabras de la Ley, pero incluidas en explicaciones de su significado, y sin perder de vista las ideas fundamentales, de modo que el conjunto representa una reelaboración de los preceptos esenciales, más formativa que informativa—aun siéndolo mucho—, y mucho más llena de relaciones e implicaciones que la mera transcripción al uso.

La obra, nacida de la enseñanza y a ella destinada, tiene, además de su valor pedagógico indiscutible, gran valor práctico, por cuanto informa a quien la consulta de todo lo fundamental en legislación y bibliografía relativas a la materia que le interesa, y le explica los principios que la gobiernan: ellos representan, frecuentemente, el único hito estable para la interpretación de Leyes circunstanciales y cambiantes.

Son muchos e interesantes los puntos de vista personales en el libro que comento: resulta imposible, en los límites de esta reseña, dar una idea de tantos como aparecen a lo largo de la exposición, a veces en función de complemento interpretativo del autor a las Leyes vigentes, de modo que el no especialista puede incluso considerarlos como algo natural, evidente, cuando en realidad representan un trabajo importante de hermenéutica, e incluso de construcción, sobre temas inéditos o discutidos. La frecuencia de estas opiniones propias en el texto y en las notas de la obra es ya un indicio de su originalidad y valor.

Por señalar algún extremo concreto, indicaré el estudio, fino y original, que el profesor GUARTA hace del concepto y naturaleza de la propiedad industrial y de las relaciones del Derecho civil y el administrativo en ese campo. El acepta que se trata verdaderamente de una propiedad, por ser aplicable a la industrial el artículo 348 del Código civil, pero propiedad dotada de numerosas e importantes peculiaridades, debido a su inmateralidad y al papel esencial que juega en este campo el Registro de patentes y signos distintivos. Este Registro representa precisamente el en-

tronque de la propiedad industrial con el Derecho administrativo, aparte la función social importante y evidente de aquélla, que exige la intervención de la Administración. Finalmente, los certificados, patentes o inscripciones, son actos administrativos de naturaleza concesional, lo cual explica que se otorguen sin perjuicio de tercero; la existencia del canon, y la caducidad por falta de explotación o utilización.

Creo que podemos estar de acuerdo con esta tesis. En particular, no me parece que el concepto de concesión y el de propiedad se repelan indefectiblemente. Tenemos aquí un caso en que la realidad se burla de las construcciones jurídicas excesivamente cerradas y esencializadas. Hay, con todo, entre las afirmaciones del autor, una acerca de la cual cabría ulterior análisis, a saber, si realmente la propiedad industrial nace *ex nihilo*, o si en algunos casos—por ejemplo, el de la intervención—hay un *quid* anteriormente existente, igual que en la propiedad intelectual con un cierto valor autónomo y que, por tanto, no se limita a ser mero requisito de la concesión.

Otro punto, entre tantos más, en el que hay notable aportación personal, es el de la naturaleza de la zona marítimo-terrestre, cuya propiedad pública defiende el profesor GUARTA con buenos argumentos, señalando las incoherencias de la legislación española, que llevan a admitir, circunstancialmente, excepciones de difícil calificación. El autor ha manejado en este punto, ágil e inteligente, los textos en presencia.

La obra constituye un señalado servicio a la enseñanza: formará licenciados en Derecho con conocimiento científico de la materia administrativa; les ayudará a discurrir bien sobre ella; les situará en nivel superior para contemplar en su conjunto cualquier regulación concreta. Mas también ayudará a los prácticos a enfocar la interpretación de la Ley para la resolución del caso controvertido, o les informará de la legislación y sus vigencias, o de la literatura y la jurisprudencia importantes sobre cualquier extremo. Será—si no lo es ya—un libro clásico en la literatura administrativa española, que emplearán los escolares para su iniciación, y consultarán los juristas para iniciar cualquier estudio o recurso. Es, en último término—y de ahí su vocación de libro clásico—, el coronamiento de una etapa de la doctrina española, en

la que una nueva generación de administrativistas ha perfeccionado los métodos y redoblado el esfuerzo, sobre todo en los años que llevamos de publicación de la «Revista de Administración Pública». Gracias a esta generación tenemos hoy un acervo de estudios monográficos que sirven de contraste a la doctrina y la hacen más estable y uniforme. Dicho sea ello, asimismo, en elogio del autor, que es uno de los representantes más caracterizados de ella.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

GUILARTE ZAPATERO, *Vicente*: *La segunda hipoteca en el Derecho español*. Editorial Bosch. Barcelona, 1966.

En el trabajo del profesor GUILARTE se lleva a cabo una sistematización del régimen de la segunda hipoteca, aislándola de la anterior, destacando la entidad independiente de la misma, determinada por su propia finalidad práctica.

De las tres partes en que la obra se divide, en la primera, el autor, analiza la posibilidad de hablar de la concurrencia de garantías reales sobre una misma cosa en el Derecho histórico, como antecedente de los modernos regímenes de la segunda hipoteca.

Partiendo del Derecho babilónico, destaca después las tres típicas formas de garantía real en el Derecho griego, de las cuales, la de más tardía aparición, se caracteriza, porque la cosa queda en propiedad y posesión del deudor hasta el vencimiento de la deuda, producido el cual, sin necesidad de autorización judicial, pasa a la propiedad del acreedor. Frente a la hipoteca romana, que es una garantía del crédito, la griega, supone un verdadero sustitutivo del mismo.

Sólo en este supuesto cabría hablar de posibilidades de concurrencia de garantías, aunque, como señala GABA, esto vendría siempre limitado por esa especial naturaleza de la hipoteca griega, que entraña un poder de apropiación de la cosa, que excluiría, por incompatibilidad, otro poder de tal naturaleza sobre la misma cosa.

Es de notar que en la Ley de Efeso se contemplan disposiciones

específicamente relacionadas con la pluralidad de hipotecas sobre un mismo bien.

El Derecho romano tiene un sistema de garantías reales diferente, que el autor esquematiza para llegar a conclusiones que importan a la materia concreta de su estudio.

Dentro de las notas caracterizadoras de la hipoteca romana, señala ésta, precisamente, de la posibilidad de que una cosa soporte diversos gravámenes hipotecarios. Admitida la no transmisión de la posesión de la cosa y conseguido el sistema de realización de su valor, para con el importe hacerse el pago de la deuda, nada impide la existencia de los gravámenes posteriores. Pero la falta de un sistema de publicidad hace bien escasa su utilidad, ya que se impide la certeza del rango y se desconoce el valor de los gravámenes anteriores. La existencia de hipotecas generales y privilegiadas, resta también garantía y eficacia a las hipotecas posteriores. Se hace eco del reciente trabajo del profesor MIQUEL sobre el tema, que preocupa a los romanistas a través de una bibliografía bastante numerosa, en la que discrepan en cuanto a su momento de aparición. Es sabido que MIQUEL pone el origen de la segunda hipoteca en el negocio jurídico romano.

Aceptada la existencia, dentro de estos límites, de la segunda hipoteca en el Derecho romano, el autor se detiene a analizar las notas esenciales de su contenido, así como el sistema de prioridad.

En cuanto al contenido, consumada la evolución de la hipoteca, da derecho al acreedor a la facultad de ejercitar el *ius vendendi*. Y como requisito preliminar al ejercicio de tal facultad, se le concede la «actio serviana» o «hypotecaria» para obtener la posesión de la cosa. En el momento en que tal acción es concedida al segundo acreedor hipotecario, se señala por HERZEN, puede decirse aparecida la segunda hipoteca en el Derecho romano. Frente a esta posición, la del profesor MIQUEL, para quien en los textos pueden encontrarse supuestos de segundas hipotecas, a los que no se les concede tal acción, a no ser que el acreedor primero no quiera aceptar el pago ofrecido por el acreedor segundo.

La acción serviana, como la hipotecaria, tienen carácter restitutorio, obteniéndose con ella la posesión de la cosa dada en garantía. Su ejercicio sólo es posible impagada la deuda. En un prin-

cipio, el segundo acreedor hipotecario carece de tal acción y sólo puede ofrecer al acreedor primero el importe de su deuda. Aceptado por éste, y como consecuencia de la subrogación operada, el acreedor segundo ocupaba el primer rango, con la consiguiente facultad de ejercitar la acción hipotecaria. Parece ser que en el supuesto de que el primer acreedor hipotecario no aceptase, se concedía también al segundo la acción hipotecaria. Es decir, señala el autor, cabe señalar en este primer momento un condicionamiento absoluto de la segunda hipoteca en los términos expuestos.

Posteriormente, es dotado ya el segundo acreedor de acción hipotecaria con independencia del primero. Puede esta acción ejercitarse contra cualquiera, excepto contra el primer acreedor hipotecario. Nota típica de la segunda hipoteca romana es la de no otorgar en ningún momento de su evolución la facultad de proceder a la venta de la cosa. Esta venta, llevada a cabo por el segundo acreedor, amparado en la clandestinidad, no tendría trascendencia real.

La solución, aunque parece justa, supone un condicionamiento del derecho del segundo acreedor al del primero y es extraña al Derecho moderno. El segundo acreedor no está facultado, sino a exigir, si existe, el sobrante del precio de la venta. Y tampoco puede oponerse a la venta que de la cosa haga el primero. Como facultad mitigadora de la condicionalidad del gravamen posterior, encontramos en el Derecho romano el *ius offerendi*; es decir, la facultad de ofrecer el importe de su hipoteca al acreedor preferente, como ya señalamos, subrogándose así en su lugar. Facultad de gran interés en el sistema romano, como se desprende de la construcción del mismo, así como del contenido de la facultad.

Consumada la evolución de la hipoteca, el *ius offerendi* es un derecho de subrogación, al que Glück descriptivamente califica de derecho de satisfacer o comprar el crédito de otro acreedor hipotecario, concedido al acreedor de grado inferior. Destaca que este acreedor hipotecario a quien se le ofrece el pago de su crédito, viene obligado a aceptarlo y su negativa origina la correspondiente consignación judicial que tiene efectos de pago.

Sigue analizándose en el texto el régimen de la figura en todos sus pormenores. En especial su naturaleza jurídica, que difiere fun-

damentalmente de la de las hipotecas posteriores en el Derecho moderno en algo tan importante, como la ausencia de la facultad de realizar el valor de la cosa gravada. Así como en el influjo en ella del *ius offerendi*.

Una vez consumada su evolución, dice el autor, puede considerarse a la segunda hipoteca romana como un verdadero derecho real de garantía. Condicionado en su efectividad a la existencia del primer gravamen. Así, DERNBURG lo califica de negocio condicional. Acabando el análisis de esta segunda hipoteca romana, con el estudio de la fijación y cesión del rango hipotecario en Roma. Principio romano es el de *potior in iure prior in tempore*. En las dificultades que ofrece la fijación del momento para aplicarlo. En las excepciones que lo complican etc. Finalmente, hace referencia a cómo la concurrencia de gravámenes hipotecarios da lugar a un sistema de elasticidad o avance de puestos, analizándolo detenidamente. Desaparecida la hipoteca precedente, siempre que no sea por venta, en cuyo supuesto se extinguen todas, la posterior ocupa el puesto de la primera. Excepciones, el *ius offerendi* y la *successio in locum*, deteniéndose en los distintos casos de esta última. Tanto en los casos del *ius offerendi* como en los del *la successio in locum*, estima MORANDI, más que una cesión del derecho de hipoteca, hay una cesión de rango. De otra manera no podría explicarse que el derecho de hipoteca sobreviviese a la extinción del crédito, que garantizaba, para unirse a otro nuevo. Señala GUILARTE, cómo el sistema bastaba a cubrir las pocas necesidades del crédito real en Roma. Siendo el sistema de prioridad romano no sólo lógico, sino justo.

A continuación estudia el Derecho germano. Como consecuencia de la publicidad y de las solemnidades que informan a los derechos germanos, la hipoteca va encontrar un medio más capaz para su desarrollo. Frente a la carencia de formalidades en la constitución de la hipoteca romana, las garantías reales germanas nacen revestidas de cierta publicidad, que dará, finalmente, lugar a la inscripción necesaria cuando se trate de gravámenes sobre bienes inmuebles, del mismo modo que se exige para la transmisión de éstos. También es causa del buen desenvolvimiento de las hipotecas germanas posteriores, la ausencia de garantías reales, sobre todo el patrimonio.

La evolución es, por lo demás, similar a la del Derecho romano. Cabe, no obstante, destacar cómo en el Derecho germano se afirma pronto el distinto tratamiento que recibe el derecho de prenda, según recaiga sobre muebles o inmuebles. Se distingue en este derecho entre prenda de sustancia y de disfrute. Las analiza. Destaca cómo la primera realmente se confunde con un pacto de retro. La prenda de disfrute, *satzung*, como la prenda romana, pone al acreedor en posesión de la cosa gravada, pero se diferencia de ésta, en que otorga el disfrute de la cosa hasta la extinción de la deuda.

Se habla por los germanistas del origen de la hipoteca germana en la que se denomina nueva *satzung*. Frente a la antigua *satzung*, en la nueva, el desplazamiento de la posesión no se produce, sino en el caso en que el crédito esté vencido y no satisfecho. Y sólo a efectos de ejecución. La doctrina destaca el paralelismo de la nueva fórmula con la hipoteca romana, y WOLF la señala como raíz de la hipoteca moderna. GUILARTE, a su vez destaca, cómo, sin embargo, existe una profunda diferencia entre ambas. Que reside en el papel que la publicidad juega en la *satzung*. En un principio a través de su constitución mediante solemnidades públicas entre los Tribunales y el Consejo. Más tarde, cuando se crean los Registros en las ciudades y se exige la inscripción.

Examina la evolución de esta fórmula de garantía. Destaca cómo tiene más analogías con la moderna hipoteca que con la romana. Ya que viene tipificada por dos cualidades: publicidad para su constitución y vigencia posterior del gravamen con la consecuente ejecución judicial. Todo esto, junto con la prohibición, ya señalada, de hipotecar todo el patrimonio, parece que había de favorecer la creación de hipotecas posteriores. Y señala cómo cabe pensar que la aparición de éstas no tendría lugar hasta la aparición de la nueva *satzung*, que no precisa el traspaso de la posesión.

Es notorio, por otra parte, cómo la influencia de la hipoteca favorece el desarrollo de la economía de los Estados germanos. Instrumento de crédito territorial, gozó de gran predicamento.

No obstante, la recepción del Derecho romano, las notas típicas de las garantías germanas, perduraron en la moderna legis-

lación, aunque esta recepción dió lugar a que se borrásen los principios clásicos del sistema hipotecario germánico. Al irrumpir, las hipotecas tácitas y generales se borra la publicidad y la especialidad. Más tarde, los principios nacionales adquirirán nueva vigencia.

La publicidad fué el resorte decisivo, se señala, para el impulso y desarrollo del derecho de hipoteca germano. También destaca el autor como circunstancia que favorece el funcionamiento de las hipotecas posteriores en este sistema, la de que en el Derecho germano la ejecución hipotecaria se dirigen en forma inmediata a la realización del valor de la cosa para con su importe hacer pago al acreedor.

El sistema germano pretende la realización del valor de la cosa. El Derecho romano, la seguridad del acreedor hipotecario, lo que, lógicamente, se busca a través de la posesión de la cosa. «La hipoteca romana—escribe GUILARTE—proyecta su eficacia más trascendental cuando intenta adquirir la posesión de la cosa; la hipoteca germana y la moderna, cuando se lleva a cabo la realización del valor». Completando el análisis histórico, el autor se detiene a considerar la institución en nuestro Derecho histórico.

Entiende que cabe señalar en la evolución dentro de nuestro Derecho tres etapas claramente diferenciadas: la primera, que termina con la implantación de los oficios. La segunda, de creación de los oficios hipotecarios que vienen a dotar de cierta publicidad a los gravámenes. Y la tercera, que comienza con la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861.

Analiza seguidamente cada uno de los tres periodos.

En el primero, la hipoteca del Derecho español es típicamente romana, clandestinidad, hipoteca general, incluso de bienes futuros, privilegios de todo tipo.

Pronto se manifiestan los inconvenientes del sistema, cuando la estrechez de la economía se rompa y se debilite la buena fe de las realizaciones. Volvemos a encontrar los riesgos que hallamos en el Derecho romano, imposibilidad de conocer si la finca está libre de gravámenes y de la seguridad en el privilegio de la hipotecā, ante otros anteriores.

Por otra parte, a la manera como sucedía en el Derecho romano, en el Derecho antiguo español también aparecen fundidas prenda

e hipoteca bajo una misma denominación. En régimen semejante, señala GUILARTE, la imposibilidad de segundas hipotecas, como la escasa difusión de la hipoteca en general.

La segunda fase se inicia con la creación de los oficios de hipoteca en 1768, como consecuencia de los inconvenientes del sistema de la clandestinidad. Sin embargo, la publicidad conseguida es parcial, tiene lugar en cuanto a las hipotecas convencionales, pero no rige en las legales, que siguen siendo clandestinas. La seguridad del dominio sigue sin producirse, por lo que la introducción de los oficios no alcanza demasiada trascendencia. Señala GUILARTE, que en la medida de su parcialidad esta publicidad tendrá más trascendencia para las segundas hipotecas, pues facilita el conocimiento de los gravámenes ya existentes.

Finalmente la tercera fase, que tiene lugar con la apreciación de la Ley de 1861, supone la instauración de una serie de principios técnicos de procedencia germana.

Sistema de publicidad a través de la inscripción constitutiva en materia de hipotecas, que será piedra angular del tráfico inmobiliario. Dos hechos decisivos facilitarán el desarrollo de la segunda hipoteca a partir de este momento: 1) facilitación del exacto funcionamiento del Derecho de prioridad. 2) Posibilidad de determinar con precisión el alcance de los gravámenes primeros.

Hace notar que, no obstante, perdurarán en nuestro sistema notas del Derecho romano. Y será precisamente en las segundas hipotecas donde nos encontremos con este influjo. Fundamentalmente, señala Roca Sastre, nuestra hipoteca es romana.

Se consagra la posibilidad de segundas hipotecas en el artículo 107, 2.º, de la Ley. Se señala por GUILARTE, cómo la importancia no está en la consagración de esta posibilidad, que ya encontramos de alguna manera en el Derecho romano y en las Partidas, lo que sí es auténtica innovación, respecto del Derecho anterior, es la declaración de ineficacia del pacto prohibitorio de las hipotecas posteriores, con lo que no sólo se la independiza de la voluntad del acreedor hipotecario primero, sino que a éste se le priva de producir la ineficacia de las hipotecas posteriores de manera expresa.

Sólo un sistema de publicidad justifica y hace operantes las segundas hipotecas y justifica el sistema de preferencia que rige en la materia. Todo lo cual aparece en los términos del artículo 107.

De forma implícita, señala GUILARTE, aparece en el artículo 107 el principio del B. G. B. de libertad de hipotecar del dueño de la finca.

En la exposición histórica se hace, finalmente, el análisis de la actual Ley Hipotecaria. En la que se mantiene el principio de nulidad del pacto prohibitorio de segundas hipotecas. Se construye la ineficacia del mismo, acudiendo a los artículos 26 y 27. Se hace eco de la diversidad de opiniones en cuanto a la extensión de la prohibición de estos pactos: ¿alcanza también a la prohibición que aparezca en la donación o el testamento? Destacándose otros problemas que la prohibición de la Ley plantea: acceso al Registro de los pactos y alcance de la eficacia obligacional de los mismos.

El régimen legal, que surge a partir de la publicación de la Ley de 1861, favorece la utilización de la garantía hipotecaria y facilita el empleo de las hipotecas posteriores. El régimen hipotecario se extiende a los muebles; pero por razón de su naturaleza, la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954 prohíbe expresamente las segundas hipotecas. Comparados los regímenes jurídicos de la Ley de 1861 y el actual, se puede concluir que no hay modificaciones fundamentales. Sólo una distinta redacción que no afecta a la esencia del sistema.

Una vez llevado a cabo el análisis histórico de las segundas hipotecas, el autor, en la segunda y tercera parte de la Monografía, estructura y sistematiza la materia.

En primer término, delimitación del concepto y notas específicas de la segunda hipoteca. Plenamente reconocida dentro del artículo 107, 3.º, se integra dentro de las modalidades de hipotecas que pueden constituirse con restricciones, que, en este caso, se refieren a la limitación que estos gravámenes sufren como consecuencia de la existencia de gravámenes anteriores. Se llega así hasta un concepto de segunda hipoteca, como aquella que grava bienes sobre los que ya existe una anterior, cuya inscripción está vigente en el momento de constituirse la posterior. Típico de la figura es estar sometida inexorablemente a la prelación. Destaca GUILARTE, cómo en esta dependencia hay, sin embargo, distintos supuestos: en unos la dependencia no tiene efectos en la práctica, mientras que en otros, la absolutividad de la dependencia es tal, que es suficiente la voluntad del acreedor de la primera hipoteca

para hacer desaparecer el gravamen segundo con la independencia de la voluntad de su titular. Los analiza.

También es nota típica dentro de nuestro régimen, que no en todos, que la segunda hipoteca para su vigencia y viabilidad precisa de la previa constitución de la primera y como sucede en Derecho romano, es nota de la segunda hipoteca, como de la hipoteca en general, que afecta a la cosa y no a su valor.

Del concepto se desprende una serie de características fundamentales, derivadas unas veces de la finalidad de la institución, facultades concedidas al titular para que su garantía no resulte ilusoria. Y notas que derivan de la naturaleza de la figura: derecho formal, accesorio indivisible, de constitución registral, que recae sobre bienes inmuebles. Se detiene especialmente en la nota de sumisión de la segunda hipoteca a la primera y sus consecuencias. Sometimiento no sólo en su origen, sino en su desarrollo, desenvolvimiento y eficacia a la vigencia y contenido del primer gravamen hipotecario. La dependencia depende, en cuanto a sus efectos, del sistema en que la institución se desenvuelve. En nuestro Derecho es máxima. Insiste en el sentido de la autonomía jurídica de la segunda hipoteca y de la dependencia económica. Examinando en particular algunos de los supuestos específicos de dependencia; hipoteca primera constituida sin poder o sin poder bastante y las consecuencias de la irregularidad de la situación en cuanto a la segunda hipoteca. Supuesto en que la hipoteca constituida en primer rango lo ha sido unilateralmente. Supuesto en que la primera hipoteca garantiza una obligación futura o una obligación sometida a condición. En todos estos casos, como en el del que la primera hipoteca sea una hipoteca de máximo o esté afectada por unas cláusulas de estabilización, GUILARTE no sólo recoge la doctrina más autorizada, sino que da, en ocasiones, la interpretación personal del problema.

Otra nota de la segunda hipoteca es la de la facultad de realización del valor que tiene por su titular, cuando la obligación ha vencido.

Facultad desconocida en el Derecho romano y que supone la culminación de la evolución de la segunda hipoteca. Facultad que hace posible el sistema de publicidad de los gravámenes, que conecta jurídicamente a la segunda hipoteca, que sólo en el sentido

económico seguirá subordinada a las hipotecas anteriores. El *ius offerendi* pierde importancia. Pero la segunda hipoteca sigue supe-
ditada en cuanto a su duración, a la ejecución de la primera, que da
lugar a la desaparición de las posteriores. Analiza las hipotecas de
renta y de máximo como supuestos incapaces de ser aptos para se-
gundas hipotecas. Y si desde el punto de vista teórico cabría la
duda, desde el práctico, concluye cómo la segunda hipoteca de
estos supuestos sería inoperante.

Hace referencia como nota económica de la segunda hipoteca,
a su menor seguridad, el menor valor de la misma. Pasando a de-
tenerse en el estudio de la trascendencia del sistema de prioridad
en que se desenvuelve la segunda hipoteca, trascendencia que ca-
lifica de sustancial en el mecanismo y contenido de la misma.
Expone, en primer lugar, los distintos sistemas de prioridad en el
Derecho comparado e histórico: romano, germánico y mixto, re-
presentado éste por el Código alemán. En cada uno de los cuales,
es de destacar que la segunda hipoteca tiene diverso contenido.
Se detiene en la polémica que nuestro sistema de prioridad, ro-
mano o de elasticidad, ha originado en la doctrina. Estudia las
consecuencias de uno u otro sistema en la segunda hipoteca,
muy especialmente en nuestro sistema de prioridad. En nuestra
Patria, la doctrina insiste que una de las causas del escaso des-
arrollo del crédito hipotecario está precisamente en este sistema
que se estima necesario desterrar.

Examina a continuación el influjo del rango en la segunda hi-
poteca. Haciendo, en primer término, un resumen de la doctrina
en torno al concepto de rango, que llega, en base a su importancia
económica, hasta la teoría de la sustantivación del rango. Concep-
ción del rango como cualidad del Derecho real o como contenido
propio del Derecho real; para GUILARTE, el rango, por si solo, no
cabe que sea considerado ni como un derecho, ni como parte in-
tegrante del derecho al que se incorpora; es la circunstancia de
estar incorporado al rango preferente un derecho real de garan-
tía, con su eventual facultad de expropiación y realización de va-
lor, la que determina unas consecuencias evidentes en orden a la
persistencia de todos los derechos posteriores. Para el segundo
acreedor hipotecario, los cambios de rango importan en orden a
los problemas que pueden afectar a la segunda hipoteca, cuando

este cambio se produce. Se detiene en dos cuestiones: la de la necesidad o no del consentimiento del propietario del bien gravado para el cambio de rango. La de la necesidad del consentimiento de los titulares de los gravámenes intermedios. Haciendo referencia al problema de la reserva de puestos.

La segunda parte de la obra acaba con el análisis de los fundamentos y naturaleza de la segunda hipoteca. Fundamentos, entre los que destaca dos decisivos: la posibilidad de concurrencia sin perjudicar los intereses del primer acreedor hipotecario y las posibilidades que la segunda hipoteca supone para el desarrollo del crédito territorial.

El primer acreedor hipotecario no ve afectado para nada su derecho por la constitución de segundas hipotecas. El riesgo de la segunda hipoteca, de naturaleza económica, afecta sólo al acreedor de ésta, que lo conoce cuando la asume. El crédito territorial se beneficia de las segundas hipotecas; pero, en general, es destacable la poca simpatía hacia el crédito hipotecario en general, agudizado en cuanto a los gravámenes posteriores, que apenas si se ha desenvuelto en nuestra Patria.

Al intentar la delimitación de la naturaleza jurídica, GUILARTE parte de la previa consideración de la naturaleza jurídica de la hipoteca en general. Pasando, como consecuencia, a una síntesis de la dogmática en torno al tema. Arranca de la consideración del tema los derechos reales como categoría patrimonial. Recoge la doctrina en torno a la distinción derechos reales, derechos personales. Concluyendo que la distinción debe de prevalecer por tener una validez actual, sumándose así a la mayoría de la doctrina española. Partiendo, pues, de esta categoría, derechos reales, llega a la de derechos reales de garantía. La hipoteca es un remedio para asegurar la efectividad de los derechos, que frente a otros que el Derecho positivo, contempla, se caracteriza precisamente por su específica naturaleza, porque sujeta directa e inmediatamente a los bienes sobre los que recae. Es un derecho real, en este sentido clásico. Pero no falta la doctrina que niega a estas garantías la naturaleza de derechos reales, entendiendo que sólo lo son los de goce. Incluso se ha llegado hasta la doctrina que se denomina procesalista de la hipoteca. Tradicionalmente, la hipoteca viene considerada como un derecho real de garantía. El de-

recho romano, los glosadores y postglosadores, la pandectística alemana, la mayoría de la doctrina lo aceptan. Todavía en este sentido tienen vigencia, señala el autor, los argumentos que en su defensa utilizase DERNBURG: vinculan los derechos reales de garantía inmediata y duraderamente la cosa y la sujetan a la disposición del acreedor. Esencia del derecho real. Las matizaciones de la doctrina son múltiples, pero para GUILARTE, como para RUBINO, merece ser mantenida la categoría, con los debidos retoques, a los que hace más adelante referencia. Los impugnadores de la teoría, por su parte, revisándola, ensayan diversas fórmulas, que el autor de la Monografía recoge someramente: la concepción personalista de la hipoteca (BÜCHEL, SOHM y MEIBOM). Parten en sus variantes manifestaciones de la concepción del derecho real como una facultad desmembrada del dominio, que corresponde a una persona determinada, que tiene lugar en el usufructo o en las servidumbres prediales, pero de ningún modo en la hipoteca. O llegan hasta la identificación de la hipoteca y el derecho de crédito. El escaso predicamento de estas teorías no borra el hecho de que, a partir de ellas, se lleva a cabo la necesaria revisión de la teoría clásica.

Otro sector de la doctrina concibe a la hipoteca como una obligación real, modalidad muy discutida. Particularmente defendida en Alemania, algún autor intenta asentarla en nuestro Derecho, en base al artículo 1.879 del Código civil (Angel SANZ *Compraventa de finca hipotecada*.) Teorías que dan una noción fragmentaria del concepto y que son poco operantes. Se hace referencia también a la noción de hipoteca como derecho real «in faciendo» (Fadda y Benas). A la de hipoteca como cualidad de un derecho. A la teoría procesalista, de la hipoteca, que tuvo gran predicamento hasta que fue exhaustivamente impugnada, CARNELUTTI lleva, en su momento, a cabo el intento de elaboración de esta doctrina que concibe a la hipoteca como un fenómeno puramente procesal, una mera manifestación de la acción ejecutiva. Y esto porque el objeto de la obligación no es la conducta del deudor, sino un determinado bien, de donde el resultado de la ejecución sólo es distinto del cumplimiento propio cuando se trata de obligaciones de hacer. El poder coactivo del acreedor sólo tiene manifestaciones procesales. La teoría procesalista de la hipoteca llega a negar toda sustantividad a ésta, afirmándose que no se verifica en ella

ninguna relación jurídica-material. La tesis ha sido ampliamente rebatida, recogiendo en la obra los más destacados argumentos de los impugnadores.

Hay también mención de las teorías de GORLA, hipoteca como vínculo de indisponibilidad, BARBERO, que niega la hipoteca como derecho, como consecuencia de su concepción del derecho subjetivo. Para él la hipoteca no es sino una mera relación sustancial cuyo contenido es un vínculo sobre un determinado bien para la satisfacción subsidiaria de un crédito. La tesis de RUBINO, de la hipoteca como relación compleja caracterizada por la absolutividad y la adherencia. La posición de CÁMARA y de VALLET DE GOYTISOLO, que frente a la posición de la doctrina española general, que acoge el criterio clásico, lo impugnan, CÁMARA manifestándose abiertamente en contra de la naturaleza real del derecho de hipoteca—para él la hipoteca es una institución cuya finalidad estriba simplemente en destinar desde un principio de una relación, y específicamente, determinados bienes para que en el supuesto de incumplimiento de una obligación del deudor sean objeto de ejecución—. VALLET, en la misma línea, lleva a las últimas consecuencias la tesis, sosteniendo que la hipoteca no es sino un embargo anticipado y voluntario aceptado por el deudor actual o futuro.

Finalmente, analiza la teoría de la hipoteca como derecho real de garantía, que estima más conveniente y convincente. Se detiene muy especialmente, destacando aquellos argumentos de la doctrina que justifican la concepción teórica. El carácter de intermediación característico del derecho real y la absolutividad aparecen en la hipoteca. Se ha dicho que la inmediatividad supone el goce de la cosa. Destaca GUILARTE cómo goce no es sólo sinónimo de uso, sentido material. La inmediatividad se traduce también en ese poder del acreedor hipotecario para satisfacerse sobre el valor recibido de utilizar el objeto, apropiándose del precio hasta la concurrencia del crédito, frente y con exclusión de todos. Por otra parte, la hipoteca tiene una finalidad de garantía y el acreedor, dice gráficamente GUILARTE, centra su goce en la seguridad que la cosa afectada puede proporcionarle. El acreedor disfruta del contenido de su derecho, obtención de la garantía sin necesidad de cooperación del deudor, en virtud de la afección de la cosa. Se destaca la nota de adherencia como una de las notas típicas de

la hipoteca. Y no cabe sostener que la adherencia sustituye a la inmediatividad, dice GUILARTE, sino que es una de las manifestaciones de la inmediatividad. También se manifiesta el señorío real sobre la cosa cuando el acreedor realiza el valor de la misma para cobrarse. Aunque se niegue por algún sector de la doctrina. Pone de relieve cómo la causa de muchas de las divergencias de la doctrina al contemplar la naturaleza jurídica de la hipoteca es que no se valoran debidamente los dos momentos que cabe distinguir en la vida de la misma, constitución y realización. Y analiza cada uno de estos momentos en orden a la defensa de la realidad de la hipoteca. La función esencial de la hipoteca no es la realización del valor, que tendrá o no lugar, sino la función de seguridad que cumple desde su constitución en orden al crédito garantizado. Consecuentemente, además, la hipoteca no es un derecho sobre el valor de la cosa, sino sobre la cosa misma. El derecho real no se concreta sobre la realización del valor, sino en el señorío que a fines de garantía otorga sobre la cosa. Repetimos, absolutividad y adherencia son notas típicas de la realidad de la hipoteca.

Sentada esta necesaria premisa, se ocupa seguidamente de la naturaleza jurídica de la segunda hipoteca. Y llega hasta la misma a través de la vía de análisis principalmente de ciertos aspectos parciales que el problema de la concurrencia hipotecaria origina. Colisión de derechos y concurrencia de hipotecas sobre una misma cosa: la concurrencia de hipotecas no es un supuesto de colisión de derechos, en cuanto que subordinación y preferencia de los unos a los otros lo impiden; sin embargo es preciso señalar cómo esta concurrencia de hipoteca presenta ciertos matices peculiares. En el supuesto de concurrencia de hipotecas, el principio de prioridad produce además otra consecuencia: la de variar en cierto sentido el contenido del derecho de la segunda hipoteca, dando lugar a una situación peor del segundo acreedor hipotecario que de algún modo habrá de influir en la naturaleza jurídica de la segunda hipoteca. Económicamente la diferencia es bien importante. Jurídicamente hace preciso señalar los matices a que da lugar, insiste. Se debilitan algunos de los caracteres de la primera hipoteca, como consecuencia de que el segundo acreedor debe de tolerar el pleno ejercicio y desenvolvimiento del derecho

que precede al suyo. La segunda hipoteca está siempre bajo la amenaza de resolución, resolución que en absoluto depende de la voluntad de su titular. Hay una condicionalidad de la segunda a la primera hipoteca, que enturbia, escribe GUILARTE, algunas de las características reales que tipifican al derecho de hipoteca en general. Examina cuáles son las características reales en la segunda hipoteca y el alcance que tienen. Primero la finalidad de garantía, que hace disfrutar a su titular a través de la vinculación de la cosa de la seguridad en cuanto a la realización del valor de la misma. En el aspecto interno del derecho real sigue perdurando la nota de inmediatividad, adherencia y absolutividad. En cuanto a la adherencia, señala el límite impuesto por la ejecución del acreedor preferente. La absolutividad, a su vez, viene sometida a la restricción de la existencia de la primera hipoteca, a la que, en ningún caso, puede afectar. Limitación que también alcanza al derecho de persecución. Y la proyección del derecho de preferencia que se presente en la misma.

Resumiendo, el contenido de ambas hipotecas es el mismo. Sin embargo, es nota de la segunda la dependencia de la primera. Esta restricción que la dependencia impone, ¿es causa de una distinta naturaleza jurídica? En general la doctrina la acepta como un supuesto de hipoteca con restricciones. O se la considera sometida a una condición resolutoria. Para GUILARTE la condicionalidad de la hipoteca debe de acogerse con reservas. Admitida en términos generales supondría la condicionalidad de los efectos de la segunda hipoteca, lo que no es cierto. Parte de la consideración de la restricción de la segunda hipoteca en un aspecto dinámico y en un aspecto estático; la limitación no afecta al aspecto estático de la hipoteca, sino únicamente al dinámico. Para GUILARTE la diferencia entre la primera y segunda hipotecas se centra en el aspecto externo del derecho real, en su absolutividad, en la capacidad de vigencia de cada una. Pero el carácter real de la segunda hipoteca se pone de manifiesto en las notas apuntadas, así como en el señorío que otorga a su titular para disfrutar de la garantía que la afección de la cosa ofrece y en la facultad de realización de valor del bien gravado. Las diferencias señaladas no desnaturalizan la realidad de la segunda hipoteca, ni dan base para afirmar que otorgue un derecho de naturaleza diferente al

de la primera. Cabrá hablar, dice, de un contenido cuantitativamente distinto, pero cualitativamente son de la misma naturaleza.

En la tercera y última parte de la obra, el autor se refiere a los elementos personales reales y formales de la segunda hipoteca, al examen del contenido de la misma y a la ejecución hipotecaria y el segundo acreedor.

No existe ningún problema especial que tenga relieve en cuanto a los elementos personales. Respecto a los reales, se vio en diversos lugares del trabajo cómo la segunda hipoteca se caracteriza principal y fundamentalmente—escribe GUILARTE—por la especialidad que deriva del bien objeto del gravamen: dentro de nuestro sistema es necesario que éste esté ya hipotecado. Habrá de ser hipotecable e hipotecado. Se detiene en ambos puntos, a través de una exégesis de los artículos 106 y 107 de la Ley Hipotecaria. Y hace especial referencia a los problemas de la segunda hipoteca y del derecho de usufructo, al problema de la nuda propiedad y la segunda hipoteca, que él acepta como indiscutible. A la cuestión de la posibilidad de hipotecar por segunda vez el derecho de hipoteca voluntaria, vigente no obstante en nuestro derecho a través del artículo 107, número 4. El problema de la subhipoteca es sobradamente conocido, que plantea una abundante doctrina contradictoria de la que se hace eco GUILARTE. A las segundas hipotecas de los derechos que regla el artículo 107, número 5, de la Ley horizontal, bienes venidos con pacto de retroventa, del derecho de retracto convencional, de bienes litigiosos. Planteando cada caso la problemática del mismo con riguroso criterio científico, así como de manera exhaustiva.

Se analiza también la cuestión de qué obligaciones pueden asegurarse con segunda hipoteca. Rigiendo el principio del artículo 1.861 del Código civil, toda clase de obligaciones. Hace especial referencia en cuanto a los créditos asegurables con hipoteca legal, al caso de si pueden serlo en virtud de una que ocupe un segundo puesto hipotecario. En principio parece que las hipotecas legales, verdaderas hipotecas de seguridad, no son capaces de segunda hipoteca. Pero no es posible negar la imposibilidad en términos absolutos. Hay argumentos históricos a su favor. Y argumentos jurídicos y económicos que permiten sostener su viabilidad. Sólo que no habrá de perderse en ningún momento de

vista la finalidad específica de este tipo de hipotecas, que en ocasiones tornaría inoperante la segunda hipoteca. La regulación específica de la hipoteca legal, que a su vez será en determinados momentos incompatible con el mecanismo de la segunda hipoteca.

Finalmente estudia los elementos reales de la segunda hipoteca, todos los cuales o son de carácter general del derecho de hipoteca o vienen dados en función de la propia naturaleza de esta forma de hipoteca, sin plantear ningún problema de relieve.

Seguidamente estudia el contenido del derecho del segundo acreedor hipotecario, facultades que son consecuencia del carácter real del mismo y de la existencia de otra hipoteca anterior, que incide sobre las facultades del segundo acreedor hipotecario. Y distingue dos momentos, en relación con los derechos del segundo acreedor hipotecario: mientras la hipoteca desenvuelve su propia finalidad aseguratoria y derechos derivados del propio puesto. En la primera fase, la hipoteca cumple su específica finalidad y esto especialmente por la sujeción operada en el bien hipotecado. Vinculación absoluta propia, tanto de la primera como de la segunda hipoteca. Los acreedores de ambas tienen las mismas facultades. Lo que importa precisar es el alcance de la segunda hipoteca. Y pasa a estudiar la extensión objetiva de la misma mientras que no ha pasado a un tercer poseedor. Extensión cuyo régimen legal de los artículos 109, 110, 111, 112, 113, 117 de la Ley Hipotecaria analiza GUILARTE en función de la segunda Hipoteca, planteándose una interesante y prolija casuística, que, una vez más, pone de relieve el cuidado con que el autor lleva a cabo su estudio sobre la materia. Igual análisis realiza de la cuestión de la extensión de la segunda hipoteca frente al tercer poseedor, situación regulada por los artículos 112 y 113 de la Ley, y que a su juicio ha sido interpretada por la doctrina de manera poco clara y convincente. Del análisis de la doctrina más autorizada sobre este punto y a través de los argumentos extraídos de la misma, llega a una serie de conclusiones bien interesantes sobre el problema. Hace referencia a la extensión de la segunda hipoteca respecto del crédito garantido, intereses y costas y situación del segundo acreedor hipotecario, frente a la extensión de la primera hipoteca en este punto. Y al artículo 117 de la Ley Hipotecaria

y al acreedor titular de la segunda hipoteca. En este precepto encontramos la acción de devastación, facultad que tiene en todos los sistemas una gran relevancia, y que viene a completar la facultad de ejecución del derecho de hipoteca. Estudia específicamente la acción en el Derecho alemán, en donde aparece cuidadosamente regulada, estableciendo un parangón con el derecho de nuestro artículo 117. Y se preocupa especialmente de analizar la posibilidad de actuarse por el segundo acreedor hipotecario esta facultad, diferenciando una serie de supuestos, para cada uno de los cuales GUILARTE aporta una solución extraída de la más rigurosa exégesis positiva.

Se hace finalmente referencia a la cuestión del segundo acreedor hipotecario ante la transmisión de la finca hipotecada, regulado en el artículo 118 de la Ley, examinando cada una de las cuestiones que suscita.

Por último, se estudian en la obra los derechos derivados del propio puesto, derecho a ocupar el puesto dejado por el gravamen primero, derechos de preferencia, sobre el que, como ya vimos en su momento, se centró en gran parte la discusión sobre la naturaleza real de la segunda hipoteca. Derechos que tienen su principal manifestación en la fase de satisfacción del crédito.

La obra finaliza con el análisis de la fase final del derecho real de segunda hipoteca: aquella que se abre cuando se produce el incumplimiento. Fase que no habrá de producirse necesariamente. Pero en base a la que un autor como Jerónimo GONZÁLEZ ha escrito, que el «derecho real de hipoteca recibe su principal energía de los procedimientos ejecutivos. Fase de realización del valor de la cosa portadora del gravamen. Analiza en primer lugar la posición del segundo acreedor hipotecario en orden a la utilización de una acción personal y otra acción real para llevar a cabo el cumplimiento de la obligación asegurada. Hace después referencia a los diferentes sistemas de ejecución hipotecaria en relación con las segundas hipotecas, a la consecuencia que cada uno de estos sistemas supone para los acreedores de segunda hipoteca, en orden principalmente a la subsistencia de su hipoteca, una vez que se lleva a cabo la ejecución de la finca soportada de los gravámenes. Y, finalmente, examina las facultades concretas que goza el segundo acreedor hipotecario en cada uno de

los procedimientos vigentes, haciendo distinción de si la ejecución se lleva a cabo por un primer acreedor hipotecario, por un segundo o por uno posterior. En todo caso, y como ha venido haciendo a través de la obra, GUILARTE analiza aquellos supuestos específicos que son en ocasiones objeto de polémica para la doctrina.

La obra, dijimos al principio, es un meritorio intento de sistematización de la materia, pensada atendiendo a la naturaleza independiente de la segunda hipoteca. Llena, dentro de nuestro Derecho, un vacío en este sentido. Y como dice el profesor LACRUZ BERDEJO, es fruto de la labor de un jurista que viene a seguir la estirpe de su padre y maestro, don Vicente GUILARTE Y GONZÁLEZ, tan extraordinario en su calidad de hombre de Derecho como en su simple condición humana.

DOCTORA TERESA PUENTE MUÑOZ,

Profesor Adjunto de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de Valencia.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel: *Curso de Sociología del Derecho*. Prólogo del Profesor Luis Legaz Lacambra. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1965; 365 págs.

SÁNCHEZ DE LA TORRE nos dice que se propone con este libro dos objetivos.

El primero, proporcionar a los filósofos del Derecho un esbozo del campo de la realidad jurídica, donde los detalles de esta misma realidad aparezcan a una escala más amplia que la usualmente utilizada en las grandes líneas generales en que los filósofos se mueven de ordinario. El segundo, facilitar a los sociólogos unas líneas de referencia para recordar que la técnica jurídica es la más importante de las técnicas de conocimiento y de acción sociales y en que puedan orientarse cuando traten de comprobar la importancia y calidad de la acción del Derecho dentro de la compleja actividad de la sociedad humana, entendida en su conjunto y en sus diversos aspectos.

- En resumen: que los juristas obtengan una visión amplia de

toda la integridad del terreno jurídico y los filósofos del Derecho puedan utilizar estas aportaciones dentro de las grandes líneas teóricas de su pensamiento; y que los sociólogos puedan caminar con pasos firmes cuando traten de *iniciar* investigaciones concretas acerca de los fenómenos jurídicos cuyo conocimiento verificable les importe constatar.

Ambos objetivos creemos que han sido alcanzados. En cuanto al contenido o estructura del libro diremos que comprende seis capítulos.

Se refiere el primero al *Conocimiento jurídico y sociología del Derecho*, con los apartados siguientes: Desde la Filosofía del Derecho hacia la Sociología jurídica; Desde la Ciencia del Derecho hacia la Sociología jurídica; El Derecho, objeto de las ciencias sociales; y Filosofía, Ciencia y Sociología jurídicas.

Trata el capítulo segundo del *Derecho, objeto de la Sociología jurídica*, acotándose en él el objeto del estudio: el Derecho.

Se titulan los capítulos tercero y cuarto: *Hacia un esquema de la Sociología jurídica y Realidad social del Derecho*, estudiando en ellos los siguientes extremos presupuestos metodológicos, referencia a diversos sistemas de Sociología jurídica; Derecho y actividad social de las personas; presupuesto de la comunicación jurídica y estructura jurídica.

El núcleo central de la obra lo forma el capítulo quinto, relativo a la *Investigación sociológica del Derecho*. En él, después de unas observaciones preliminares, estudia los aspectos estáticos y dinámicos de las formas jurídicas y la función social de la estructura jurídica; el control jurídico; se ocupa más tarde de las estructuras interiores del Derecho y su funcionamiento en el nivel de la estructura unitaria de la realidad jurídica, analizando aquí el concepto unitario del Derecho; el Derecho como estructura, el sujeto colectivo: la dinámica de la solidaridad; la estructuración de los valores jurídicos y la fundamentación concreta de las normas jurídicas; la organización jurídica; instituciones y sanciones; la regla jurídica y el sujeto jurídico.

Se cierra el libro con un capítulo sobre la *Consideración dinámica del Derecho*, donde, tras una introducción metodológica, se plantea el problema de las características del Derecho en una sociedad en desarrollo y se exponen las funciones que integran la

estructura jurídica en general y particularmente el Derecho en su función como conducta jurídica, como norma de justicia, como organización de sanciones institucionalizadas y como regla jurídica.

M. A.

SANTOS BRIZ, Jaime: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1966, 408 págs.

Sínpsis y Temario.—La obra se divide en dos partes. En la primera se trata del aspecto político-social de la contratación moderna y en la segunda del aspecto privativo de la contratación actual.

Se ocupa la primera del Estado social de Derecho y la trascendencia de sus principios inspiradores en la contratación moderna; de la trascendencia, no exclusivamente política, de los derechos fundamentales; de los derechos de la personalidad, basados en la dignidad del hombre y su aplicabilidad al tráfico jurídico entre particulares; orientaciones de derecho español, limitaciones a la libertad personal deducidas de la actuación del estado social de Derecho y principios políticos que dominan la contratación según nuestro Ordenamiento; formas de estructuración económica, sistema de economía social de mercado, intervención estatal subsidiaria en la ordenación económica y legislación española, fenómenos económicos contemporáneos y su repercusión jurídica, la racionalización y la automatización de la producción y sus problemas; acentuación actual del carácter social del contrato, función social y socialización del contrato, diversos criterios, control abierto y encubierto de la libertad contractual. Aspecto internacional de la contratación moderna: la unificación jurídica en relación con la integración política y económica; procesos de unificación jurídica; cooperación jurisprudencial a la uniformidad del Derecho europeo; problemas que plantea la integración económica europea en cuanto al derecho comparado y a la unificación jurídica y ramas jurídicas contractuales que posibilitan la aproximación de los derechos nacionales.

Considera la segunda parte la libertad de contratación, sus vicisitudes y situación actual: la libertad de contratación en la legislación comparada y en nuestro Derecho; contenido de la libertad de contratación y figuras contractuales en que la autonomía privada aparece reducida; limitaciones procedentes de los usos de tráfico y de las condiciones generales de los negocios, medios de defensa contra las condiciones generales ilícitas; el intervencionismo estatal en la contratación, tendencia a la objetivación de las condiciones generales; la libertad de contratación a través de la creación de nuevas figuras de contratos; los grupos clásicos de contratos, su importancia actual y clasificación funcional de los contratos. Las fases previas a la perfección del contrato: el período preparatorio; la fase preparatoria en la moderna contratación de masa; la culpa «in contrahendo»; la oferta al público: sus formas y fines; el contrato preliminar o precontrato; el llamado contrato normativo obligacional y el contrato de opción. El consentimiento contractual como base del contrato; triple dirección en el nacimiento de los contratos en el Derecho moderno y el consentimiento manifestado a través de las condiciones generales. Los vicios del consentimiento: el error, el dolo, la violencia y la intimidación. La interpretación de la Ley y del contrato; fijación del contenido del contrato y calificación jurídica del mismo; criterios subjetivo y objetivo en la interpretación; interpretación e integración del negocio jurídico y su actuación en la moderna contratación de masa; problemas de interpretación de la contratación de masa, la regla «in dubio contra stipulationem», la función correctora de la interpretación en la contratación de masa; las normas contractuales irrenunciables y las coactivas; remisión a condiciones después de celebrado el contrato e invocación de negociaciones verbales; el léxico utilizado en las condiciones, supuesto de colisión de condiciones y de desviación de las mismas; la interpretación de los contratos en los Códigos civiles más importantes y en el Código civil español, fases del proceso interpretativo según la jurisprudencia española; el elemento gramatical en la interpretación, la regla «in claris non fit interpretatio», los artículos 1.282, 1.283, 1.284, 1.285 y 1.289 del Código civil, Jurisprudencia del T. S., criterios legislativos y jurisprudenciales aplicables a la contratación de masa, inter-

pretación y casación. La invalidez de los negocios jurídicos: grados de ineficacia negocial según nuestra doctrina y legislación, la doctrina extranjera, legislación comparada, el derecho español y jurisprudencia del T.S.; invalidez de los contratos de masa y tendencia de nuestro T.S. al interpretar el artículo 4.º del Código civil; la nulidad parcial de los contratos, sus presupuestos, ámbito y criterio de nuestro T.S.; la fijación de precios máximos de tasa y su infracción; Leyes de Usura de 1908 y de Venta de muebles a plazos de 1965; criterios preventivos estatales de la validez del contrato y disciplina de la ineficacia de contratos concertados a base de condiciones generales. La función del contrato: contratos civiles y mercantiles; distinción entre Derecho público y privado, civil y mercantil; principio de unidad del Derecho privado; el derecho comparado; trascendencia jurídica del fenómeno económico de la empresa, jurisprudencia de nuestro T.S.; inexistencia de notas jurídicas diferenciativas entre los actos de comercio y los actos civiles; incardinación de la moderna contratación de masa; principios fundamentales de la contratación civil y su reflejo en la contratación mercantil; especialidades de los contratos mercantiles e identidad de principios de la contratación civil y mercantil. La función del contrato: contratos civiles y administrativos; su distinción doctrinal y práctica; la jurisdicción contencioso-administrativa como criterio diferencial práctico; criterios diferenciativos según la jurisprudencia del T.S.; aplicación del Código civil a la regulación de los efectos de los contratos administrativos. Resumen de la regulación legal española en materia de servicios públicos: 1. Transportes, 2. Seguros, 3. Suministro de agua, gas y electricidad, y 4. Empresas bancarias. La función del contrato: en el ámbito de la cinematografía, la radiodifusión y la televisión; la palabra hablada y la imagen como manifestaciones de la personalidad; carácter general de la contratación derivada, en los aspectos contractual y dominical, industrial y cultural; cinematografía y televisión y sus figuras contractuales. Calificación de la responsabilidad derivada de la contratación profesional en equipo: particularmente en la medicina; incumplimiento de contratos concertados en equipo; diferencias según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual; la responsabilidad por los auxiliares y copartícipes, la

responsabilidad criminal y la responsabilidad de los Poderes públicos. Las normas de conflicto en el Derecho contractual moderno: tentativas de resolución uniforme de estos conflictos; normas de conflicto sobre derecho de contratación; principios que se desvían del estatuto contractual aplicable; los conflictos de Leyes en diversos aspectos del contrato y efectos internacionales de algunos contratos.

Resumen.—En definitiva los llamados derechos fundamentales constitucionales son los derechos derivados de la personalidad humana. El derecho de la contratación se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del particular. Algunos consideran peligrosa la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado (MAUNZ-DÜRING); en contra se halla la tesis de NIPPERDEY. En nuestra Patria los postulados fundamentales de nuestro actual derecho de contratación son: respeto a la iniciativa privada; subordinación de lo económico a lo humano y social y de lo individual y familiar al bien común; juego de los principios de igualdad jurídica (y, por tanto, de... «igualación» jurídica), de recíproca lealtad y de seguridad jurídica, servida por una justicia independiente. Son imaginables cuatro formas principales de estructuración económica: de mercado libre, economía estatal, neutral y social de mercado. Nuestra Patria sigue un sistema muy afín al último citado, que se estructura y desenvuelve en el vigente Plan de Desarrollo. La intervención estatal en la ordenación económica y contractual debe atenerse a los principios de previsibilidad, calculabilidad, revisibilidad y proporcionalidad. La libertad de industria, en sentido amplio, comprende la de competencia, contratación, producción y consumo. Son fundamentales la libertad de profesión, de asociación, de propiedad privada y de testar. Nuestro Estado Social de Derecho concibe la propiedad como una función social, arbitra medios de represión de abusos procedentes de la infracción de los principios fundamentales de la ordenación económica y estructura sobre bases sociales la ordenación laboral. La gran empresa actual tiende a la racionalización y a la automatización de la producción. La racionalización, desde el punto de vista jurídico, ha uniformado las relaciones entre empresas,

proveedores y clientes. La automatización es considerada por algunos como una segunda revolución industrial que crea el gran riesgo de un futuro paro forzoso. Son de esperar, además, repercusiones en los derechos de cosas y de obligaciones y ante todo ello el jurista debe disciplinar en la forma más adecuada los problemas que surjan. En la actualidad predomina el aspecto social del contrato; pero este aspecto, con ser innegable, no debe exagerarse y su finalidad será, principalmente, la protección de la parte más débil en la relación, lo que ha originado ramas jurídicas autónomas (derecho laboral, derecho agrario, normas sobre arrendamientos, seguros...) y otros sectores de predominante carácter público (derecho urbanístico, de la energía nuclear...). La socialización del contrato ha sido llevada al extremo en los países de estructura política inspirada en el marxismo. El criterio occidental de socialización del contrato se logra a través del llamado «control abierto» (juego del orden público y las buenas costumbres en su interpretación jurisprudencial) o del «control encubierto» (a través de la interpretación y de las doctrinas sobre la causa o «consideration»).

Por razones sociales y económicas hoy todo contribuye a dar uniformidad al tráfico jurídico internacional en sentido amplio. Pero hemos de diferenciar los países del mundo occidental y los socialistas-marxistas. Entre los primeros deben diferenciarse los sistemas de filiación románica y los de tipo germánico, de ellos se diferencia el «common law». Las ideas actuales de unificación jurídica europea están en estrecha vinculación con el pensamiento de la integración política y económica de Europa. En el proceso de unificación jurídica señala ULMER diversos grados: el reconocimiento por unos Estados de las sentencias dictadas por Tribunales de otros, la promulgación de Leyes comunes (dirección que inspira principalmente el Tratado de la Comunidad Económica Europea) y la transformación de los conceptos dogmáticos y estructurales a efectos de interpretación unitaria (v. g., vigencia de nuestro Código civil en Puerto Rico). La uniformación de los Derechos nacionales se alcanzará lentamente, a través de las legislaciones, la ciencia jurídica y la jurisprudencia. Los contratos celebrados en el ámbito del Mercado Común posibilitan una aproximación de los Derechos nacionales de los Estados miembros en

materia de libre circulación de mercancías, agricultura, derecho laboral, derecho de sociedades, compraventa, derecho de transporte, normas sobre competencia, seguridad de las personas y ejecución recíproca de las decisiones judiciales y laudos arbitrales.

El principio de libertad de contratación es una consêcuencia del libre desarrollo de la personalidad y se declara en las Constituciones, se regula en los Códigos o constituye un principio fundamental no escrito de cuya vigencia nunca se ha dudado. En nuestro Código civil se recoge con gran amplitud en el artículo 1.255 y por ello la fórmula sigue vigente, quedando al intérprete la tarea de concretar las restricciones a la autonomía de los contratantes. La libertad de contratación comprende la libertad de conclusión y la de configuración interna. Sin perjuicio de reconocer otros tipos intermedios se citan como figuras en que la autonomía de la voluntad aparece reducida: 1) Contratos sobre servicios públicos controlados por el Estado. 2) Contratos determinados por el Estado en sus condiciones generales. 3) Contratos-tipo entre particulares; y 4) Los llamados «contratos dictados» por el Estado (que son verdaderos actos de soberanía política). Debemos diferenciar los contratos de los actos procesales cautelares (385, 534, 966, 1.097, 1.124, 1.423 de la L. E. C. y 1.781 y siguientes y 1.854 y siguientes del Código civil, 389 y siguientes de la L. E. Cr.). Otras limitaciones proceden de los usos del tráfico y de las condiciones generales de los negocios. Los primeros se tienen en cuenta, respectivamente, en los artículos 1.258 del Código civil y 2.º del Código de Comercio y se imponen ya en defecto de voluntad expresa o como norma consuetudinaria que puede regir en defecto de ley escrita. Los usos han sido recogidos para ciertos sectores de la contratación en formularios impresos y rigen cada caso concreto a través de su articulación en condiciones generales o especiales de los negocios. Las condiciones generales no tienen la justificación de la autonomía privada y su contenido debe ser formulado conforme a la equidad, sólo así puede presumirse la aceptación tácita. Certestamente se deduce esta conclusión de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 160 del C. c. Ha de apreciarse el contrato en su totalidad para anular únicamente las cláusulas inmorales siempre que se puedan separar del resto del contrato y para saber si un contrato es inmoral interesa la situación de hecho al tiempo de

su celebración. La buena fe y las buenas costumbres han de ser guía del intérprete en su cotejo de cláusulas con la Ley. Las condiciones generales se establecen para una clase de negocios y los límites de su contenido objetivo son independientes de las particularidades del caso concreto. De los artículos 1.283 a 1.287 del C. c. y 57 del Código de Comercio pueden extraerse suficientes elementos objetivos para una recta interpretación de las condiciones generales. Las condiciones generales se han colocado como códigos privados y son cauce del egoísmo de los empresarios, lo que ha invertido en la práctica el equilibrio de intereses. La sumisión a las condiciones preformuladas sólo cubre las cláusulas equitativas y justas. Las condiciones generales deben interpretarse con criterio análogo al seguido para las Leyes.

Frente al Estado liberal, el Estado social (actual) interviene en la configuración interna del contrato de varias formas: asume parte de los riesgos de la empresa; dicta normas de emergencia frente a las civiles clásicas; controla las condiciones generales a través de una interpretación del contrato según la buena fe y los usos del tráfico y vigila de una manera especial las cláusulas de arbitraje. Las condiciones generales sólo serán efectivas cuando esté justificada su desviación con respecto a la legislación vigente y esta regulación vigente o la decisión judicial suplirá la nulidad de algunas de las estipulaciones.

Aunque la libertad de contratación se halla limitada por la contratación en masa y la intervención del Estado, todavía salta por encima de las figuras típicas de negocios y crea nuevas figuras sin limitación alguna. Esta faceta de libertad de contratación se refleja en las sentencias de 26 de junio de 1929 y 2 de abril de 1964 de nuestro T.S. El fundamento económico de las combinaciones de contrato y de los contratos mixtos aparece con nitidez en la sentencia de 27 de febrero de 1950, en donde se pospone la llamada concepción genética del contrato a su concepción funcional. Actualmente se vuelve a basar la justicia en los contratos por medio de una igualdad (o mejor igualación) de los contratantes no sólo en sentido jurídico, sino económico. Sin intentar una clasificación exhaustiva podemos distinguir entre los contratos extralegales: a) contratos mixtos, b) los híbridos o dobles, y c) los atípicos. Entendemos que los llamados contratos

«complejos no son atípicos. El T. S. en esta materia muestra una terminología imprecisa, pero un criterio claro, en cuanto al fondo de la cuestión. La jurisprudencia de estos últimos años se ha pronunciado principalmente en tema de arrendamientos. Las clasificaciones de los contratos tienen generalmente escasa utilidad práctica; no así los conceptos fundamentales de los grupos más clásicos.

El T. S. ha declarado que en la vida jurídica de todo contrato hay un periodo preparatorio que no vincula mientras no existe la conformidad exacta de las partes. En esta fase se plantea la cuestión de la «culpa in contrahendo», que no regulan los códigos civiles de manera directa, sino «como pueden». En España, acudiendo al 1.902, aunque hay otros artículos referenciales (1.474 y siguientes, 1.590, 1.687, 1.716, 1.725, 1.765 y 1.804). En los tratos previos (que no son contrato ni precontrato), juega un papel preponderante la buena fe. Las modalidades de tratos preliminares son variadisimas y su resultado puede plasmar en la llamada «minuta del contrato». Aplicado esto a la contratación en masa quiere decirse que la publicación y difusión de las condiciones generales de contratación son, jurídicamente, sólo «líneas rectoras» de futuros contratos. En la moderna contratación la oferta al público reviste multiplicidad de formas y sirve a diversidad de fines. Su objeto inmediato puede ser principalmente facilitar la conclusión de contratos: contratación por aparatos automáticos, prestación de ciertos servicios (restaurantes, cafés, transportes, «tráfico de ventanilla», negociación verbal directa reducida al mínimo o incluso relación fáctica). La mayor vinculación del empresario a su oferta se dará allí donde el interés del público en su mantenimiento sea mayor. En la contratación en masa ha de mantenerse el principio de igualdad de trato, salvo por razones de carácter objetivo (alteración del orden en el local, falta de aseo personal, etcétera). Los motivos son, pues, de orden público o mixto (rehusar la contratación con menores o incapaces). La confianza del público en el hecho de la publicación de las tarifas o condiciones debe ser protegida sujetando al empresario a sus actos propios, exigiéndosele (al empresario) la obligación de indemnizar los daños derivados de la confianza o el denominado «interés negativo» (según los principios de la culpa «in contrahendo»). Las ofertas al

público de contrato no deben confundirse con la llamada «promesa pública de recompensa».

La doctrina del precontrato se sintetiza magistralmente en la sentencia de nuestro T. S. de 2 de marzo de 1965. Es «*pactum preparatorium* o de contrahendo», contrato preliminar o precontrato, el pacto de dos o más personas por el que convienen entre sí en llegar en un tiempo futuro a la conclusión de un contrato determinado. Es un verdadero contrato consensual atípico, cuyo objetivo es un «*facere*» novatorio y que tiene por fin una mayor seguridad del contrato futuro. No debe confundirse con la promesa unilateral del contrato, con los tratos preliminares, con la minuta, con el contrato a término o condicional, ni con los negocios «*claudicantes*», ni con los bilaterales «*si volet*». De todas estas figuras unas no llegan al precontrato y otras le sobrepasan. Para su existencia y validez debe reunir los requisitos de los contratos en general (bastando la posibilidad de su determinación ulterior) e indicar la especie del futuro contrato definitivo. En aplicación de esta doctrina se han establecido los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953. Cabe en el precontrato un plazo expresamente señalado (para la conclusión del contrato definitivo), que debe ser el supuesto normal, y un plazo tácitamente deducido. El ámbito de los precontratos abarca incluso los contratos consensuales. En materia de efectos no hay unanimidad ni en la doctrina ni en la propia jurisprudencia. La discordia surge de una complejidad de factores que son refractarios a toda uniformidad de criterios. El básico es el dogma de la autonomía de la voluntad y de libertad de pactos contractuales. Otro factor que ha introducido oscuridad en los efectos es la disposición del 1.451 del C. c. La fluctuación doctrinal ha trascendido a la legislación (cfr. arts. 8 y 9 de la Ley de Arbitraje). La jurisprudencia se ha mostrado indecisa, aunque predomina el criterio de que el incumplimiento del precontrato sólo conduce al resarcimiento de daños y perjuicios, lo que es sintomático mantener después de la Ley de Arbitrajes, que sigue criterio contrario. Sólo tratando de interpretar el 1.451 del C. c. se mantiene la exigencia de la conclusión del contrato definitivo. La solución se hallará aplicando extensivamente el 1.451 y por una recta interpretación de la intención de los contratantes. El

«contrato de líneas rectoras» es jurídicamente una actuación preparatoria. Un paso más hacia la obligatoriedad de la formulación de pactos lo constituye el denominado «contrato normativo obligacional». Sobrepasa al mero contrato normativo cuando se concierta un precontrato. La vinculación negocial duradera tiene especial relación en la esfera bancaria. El contrato de opción confiere al favorecido el derecho de concluir un contrato aceptando, a través de una declaración de voluntad unilateral, las condiciones de la oferta. Se trata de un contrato principal; unilateral en su gestación y bilateral realizando la opción positiva; consensual, pudiendo el optante exigir judicialmente el cumplimiento del contrato y no meramente su celebración. En nuestra patria sólo se recogen sus efectos reales en el artículo 14 del R. H. y la jurisprudencia del T. S. se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de este contrato.

El consentimiento contractual sigue siendo el alma del contrato; presupone la intervención de dos voluntades conscientes y libres y no es confundible con la declaración de voluntad en los negocios jurídicos unilaterales. El concepto se nos da en el artículo 1.262, p. 1, de nuestro C. c. En el tráfico moderno se manifiesta en formas tácitas y presuntas (apartadas del formalismo clásico). La triple manifestación del consentimiento contractual hoy es: a) a través de las llamadas «relaciones contractuales fácticas»; b) de las condiciones generales en sus variadisimas formas, y c) a través de abstenciones. Dentro del manifestado a través de «conducta social típica» podemos incluir las relaciones derivadas de: a) «culpa *in contrahendo*»; b) las relaciones de comunidad (v. g., sociedad de hecho o relación laboral de hecho); y c) las dirigidas a obtener prestaciones ofrecidas por empresas que prestan servicios públicos (v. g., transportes, gas, agua, electricidad...). El silencio puede servir de manifestación de un consentimiento. La doctrina jurisprudencial de nuestro T. S., en este punto, puede sintetizarse así: a) el silencio es un hecho negativo, pero en ciertos casos puede servir de prueba o presunción de voluntad; b) en caso de una relación jurídica, si el que puede y debe hablar no lo hace, se reputa que consiente en aras de la buena fe; y c) pueden ayudar a interpretar el silencio hechos positivos precedentes o situaciones particulares objetivas.

o subjetivas. Viene a concretar esta doctrina la importante sentencia de 29 de enero de 1965. Entre el consentimiento manifestado por abstenciones y el manifestado a través de condiciones generales, podemos distinguir: A') Supuesto de voluntad presunta (v.g., 742 C.c.); B') Supuestos de conducta concluyente: a) declaraciones de voluntad presuntas; a') supuestos de tácita reconducción; b') declaraciones emitidas negligentemente o de responsabilidad derivada de la confianza; a'') expedición de escrito en confirmación de negociaciones verbales; b'') sumisión a condiciones generales de contratación; c'') «*protestatio facto contraria*»; b) declaraciones de voluntad fingidas (v.g., obligación de retribuir en el caso del artículo 1.711, p. 2). En el ámbito del contrato de masa el factor psicológico de la declaración de voluntad pierde valor y el empresario utiliza las condiciones generales para racionalizar el tráfico masivo y fortalecer por medios jurídicos su posición económica de poder. Las condiciones generales no deben confundirse con los formularios de ciertos contratos antiguos (v.g., en la práctica notarial) ni con el uso de abreviaturas, siglas o fórmulas, como en el tráfico marítimo y en otras modalidades, y menos se confunden con los contratos de larga duración (como los estatutos de personas jurídicas, etcétera...). Como dice la sentencia de nuestro T.S. de 12 de marzo de 1957 la mayor parte de los autores afirman la naturaleza contractual de los actos concluidos por adhesión. A) Por sumisión o remisión las condiciones generales se incluyen en el contrato para formar parte integrante de él. En el caso infrecuente de sumisión expresa hay una auténtica declaración de voluntad jurídico-negocial. La sumisión tácita ha sido diversamente interpretada por la doctrina. En las relaciones contractuales tácitas «fácticas» la doctrina ha basado las condiciones generales en: a) los usos del tráfico; b) el principio de buena fe; c) la obligación derivada del «contrato social»; o d) se equiparan a los casos de culpa al celebrar el contrato. La sumisión puede tener lugar por: 1, aceptación de ellas, en el contrato o en documento adjunto; 2, referencia expresa o tácita, a ellas, en el contrato individual; y 3, valor de ellas por usos de comercio. B) Deben excluirse de la sumisión o remisión las condiciones inmorales injustas, contrarias a las buenas costumbres, oscuras, ambiguas o equívocas, y

en caso de imponerse por los usos del tráfico que no sean derecho consuetudinario se excluirán las que no respondan al estatuto jurídico-civil del contrato de que se trate. C) La doctrina expuesta considera un Derecho positivo como el español o el alemán, en que la ley civil no regula en forma alguna el supuesto de sumisión. El Ordenamiento italiano disciplina minuciosamente estas cuestiones. D) En la inmensa mayoría de los casos, la aceptación de las condiciones se hace a través de una declaración de voluntad tácita de las llamadas «negligentes», pero cuyos efectos no puede eludir el firmante. Los supuestos son infinitos: condiciones anteriormente admitidas; catálogos detallados; notas de pedido; solicitud de seguro, formularios; letreros; prensa; envíos de documentos con posterioridad a la conclusión del contrato, salvo que se repitan condiciones que el cliente pudo haber conocido antes; carta o escrito de confirmación o nota final; facturas; escritos acompañados de la cuenta; notas de facturas anteriores en las vinculaciones negociales duraderas y el silencio del comprador en determinadas ocasiones. E) En casos muy numerosos se da actualmente la vigencia de condiciones normales sin necesidad de remisión a las mismas (carácter de normas reglamentarias): bolsas de comercio, transportes, bancos, seguros privados, suministros de agua, gas y electricidad, y hospitales y centros sanitarios públicos. Si al particular le queda la opción entre contratar o no, estaremos en órbita del derecho civil; en otro caso, en terreno de Derecho Administrativo.

-El error y el dolo coinciden sustancialmente, pero en el dolo el conocimiento equivocado se debe a la insidia del otro contratante y en el error propiamente dicho obedece a otras causas. Hay que diferenciar el error de la voluntad y el error en la declaración. En casos de error obstativo, el T. S. ha declarado que la regla general será la prevalencia de la voluntad real sobre la declarada. En el error obstativo, si la discordancia se debió a negligencia estará obligado a resarcir los daños sufridos por la parte perjudicada, salvo que se acredite que ésta conoció o debió conocer el error. El error obstativo no será invocable cuando suponga una contravención de las buenas costumbres, buena fe, una Ley o el orden público. El error vicio y el obstativo pueden afectar a la esencia del negocio o simplemente a sus motivos y

no producen efectos si pudieron ser evitados con una regular diligencia o si los contratantes son personas peritas en la materia correspondiente. El Código español solamente considera el error sustancial, el error sobre la persona y el simple error de cuenta. En el primero, cuando invalide el consentimiento, se incluirán el error sobre la naturaleza o causa del contrato, identidad o esencia de la cosa. No hace nuestro Código más distinciones y es acertado porque será a los tribunales a quienes incumbirá la apreciación del error sustancial. El T. S., en abundante jurisprudencia (5 de marzo de 1960, 5 de marzo de 1962, 8 de mayo de 1962, 8 de mayo de 1963, 19 de enero de 1965 y 2 de marzo de 1965), ayuda en determinar qué haya de ser error sustancial. En cuanto al relieve que haya de darse al elemento subjetivo en la apreciación del error hemos de tener en cuenta las restricciones que a la doctrina del T. S. pone la contratación moderna a través de formularios o condiciones generales. Estas obligarán siempre que el particular las conozca o haya podido conocerlas y conozca también la significación social típica de su conducta. La opinión científica moderna es partidaria de la equiparación entre el error de hecho y de derecho. Nuestro C. c. no se refiere al error de derecho en sus artículos 1.265 y 1.266, pero lo tiene en cuenta en los artículos 69, 360, 361, 433, 1.164, 1.176, 1.895 y otros. El T. S. últimamente parece admitir el error de derecho (6 de abril de 1962 y 21 de mayo de 1963). Su aplicación se hará con extraordinaria cautela, en aras de la seguridad jurídica y exacto cumplimiento de lo pactado. En cuanto a la alegación del error ante los Tribunales, ha declarado el T. S. que es ante todo una cuestión de hecho, sin perjuicio de ser combatida en casación por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C.

Sólo puede hablarse de conducta concluyente dolosa en el callar o en alguna otra actuación, cuando preexista un deber de declaración veraz por Ley, buena fe o costumbre del tráfico. La conducta dolosa crea un error, lo refuerza o lo mantiene. No es necesario que el error (del que es víctima de dolo) sea disculpable. El dolo para anular la obligación ha de ser grave. El T. S. ha deslindado el dolo causante y el incidental que originan, respectivamente, la nulidad de lo convenido y la reclamación de daños y perjuicios. El dolo ha de provenir de uno de los contratantes, aunque se asocie

con un tercero para realizarlo. El T. S. ha distinguido perfectamente los distintos aspectos del dolo en nuestro ordenamiento y el dolo civil del penal. Ante la jurisprudencia expresada es de observar (en opinión del autor) que no es asimilable el dolo civil al concepto de fraude que utilizan las Leyes penales y tampoco es esencial para el dolo «el propósito de dañar». La prueba del dolo corresponde a quien lo alega, no implica prueba de un hecho, sino calificación jurídica de ciertos hechos, y en esa operación el juez no está vinculado por el principio dispositivo del proceso civil.

La distinción de nuestro C. c., entre violencia e intimidación, coincide con la romanista de *vis absoluta* y *vis compulsiva*. Es un caso susceptible de dos valoraciones por jurisdicciones distintas (civil y penal). No es frecuente en el ámbito privatista el empleo de la «fuerza irresistible»; pero es posible, máxime cuando puede provenir de hechos o personas ajenas a los contratantes. El intérprete o los Tribunales resolverán si el contrato es nulo o anulable. En cuanto a la intimidación, la jurisprudencia del T. S. ha perfilado sus requisitos y efectos con claridad, especialmente en sentencia de 27 de febrero de 1964. Deben ser probadas por quien las alegue, y el T. S. ha repetido las declaraciones hechas para el error y el dolo. A diferencia del dolo y el error, el C. c. da al intérprete las reglas de los párrafos 3.º y 4.º del artículo 1.267, con una visible tendencia a la objetividad.

Mediante la interpretación del contrato se trata de averiguar su propio sentido y, en su caso, integrarlo. La interpretación tiene por finalidad averiguar, no la voluntad interna no expresada, sino el supuesto de hecho externo de la declaración de voluntad. Los autores diferencian en primer lugar la interpretación de la Ley y del contrato, y la fijación del contenido del contrato y su interpretación (antes de interpretar es preciso determinar qué es lo que se va a interpretar). Son operaciones jurídicas distintas la calificación de un contrato, su interpretación y su regulación. Desde el punto de vista jurídico, la voluntad interna de un contrato no tendrá efecto si por su declaración o manifestación el otro contratante, según los usos y la buena fe, entendió cosa distinta de aquella voluntad interna. Esta dirección objetivista debe ser acentuada en la contratación en masa. En la contratación de masa moderna, a la situación de intereses, ha de añadir la interpreta-

ción integradora la función social del contrato en cuestión y los usos sociales, evitando llegar a un *non liquet* (que en la interpretación de la Ley debe ser superado por imperativo del artículo 6.º de nuestro C. c.). Frente a la contratación por formulario, los Estados imponen a los empresarios sus Leyes y reglamentos y los Tribunales han sentado el principio *in dubio contra stipulatorem*, aunque estos medios son insuficientes y se requeriría una intervención más a fondo del legislador. En la tarea interpretativa de las condiciones generales han preocupado, especialmente a la jurisprudencia extranjera, las cláusulas sobre franquicias de responsabilidad a favor del empresario o que desplazan la carga de la prueba (cfr. nuestra recensión a la obra de GARCÍA AMIGO: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, en esta REVISTA, número 453, págs. 568 y sigs.). En la contratación con las empresas que prestan servicios públicos de transporte, seguros, suministros de agua, gas, electricidad, etc..., las condiciones oficialmente controladas o aprobadas son equiparables, a efectos de interpretación, a las normas reglamentarias. Trascendente en la interpretación de los contratos de formulario es el lenguaje utilizado en ellos. Si las fórmulas han sido establecidas por disposición legal o reglamentaria, habrá que estar a las normas de interpretación de las Leyes. En caso de redacción por empresas particulares para el gran público, su sentido y alcance se determinará según el lenguaje usual, sin perjuicio de usar los términos técnicos necesarios que serán más empleados en caso de contratación celebrada entre entidades técnicas. En caso de contratación entre empresas puede darse una colisión de condiciones y habrá que distinguir sus efectos, según el momento en que la controversia se produzca. La interpretación de los contratos en los Códigos civiles más importantes se agrupa, según el criterio del Código de Napoleón, o un sistema que podemos llamar germánico. Es carácter común de ambos grupos basar la interpretación en la indagación de la voluntad real de las partes. En los Códigos del grupo francés se contienen unas cuantas reglas de interpretación y en el germánico es característica la parquedad de regulación a base de uno, dos o tres artículos. El Código español sigue el patrón francés y trata de indagar en cada caso la verdadera intención de los contratantes (1.281), pero con un predominio evidente de elementos

objetivos (1.258). La voluntad de los contratantes que prevalece sobre sus palabras es la común y debe resultar evidenciada. Pero este principio legal tiene sus excepciones (cfr. T. S. de 28 de mayo de 1951, 27 de octubre de 1951, 13 de mayo de 1952). En las fases previas de la interpretación se halla la determinación de los hechos, según la prueba y la calificación del contrato. A falta de normas legales concretas sobre cómo conducirse el proceso interpretativo, ésta es función crítica preliminar del Juez. La calificación jurídica de un contrato depende de los pactos que lo integran y no de la denominación dada por los otorgantes. De los elementos a tener en cuenta en la interpretación, el primero es el gramatical. Si el elemento gramatical es claro, no es necesaria la labor interpretativa. En otro caso habrá de acudirse a la interpretación lógica y siempre en forma sistemática (sentencia de 25 de abril de 1927 y 5 de marzo de 1964). El sentido gramatical no excluye la interpretación lógica, sino que la presupone. El artículo 1.283 ratifica la superioridad del elemento intencional y el 1.284 establece una regla aplicable también a la interpretación de las Leyes. Las reglas de los artículos 1.285 a 1.289 no sólo se aplican a la contratación de la época de redacción de nuestro C. c., sino al tráfico en masa. Podemos dar como postulados orientadores en la interpretación de la moderna contratación: A) es decisivo en los contratos de masa el sentido típico de las declaraciones de voluntad; B) se aplica la regla *in dubio contra stipulatorem*; C) el principio de autonomía de la voluntad se halla muy limitado en la contratación en masa; D) hay elementos éticos y sociales de tono imperativo que de modo absoluto disciplinan las relaciones de Derecho privado; E) en caso de discrepancia hemos de atenernos a las condiciones generales especiales. El artículo 1.285 proclama una interpretación sistemática resultante del conjunto, y el 1.289 establece una norma de carácter supletorio. El criterio interpretativo de un contrato mantenido por el Tribunal de segunda instancia puede ser objeto de recurso de casación. La *questio facti*, articulando el recurso en base del número 7.º del artículo 1.692 de nuestra L. E. C. y la *questio juris* por el cauce del número 1.º La sentencia de 11 de abril de 1964 sintetiza y aclara esas fases. El criterio actual de nuestro T. S., ya consolidado, se aparta del seguido hasta la sentencia de 8 de julio de 1949 en que se recogió la

moderna doctrina expuesta por DANZ, en su obra *La interpretación de los negocios jurídicos*.

Prescindiendo de matices secundarios se ha llegado a cierto acuerdo en la determinación de los grados de invalidez o ineficacia de los negocios jurídicos, diferenciando: a) inexistencia, cuando al contrato le falta algún elemento esencial; b) nulidad radical, cuando se opone a alguna Ley que declara expresamente esa clase de nulidad; c) anulabilidad o nulidad relativa, cuando adolece de vicios en la formación de algún elemento esencial, y d) rescisión, que presupone un contrato válidamente celebrado y que deviene ineficaz a virtud de lesión o perjuicio sobrevenidos. Esta materia es una de las más deficientemente reguladas en la legislación comparada de Derecho privado. En nuestro C. c. se distingue la rescisión de los contratos (1.290 y sigs.) y la nulidad de los mismos (1.300 y sigs.), y pueden deducirse los otros conceptos doctrinales de nuestro articulado (cfr. 1.261, 1.264 y 1.290 y sigs.). El Tribunal Supremo ha diferenciado diversos supuestos afines: inexistencia y nulidad relativa (30 de enero de 1909, 21 de junio de 1927, 3 de enero de 1947 y 7 de enero de 1964); anulabilidad y rescisión (28 de junio de 1912 y 17 de abril de 1943); nulidad y prescripción (27 de febrero de 1964), y nulidad y simulación (21 de junio de 1927). Es tendencia muy acusada en la contratación en masa mantener la vigencia del contrato, no obstante adolecer alguna o algunas de sus cláusulas de ineficacia y declarar solamente la nulidad parcial de la cláusula en cuestión. La nulidad parcial requiere que el contenido del negocio sea divisible y que el resto válido sea útil a los contratantes. Puede hablarse también de nulidad parcial en el supuesto de los llamados contratos complejos y en los plurilaterales. En otros supuestos (v. gr., vulneración de precios de tasa) no es nulo *ipso iure* el contrato. El mismo criterio restrictivo predomina en la legislación especial (cfr. Ley de usura y Ley sobre venta de buena muebles a plazos de 17 de julio de 1965). Estos supuestos de nulidad parcial se inspiran en la preocupación del poder público de que los efectos de los contratos respondan, en todo caso, al artículo 1.258 del C. c. Según estos criterios expresados, hemos de disciplinar la ineficacia de la contratación en masa. La ineficacia de las condiciones generales sobreviene en el supuesto de abuso de una prepotencia eco-

nómica, y para ello el intérprete atenderá el caso normal bosquejado por el legislador en las normas dispositivas y coactivas. Siempre que no se opongan preceptos legales imperativos, debe ser eficaz el resto del negocio que no adolezca de ilicitud. Las condiciones generales ineficaces se sustituirán por normas dispositivas, y cuando no las haya, se acudirá a la interpretación, según la buena fe en consideración a los usos del tráfico, los principales intereses en juego y por la analogía. La vía judicial de impugnación hallará cauce en los artículos 1.301 y siguientes.

La función de los institutos jurídicos conduce con frecuencia a desdibujar no sólo los límites artificiosamente estructurados (Derecho civil y mercantil), sino también los trazados con mayores fundamentos entre Derecho público y privado. Es decisivo para acotar los campos respectivos la naturaleza de los derechos subjetivos y correlativos deberes de que se trata, la misma naturaleza de la relación calificada por el carácter con que intervengan los sujetos y la prevalencia *in casu* de los intereses de la comunidad. Es problema previo determinar la naturaleza jurídica de la relación para fijar después el Tribunal competente. No hay en nuestro Derecho positivo textos claros al respecto (cfr. artículos 406 y 415 de la Ley de Régimen Local; el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Cuestión vital para el Derecho mercantil es la de su sustantividad y autonomía frente al Derecho civil. La distinción sólo se halla clara en las normas mercantiles de carácter público. La doctrina mercantilista ha pasado de identificar el Derecho mercantil con un derecho profesional a basarlo en el acto de comercio realizado en masa; pero el acto de comercio no alcanzó, aisladamente considerado, las suficientes notas peculiares para distinguirlo de los actos o contratos civiles. Dados estos inconvenientes, la doctrina ha vuelto a la nota de profesionalidad; pero sustituyendo, ahora, el comerciante individual por la empresa. El hallazgo económico de la idea empresa es manifiestamente insuficiente, y actualmente no cabe más que sostener el principio de unidad del Derecho privado y no existe una «comercialización» del Derecho civil, sino una «civilización» del mercantil. El Derecho comparado nos proporciona abundantes ejemplos de la inexistencia de distinción formal entre el Derecho civil y el mer-

cantil. Aunque la empresa sea un concepto esencialmente económico, no es indiferente al jurista, y nuestros C. c. (v. gr., 475, párrafo 2, y 1.056, 2) y C. C.º (cfr. 69, 175, 386, 390 y sigs.) reconocen la idea de «explotación industrial o mercantil» y de «empresa», aunque ha sido nuestro T. S. el que ha bosquejado su concepto y naturaleza jurídica: considerándola como un conjunto comercial. Una segunda fase se manifiesta a partir de la sentencia de 13 de marzo de 1943, calificándose de verdadera organización de actividades, bienes y relaciones. Se evoluciona, destacando el valor industrial de la empresa (cfr. sentencia de 7 de diciembre de 1945 y 13 de marzo de 1946), y cierra el ciclo evolutivo la doctrina surgida principalmente con motivo de la aplicación del artículo 4 de la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946 (repetido con la misma redacción en la de 1956 y en la vigente con el núm. 3). La L. A. U., en su artículo 3, plantea a los Tribunales un problema de trascendencia práctica equivalente al planteado por el artículo 2.º del C. C.º Del examen de nuestra jurisprudencia se deduce que el Tribunal Supremo ha considerado a la empresa como entidad de carácter eminentemente económico, pero en ningún caso núcleo central de una rama de Derecho privado (cfr., entre otras sentencias, las de 16 de marzo de 1948, 13 de noviembre de 1950, 13 de enero de 1953, 3 de marzo de 1955, 28 de septiembre de 1955, 13 de noviembre de 1963 y 2 de julio de 1964). La fórmula del artículo 2 de nuestro C. C.º (que deriva del artículo 1.199 del C. C.º de 1829), a pesar de su aparente claridad, no soluciona el problema delimitativo, y los actos no se diferencian por sus notas intrínsecas, sino por las externas de carácter económico. Nuestro T. S. ha declarado que la calificación es cuestión de hecho y sólo en caso de duda se decidirá la cuestión a favor del deudor, atendiendo también a la índole y finalidad de las operaciones habituales realizadas. Lógicamente, en caso de duda regirá un criterio extensivo para entender que el acto es civil. El desarrollo y evolución de los conceptos contractuales civiles, impregnados de sentido social y económico, dotan a los Códigos civiles de la suficiencia precisa para regular toda esa contratación en masa. Los principios fundamentales de nuestra contratación civil, reflejada en la mercantil, pueden resumirse así: A) Pese a todas las restricciones de Derecho público y privado, el principio de autonomía de la volun-

tad sigue dominando la contratación. B) Es consecuencia de dicha autonomía la libertad de forma en los contratos y restricciones, la buena fe en la contratación, la licitud de los pactos y su sujeción a las buenas costumbres. C) De acuerdo con la moderna doctrina, nuestro T. S. da al principio de la buena fe un sentido objetivo para dar al contrato cumplida efectividad. D) En el sentido de la remisión al uso habrá que estar a un concepto amplio, incluyendo la costumbre jurídica, el uso como medio de suplir la voluntad de los contratos, e incluso el uso en su acepción puramente material. E) La apreciación judicial de la buena fe o el uso presupone dos fases: a) prueba suficiente de los hechos de que se derive o no la buena fe, el uso o la costumbre, y b) valoración jurídica de esos hechos. F) La licitud del contrato no sólo se exige en la Ley en general, sino para cada uno de los elementos del contrato. Resulta bien patente la comunidad de principios fundamentales de toda la contratación de Derecho privado (ya se efectúen en la esfera civil o en la mercantil), y esta conclusión confirma el artículo 50 del C. C.º Del examen de la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 50, resulta lo limitado de la referencia normativa que el precepto atribuye al C. C.º y Leyes especiales. La supletoriedad del C. c., en su aplicación a los contratos mercantiles, ha sido también reiteradamente declarada. El artículo 52 viene a ser un reflejo de lo dispuesto en los artículos 1.152 a 1.155 del C. c. El artículo 54 del C. C.º sienta una norma que difiere del artículo 1.262 de nuestro C. c. El 59 recoge el principio que inspira muchos artículos del C. c. (1.171, 1.288, 1.615...). El 60 concuerda con el 7 del C. c. y lo completa. El 61 viene a sancionar el principio del 1.113. El 62 establece una generalización contraria a la rapidez del comercio y viene a decir, en su juego con el 1.113, que las obligaciones civiles se equiparan en cuanto a su exigibilidad a las mercantiles que llevasen aparejada ejecución. La doctrina de la mora tiene, en nuestro ordenamiento privado, una regulación en el artículo 1.110 del C. c. y otra en el 63 del C. C.º Las especialidades mercantiles no son de trascendencia jurídica, sino de relevancia económica. Los principios jurídicos mercantiles especiales de contratación son desconocidos en la práctica.

El contrato administrativo pertenece al grupo que por su función se integra en los contratos de Derecho público. Es evidente la

distinción, en la doctrina y en la práctica, entre los contratos civiles y administrativos. Es elemento común el consentimiento contractual y no puede decirse que ambos tengan naturaleza contradictoria. Se diferencian en una nota externa (diversidad de jurisdicción competente) y una interna (la finalidad del administrativo son las obras y servicios públicos de toda especie). Hay otras notas secundarias y para la debida distinción, es necesario apreciar conjuntamente todos los criterios *in casu*. La existencia, dentro de la jurisdicción ordinaria, de unos Tribunales especializados, es un hecho de trascendentales efectos prácticos. La Ley reguladora es de 27 de diciembre de 1956 y establece su ámbito de aplicación en el artículo 1.º y en concreto sobre materia contractual en el 3.º La legislación actual, en comparación con la anterior, ha llegado a una considerable extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los entes públicos tienen una doble actuación: administrativa y civil, según actúan con poder o sin potestad, y sin referencia a servicios públicos (T. S. de 28 de octubre de 1963 y 16 de marzo de 1964). La interferencia de ambas jurisdicciones es problemática (31 de diciembre de 1957, 17 de octubre de 1961, 24 de mayo de 1962 y 27 de septiembre de 1962). Ha sido—a criterio del autor—la sala 1.ª del T. S. la que con mayor amplitud y contenido sustantivo ha tratado de deslindar repetidamente los contratos civiles de los administrativos; en definitiva, para resolver la cuestión procesal de incompetencia de jurisdicción propuesta como excepción dilatoria. Destaca la sentencia de 15 de octubre de 1963, que califica la materia de contratación, en principio, como fundamentalmente civil, si bien por circunstancias especiales, determinados contratos se asignan al círculo de Derecho público. Suelen señalarse como criterios diferenciales: 1.º El que atiende a los elementos subjetivos. 2.º El que atiende a la forma (formalismo del contrato administrativo). 3.º El que se fija en el contenido de la relación (der. subj. y deberes jurídicos públicos). 4.º El que mira al objeto y finalidad (verbigracia, realización de una obra o servicio público). Es muy plausible el criterio de elasticidad de esta sentencia, pero tienen importancia preponderante el del objeto y finalidad del contrato y el del contenido de la relación. La distinción subjetiva no implica que todos los contratos en que de hecho, no desde el punto de

vista jurídico, una parte ocupa una posición preponderante hayan de incluirse en el Derecho administrativo (contrato de masa a incluir en el Derecho privado, v. gr., los de empresas públicas de transportes, seguros, bancarios...). El criterio de distinción formal es insuficiente por sí solo en general, pero puede la Ley establecerlo como esencial. La contratación civil es la regla general y el contrato dudoso debe reducirse a una calificación *juris-privatista*. La sentencia de 26 de mayo de 1964 completa la doctrina legal en materia de distinción entre contratos civiles y contratos administrativos, y atiende a los elementos esenciales de todo contrato, añadiendo el de su jurisdicción competente. La calificación de un contrato como administrativo y su atribución a la jurisdicción competente no excluye, en modo alguno, la aplicación de los preceptos del C. c. para regular sus efectos. La sentencia de la Sala 3.^a de 12 de marzo de 1964 aplica los artículos 1.124 y 1.258 del C. c., la doctrina de la causa y declara de forma general la aplicación por la jurisdicción contencioso-administrativa de las disposiciones que regulan la contratación. En la de 31 de enero de 1964 (Sala 4.^a) se aplica la doctrina civil de la mora, y la misma Sala, en la de 25 de enero de 1964, sanciona el principio de la buena fe (1.258 C. c.) para toda la contratación administrativa. La de 27 de octubre de 1961 (de la Sala 4.^a) declara aplicables los artículos 1.284, 1.285 y 1.288, y la de 28 de enero de 1965, los principios contenidos en los artículos 1.096 y 1.110.

Extracto de la regulación legal española en materia de servicios públicos en cuanto afecta a la contratación con los particulares.

Transportes. Arranca la actual regulación de la Ley de Bases de 24 de enero de 1941:

A) En cuanto a los ferrocarriles, dicha Ley creó la RENFE. Aún se halla en vigor la antigua Ley General de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877. La organización de la RENFE se contiene en el Decreto de 17 de enero de 1947, en el que se establecen las líneas generales de las tarifas a aplicar (arts. 22 a 30). Al Ministerio de Obras Públicas corresponde aprobar las tarifas generales y especiales, a propuesta del Consejo de Administración de la RENFE. La Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, des-

arrollada por su Reglamento de 8 de septiembre de 1878 y numerosas disposiciones posteriores, aclaran el Reglamento en materia de tarifas (R. O. de 1 de febrero de 1887, 14 de mayo de 1887 y O. de 23 de marzo de 1934).

B) En transporte por carretera, la Ley de Bases se desarrolló por la Ley de régimen jurídico de transportes mecánicos por carretera de 11 de diciembre de 1942. La Ley de 27 de diciembre de 1947 regula la Ordenación de los transportes mecánicos por carretera, y ante la creciente utilidad de estos transportes y su trascendental influencia en la economía nacional y para mantener el indispensable equilibrio entre los intereses de los usuarios y de las empresas, se introducen importantes modificaciones en la legislación anterior. Se manifiesta el intervencionismo del Estado en su artículo 5.º Las tarifas autorizadas en cada concesión tendrán el carácter de máximas. Se regula por vez primera en España la materia de estaciones y agencias en los artículos 39 y siguientes de esta Ley. Por Orden de 4 de noviembre de 1964, se publicó el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos de Transportes en Automóviles ligeros.

C) Las agencias de transportes, como organizaciones interpuestas entre los usuarios y las empresas de transportes, sólo podrán actuar sometidas a la inspección del Ministerio de Obras Públicas, al que remitirán, para su aprobación, las tarifas y reglamentos. Estas agencias contratarán forzosamente con los usuarios, asumiendo ante éstos, y ante la Administración, la responsabilidad de todo orden en que pueden incurrir. La regulación de las agencias de transportes se halla en el Reglamento de Ordenación de los transportes mecánicos por carretera, Decreto de 9 de diciembre de 1949; en el Reglamento tipo de 2 de agosto de 1951 y en la Orden de 25 de noviembre de 1954.

D) Las Convenciones internacionales sobre transporte de mercancías y de viajeros y sus equipajes, firmadas en Berna el 25 de octubre de 1952, han sido sometidas a la sexta revisión en 25 de febrero de 1961 (la Convención inicial se celebró en 1890). Han sido firmadas por 24 países, entre ellos España, y se han reunido las 15 ratificaciones necesarias para su puesta en vigor, entre ellas

la de España. En lugar de dos partes en el documento de transporte (billete propiamente dicho y su duplicado), se establecen cinco ejemplares numerados y sólo diferenciados por su título: 1) billete; 2) hoja de ruta; 3) boletín de llegada; 4) duplicado del billete; 5) matriz de expedición. El título común de estos documentos indica su valor y su poseedor. El título ferroviario se aproxima así a la carta de transporte aéreo de la Convención de Varsovia y al billete internacional de transporte por carretera de la Convención de Ginebra. Las tarifas internacionales pueden ser declaradas obligatorias para el tráfico internacional, con exclusión de las internas. Lo fundamental de la Convención de Berna son sus declaraciones sobre el problema de la responsabilidad. La base de la responsabilidad del ferrocarril sigue siendo una presunción legal de responsabilidad en contra del porteador, que admite prueba en contrario.

E) La Ley de 18 de julio de 1932 creó las Juntas de Detasas y una impropriadamente llamada jurisdicción especial. Su actuación es trámite previo para entablar cualquier acción ante los Tribunales de justicia si afecta a cantidad superior a tres mil pesetas; en otro caso el acuerdo mayoritario de la junta será ejecutorio (Ley de 1932 y de 24 de junio de 1938). La Orden de 2 de marzo de 1946 ha declarado que estas normas no modifican las correspondientes de la L. E. C. Por Orden de 28 de diciembre de 1938 se aprobó el Reglamento para el funcionamiento de las Juntas de Detasas.

F) Las agencias de viajes se regulan por el Decreto de 29 de marzo de 1962 y su Reglamento de 26 de febrero de 1963. La competencia disciplinaria del Ministerio de Información y Turismo no es obstáculo a la competencia civil y penal correspondientes. La Ley de 8 de julio de 1963 sobre competencias turísticas puso ya remedio a la fragmentación legislativa de esta materia, y el Decreto de 14 de enero de 1965 promulga el Estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas privadas.

Seguros: La Ley de registro e inspección de empresas de seguros de 14 de mayo de 1908, en notable desacuerdo con el principio liberal de la época, señalaba una posición intervencionista del Estado que

ha seguido la Ley de Ordenación de los Seguros privados de 16 de diciembre de 1954 y dejó vigente el Reglamento de 1912, aunque dictó después el Reglamento de 13 de abril de 1956. Dentro de la fructífera legislación de seguros mercantiles privados, merece especial mención el seguro obligatorio de viajeros por ferrocarril, creado por la Real Orden de 13 de octubre de 1928. Su Reglamento es de 26 de julio de 1929, completado por Decreto de 8 de mayo de 1942 y otras disposiciones posteriores. Las indemnizaciones por muerte o incapacidad fueron elevadas por Orden de 11 de junio de 1962 y nuevamente por Decreto de 27 de abril de 1965. La Ley de 26 de septiembre de 1941 amplió el seguro obligatorio de viajeros al transporte por carretera y aéreo, y una novísima legislación ha creado el de accidentes derivados del tráfico de vehículos de motor. El título III de la Ley sobre Uso y Circulación de vehículos de motor (de 24 de diciembre de 1962) ha originado numerosas disposiciones complementarias: 1.º Las que han adaptado a la jurisdicción militar las normas orgánicas y procesales de la Ley de 1962: v. gr., Decreto de 17 de diciembre de 1964, modificado, en parte, por el de 16 de junio de 1965 y Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1965. 2.º El Reglamento de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor (Decreto de 9 de noviembre de 1964, modificado por otro de 6 de mayo de 1965). 3.º Las disposiciones relativas al Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación (Decreto de 3 de octubre de 1964, Decreto de 24 de diciembre de 1964). Otras disposiciones complementarias de menor interés son las referentes al seguro voluntario del automóvil, seguro turístico, límite de ruidos de los vehículos de motor...

Suministro de Agua, Gas y Electricidad: A) El suministro de agua puede prestarse a los particulares por empresas privadas suministradoras, por municipalización del servicio o por concesión administrativa. El precio tarifado está fiscalizado a través de la Delegación de Industria correspondiente (Orden de 20 de febrero de 1957 y Circular de 11 de marzo del mismo año). La competencia jurisdiccional no será siempre la ordinaria, en especial en casos de servicios municipalizados o de litigio entre Administración, concedente y concesionario.

B) En el suministro de gas hemos de atender al Reglamento de 27 de marzo de 1956. Las condiciones generales y especiales se someterán previamente a estudio e informe de las respectivas Delegaciones de Industria. La fijación de Tarifas máximas compete al Ministerio de Industria (O. de 24 de junio de 1954). En materia de Jurisdicción, aún admitiendo la competencia de lo contencioso-administrativo, en los litigios con particulares, conocen la civil o penal en su caso.

C) El suministro de energía eléctrica se rige principalmente por el Reglamento de 12 de marzo de 1954 y que (en forma análoga al gas) atribuye la competencia y reglamentación del mismo al Ministerio de Industria a través de las Delegaciones Provinciales correspondientes. El T. S. (Sala 1.ª) ha declarado que es un contrato de compraventa con fisonomía especial. Sobre tarifas se han publicado numerosas disposiciones.

Empresas bancarias: Su establecimiento y funcionamiento están sometidos a la intervención del Estado a través del Ministerio de Hacienda. La disposición fundamental es la Ley del 14 de abril de 1962, desarrollada por Orden de 25 de mayo de 1963; Decreto de 5 de junio de 1963 y Orden de 30 de noviembre de 1963 sobre autorización para apertura de sucursales y agencias bancarias. Se considera legalmente a los Bancos como entidades reguladoras o distribuidoras del crédito, defensores del valor del signo monetario y los llamados a seguir la política económica. Se insiste en que la Banca debe utilizarse como promotora de inversiones y financiadora a plazo medio y largo, con las imprescindibles cautelas para evitar el riesgo de una imprudente inmovilización.

Dentro de una clasificación funcional de los contratos tienen singular relieve actual los efectuados en las esferas del cine, radio y televisión y que se manifiesten, en general, a manera de conglomerados de contratos. La importancia social y aun política de estos medios técnicos de difusión ha creado una reglamentación intervencionista del Estado que no ha logrado oscurecer el aspecto privado de la relación subyacente. La palabra hablada y la imagen (manifestaciones directas de la personalidad humana) están protegidas contra inmisiones ajenas por las normas generales y las

de responsabilidad extracontractual y son objeto de la llamada propiedad intelectual, dada la sagaz y previsora redacción del artículo 1.º de la Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879 y el correlativo de su Reglamento de 3 de septiembre de 1880

Cinematografía: Hay una enorme profusión legislativa que afecta principalmente a inscripción en el Registro de la propiedad intelectual (O. de 29 de marzo y 6 de abril de 1935); concesión de permisos de rodaje (O. de 16 de marzo de 1951) o de doblaje (14 de octubre de 1952); sobre precios de entradas cinematográficas (O. de 8 de marzo de 1957); régimen de coproducción de películas (O. de 26 de enero de 1960); protección a la cinematografía nacional (O. de 13 de mayo de 1961); protección del derecho de autor (O. de 23 de febrero y 14 de abril de 1965), etc...

Radiodifusión: Reglamento del 14 de junio de 1924, modificado por Orden de 12 de abril de 1941 y 22 de mayo de 1951 sobre estaciones radioeléctricas particulares; Reglamentación de emisoras de 5.ª categoría; Decreto de 22 de mayo de 1955, que prohíbe la transferencia a extranjeros de emisoras de radio, etc...

Televisión: Decreto de 18 de octubre de 1957 sobre instalación de antenas receptoras; Decreto de 4 de junio de 1959 sobre retransmisión de espectáculos públicos; Orden de 24 de diciembre de 1965 sobre permisos de rodaje para televisión extranjera. El Decreto de 11 de octubre de 1962 reorganiza la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, con normas de carácter administrativo y de orden interno que no afectan al particular, salvo en cuanto a tarifas de publicidad.

En el aspecto privatista, el conglomerado contractual no se forma de contratos mixtos, sino de una mera unión externa de diversos contratos dirigidos al mismo objetivo económico. Se trata de materia contractual única, con autonomía jurídica y ligada en su aspecto económico, que enlaza al lado de contratos individuales los llamados de organización que a menudo reúnen los caracteres de la contratación en masa. Esta contratación, dirigida a la producción técnica, no se confunde con los derechos de propiedad intelectual, ni con la financiación de dicha producción. Esta

contratación se halla en la zona límite de la economía industrial y de la actualidad cultural.

En materia cinematográfica se distinguen como figuras contractuales por LAUFKE las de adaptación de obras literarias o artísticas; las de obtención de manuscritos; las de obtención de guiones; las de composición de música; las de doblaje. Este grupo de contratos serán generalmente contratos de obra o de servicios. En otros casos serán arrendamientos de cosas (contratos de talleres o accesorios) o de depósito (conservación de cintas cinematográficas); contratos de obra o de venta, según lo pactado (obtención de copias); venta o arrendamiento de cosas (petición de películas por las salas de proyección). La autorización de licencias de proyección en el extranjero implica un contrato con importante aspecto fiscal e internacional. En esta serie de relaciones jurídicas pueden distinguirse cuatro fases: contratos preparatorios de la producción; de realización de la producción; de cesión para proyección pública y de proyección. En esta materia se utilizan generalmente contratos de formulario, salvo en esfera de coproducción cinematográfica.

En materia de televisión, la doctrina procura adaptar su desarrollo contractual al proceso contractual del cine y el autor resume la contratación, con exclusión de la esfera laboral, en el siguiente cuadro: Contratos de producción y de emisión. Los de producción, divididos en: constitutivos o configuradores y contratos técnicos. Los constitutivos comprenden los relativos a la propiedad intelectual; obtención de manuscritos y guiones; obtención del elemento musical y de cooperación. Los técnicos abarcan los relativos al taller o estudio y los de doblaje, copias y sincronización.

Es frecuente, por la evolución técnica y científica en esta época, que sea insuficiente la cooperación de una o algunas personas en la consecución de ciertos fines individuales o sociales. De ahí la intervención estatal en empresas que persigan fines públicos. Aspecto de esta compleja organización es el trabajo «en equipo» de los diversos grupos técnicos, y la ciencia jurídica actual se ha preocupado de delimitar la responsabilidad del trabajo en equipo. Se pretende que la responsabilidad del equipo no sea siempre extracontractual frente al perjudicado y contractual sólo ante su princi-

pal o técnico de superior categoría. Este trabajo en equipo es hoy muy importante en la medicina del siglo xx. No sólo debe responderse por la propia actuación, sino también por la de las personas que nos están sometidas en la organización correspondiente. En nuestro Derecho, esta responsabilidad se deriva, entre otros, de los artículos 1.721, 1.890 y 1.903 del C. c., y 286 y 379 del C. Co. La responsabilidad de autoridades y funcionarios frente a los particulares se recoge en las Leyes de Expropiación Forzosa y de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Hay diferencias en la responsabilidad del principal, según proceda de actuación contractual o no. Las diferencias se refieren a las personas por las que se responde; calificación del acto, que será de incumplimiento o ilícito; prueba del acto imputable; plazo de prescripción; alcance de la responsabilidad en relación con el dolo y la culpa y posible exoneración o modificación de la responsabilidad.

En la esfera médica hemos de tener en cuenta la Ley de 21 de julio de 1962, que establece normas reguladoras de los hospitales públicos. Los hospitales privados se regirán por esta Ley en cuanto a catalogación y condiciones mínimas de funcionamiento, pudiendo llegar hasta su cierre si no fueren cumplidas. La delimitación de competencia judicial se hará según los criterios generales de diferenciación entre la jurisdicción administrativa y la civil.

La responsabilidad del Estado, frente al particular, por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, se exigirá ante los Tribunales ordinarios, salvo las normas especiales de exigencia de responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los militares y funcionarios de las carreras judicial y fiscal.

En cuanto a la responsabilidad del médico por la actuación de sus auxiliares, el T. S. ha insistido en el deber de diligencia, cuya observancia puede acarrearles responsabilidad criminal. Los errores en el tratamiento médico se tuvieron en cuenta en sentencia de 18 de diciembre de 1911, 8 de noviembre de 1913 y 10 de enero de 1930. La responsabilidad criminal será independiente de la contractual en que se incurra por la negligencia manifiesta en el cumplimiento de las normas consuetudinarias o científicas. La jurisprudencia francesa ha llegado a declarar que «cualquier falta del médico lleva consigo su responsabilidad». Es interesante también determinar la responsabilidad médica en el supuesto de que un

médico trabaje en cooperación con otro u otros y las responsabilidades derivadas de la asistencia médica en clínicas particulares. En cuanto a la responsabilidad por actividades médicas en el sector público, la responsabilidad extracontractual se extiende a la originada por todos los que participan en el funcionamiento de los servicios de Sanidad.

Dada la multiplicidad de relaciones internacionales, el primer objetivo en el futuro debe ser el establecimiento de una regulación similar del Derecho privado, lo que sólo se alcanzará a base de tratados y a través de las Naciones Unidas, previa una minuciosa preparación por la ciencia del Derecho comparado. Son tentativas de unificación parcial los convenios de La Haya: el de 12 de junio de 1902 sobre ámbito de aplicación de las Leyes de celebración del matrimonio y separación de los cónyuges y tutela de menores; el de 17 de julio de 1905 sobre los efectos del matrimonio, incapacidad y proceso civil; el de 6 de abril de 1950 sobre declaración de muerte de los desaparecidos y el de procedimiento civil revisado en 1954. Hay otros en proyecto sobre compraventa internacional, sobre reconocimiento de las personas jurídicas y sobre el reenvío. Se firmó en Nueva York, en 1956, un importante convenio sobre ejercicio en el extranjero de las pretensiones sobre alimentos y el de Ginebra de 1948 sobre reconocimiento internacional de derechos en las aeronaves. En el Consejo Económico Europeo se prepara uno sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, y en La Haya, en 1964, se elaboraron tres convenciones nuevas: competencia de autoridades, adopción y el relativo a la significación y notificación de actos civiles y comerciales celebrados en el extranjero y acuerdos sobre elección de fueros.

En materia de contratación no existen Convenios internacionales con normas de colisión generales, salvo los intentos y proyecto sobre la compraventa. Las reglas de Derecho interno no suelen ocuparse de estas normas conflictuales. En nuestro C. c. podemos citar, al respecto, los artículos 9 y 11. La primera regla aplicable a las obligaciones contractuales será la Ley elegida por las partes, o en su defecto se atenderá a su voluntad tácita, o, en último lugar, a la presunta, basándose en los hechos concluyentes o en el punto de conexión que derive de circunstancias de hecho decisivas y en

base de puntos de vista objetivos. En otro caso se aplicará la Ley del lugar del cumplimiento y se determinará según las normas del Derecho interno. En tema de efectos de la obligación podemos distinguir, con la doctrina historia clásica, entre efectos derivados de la voluntad de las partes y los que la Ley deriva de lo convenido. A los primeros se les aplicará la Ley del lugar de perfección del contrato y a los segundos la Ley del lugar de ejecución del contrato. Nuestro T. S. ha seguido en este punto el criterio de flexibilidad sostenido por nuestra doctrina (cfr. sent. de 20 de mayo de 1899, 22 de octubre de 1910 y 1 julio 1929). La Ley extranjera requiere prueba de su existencia ante los Tribunales españoles, y el Juez español no puede eliminar de oficio la aplicación del C. c. para aplicar el Derecho extranjero. En los contratos sobre inmuebles, sitos en España, se aplicará la *Lex rei sitae* por razones de orden público. La misma norma se aplicará en preceptos coactivos de contenido económico-social (v. gr., protección del tráfico jurídico, tutela de las relaciones laborales, cuestiones de competencia, importación o exportación, etc.). Los estados protegen estos intereses: primero a través de normas administrativas y penales, pero también influyen en el Derecho de obligaciones (cfr. párrafo 3 del art. 10 de nuestro C. c.). Distingue la doctrina en la aplicación de Leyes coactivas, las que tienen naturaleza predominantemente jurídico-privada y las de Derecho público. El problema del reenvío ha originado múltiples disquisiciones. Dado el criterio de aplicación restrictiva del Derecho extranjero, se deduce claramente que no se admitirá la no aplicación de una norma española de conflicto, en vista de lo dispuesto en norma extranjera de la misma clase, sino que se acudirá al Derecho material extranjero en cumplimiento de la Ley española. El principio de reciprocidad tiene un carácter correctivo de los preferentemente aplicables y debe aplicarse al contenido de los contratos. El principio de igualdad civil del artículo 27 de nuestro Código sufre importantes limitaciones en esfera de arrendamiento urbano, propiedad intelectual y Leyes laborales. El problema de la prueba del trato de reciprocidad se toca en la sentencia de nuestro T. S. de 6 de diciembre de 1961. Con respecto al fraude de Ley, distingue la moderna doctrina entre normas de carácter político-social y económicas y normas del Derecho privado. Res-

pecto a las primeras, que son de aplicación coactivas, no es posible; sí, en cambio, en las segundas. En Derecho español, la noción de fraude puede apoyarse en el amplísimo artículo 4 del C. c. La jurisprudencia aplicó la idea de fraude en cuestiones de Derecho matrimonial, pero fundamentándolo a través del orden público del artículo 10, párrafo 3, del mismo C. c., y el propio T. S. ha dado su concepto en sentencia de 27 de diciembre de 1962. Los llamados conflictos de calificación deberán ser resueltos por la *lex fori*, aunque no haya una doctrina generalmente aceptada ni un claro criterio jurisprudencial (cfr. sentencia de 17 de octubre de 1901). Los preceptos acerca de la forma de los contratos tienen carácter coactivo (art. 11 C. c.). En fase de generación del contrato entre ausentes, la oferta será vinculante, según el derecho del oferente. En cambio, se aplicará la Ley del aceptante a efectos de aceptación, vinculación o modificación de oferta. En materia de interpretación de contrato, se aplicará la Ley que se aplique al contenido del contrato. En tema de prueba, la *lex fori*. En cuanto a prescripción del dominio, el T. S. español sigue el criterio de la *lex rei sitae*, y en materia de extinción de obligaciones contractuales, la Ley del lugar es que se verifican los hechos que producen la extinción (generalmente, *lex loci executionis*).

El principal contrato, en orden a sus efectos internacionales, es la compraventa. Más importancia práctica que los proyectos de Convenios (del Instituto Internacional para la unificación del Derecho y de la VII Conferencia de La Haya) tienen las cláusulas internacionales, sobre todo las denominadas *Incoterms* (verbigracia, Cif. y Fob.). Aparte de lo dicho, existen otras condiciones generales de contratación, v. gr., pago anticipado del precio, envío contra pago de la letra, crédito previa entrega de documentos... El problema internacional ha de resolverse según la *lex rei sitae*. En el ámbito de la Comunidad Económica Europea existen algunos preceptos coactivos con trascendencia a este contrato (verbigracia, art. 85 del Tratado).

El contrato de transporte se regirá por la Ley del lugar en que radique el establecimiento de la empresa porteadora. Además se someterá a los preceptos coactivos que rijan en el lugar de celebración y de ejecución. Sobre transporte por carretera se firmó un Convenio en 19 de mayo de 1956. En tema de transporte aéreo,

la I. A. T. A. ha recomendado a sus miembros condiciones generales uniformes. En este contrato suele haber uniformidad internacional de criterios. A los estados firmantes se aplicará el Convenio de Varsovia de 1929 en su redacción de La Haya de 1955. Nuestra jurisprudencia ha tenido en cuenta estos preceptos (sentencia de 11 de junio de 1958 y 15 de noviembre de 1963). Nuestra legalidad vigente se halla en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, sin perjuicio de los Tratados Internacionales firmados. En el aspecto penal y procesal rige la Ley de 24 de diciembre de 1964. En el tráfico marítimo rigen las Reglas de La Haya, y el Convenio de Bruselas de 1942, entre otras normas.

Respecto al contrato de edición, habremos de estar al Convenio de Berna en su revisión de Bruselas de 1948. Como criterio supletorio regirá la Ley del lugar donde radique el establecimiento del editor. En el contrato de arrendamiento de películas para su proyección y, a falta de Ley paccionada, regirá la territorial del lugar donde se proyecte. En los contratos celebrados entre los abogados y sus clientes, a falta de Ley acordada, regirá la del lugar donde se ejerza la profesión, y en la actuación profesional del abogado la norma territorial correspondiente. Hemos de mencionar, por último los Convenios de las Naciones Unidas de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Juicio crítico.—Algo de lo mucho bueno del libro: un sencillo y limpio castellano, siempre apetecible en los libros técnicos que no por más oscuros son mejores; una actualización llevada al máximo, se comentan y estudian las «últimas» sentencias de nuestro T. S., y aquí decir las «últimas» no es un *slogan* publicitario. Algo de lo poco malo: una primera parte que promete más que ofrece; una sistemática reiterativa y en algunos puntos confusa (mejor diría entrecruzada); algunos capítulos demasiado cortos (v. gr., c. XI) y otros, quizá, demasiado largos en algún punto incomprensiblemente hipertrofiado (c. XIII..., ¿por qué no citar otros importantes contratos con equipo? En síntesis: un buen libro que merece ser releído y consultado. Y esto no abunda.

SENÉN DE LA FUENTE, Guillermo: *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid, 1965, 273 págs.

Dice el profesor GARRIGUÉS en el prólogo de la obra que comentamos, que en el autor de este libro, discípulo suyo predilecto, se dan las mejores cualidades que se pueden exigir a un verdadero jurista, como son el rigor intelectual, la claridad y el equilibrio en el juicio, la rápida intuición de la solución más justa y la precisión en el lenguaje. Y es justo reconocer después de haber leído el libro y de haber meditado sobre él, que las palabras del eximio maestro no constituyen un caso de apasionamiento o de cariño hacia su discípulo, sino un cabal diagnóstico. SENÉN ha escrito un libro en el que esas cualidades brillan.

Concurre también en el autor del libro y también lo pone de relieve GARRIGUÉS, en el prólogo, un «fecundo maridaje del estudio teórico, con la contemplación del caso real en el ejercicio de la abogacía». La elección del tema sirve para calibrar al verdadero jurista. SENÉN ha elegido un tema de estudio de la vida real y él mismo confiesa (pág. 16) haber topado en la práctica diaria de un despacho profesional con varios casos en que, dentro de una sociedad anónima, se había producido una paralización de los órganos sociales.

Enfrentado ya con su problema, el autor parte de dos postulados: el primero de ellos consiste en que la Ley española de sociedades anónimas no prevé de un modo expreso, como causa de disolución de la sociedad, entre los supuestos que enumera el artículo 150, la paralización del funcionamiento normal de los órganos sociales; el segundo postulado lo constituye para el autor el estado de la doctrina y los pocos comentarios que los tratadistas (URÍA, GIRÓN, TENA, RUBIO) han dedicado al problema.

El desarrollo de la obra se realiza a través de cuatro capítulos, en los cuales el autor va estudiando la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles como presupuesto de su extinción: la extinción de las sociedades mercantiles, las diferencias entre extinción y disolución, el concepto de causa de disolución y la

distinción entre disolución total y disolución parcial (capítulo 1.º), para estudiar después de una manera especial las causas de disolución de la sociedad anónima, con una amplia referencia al Derecho extranjero y al Derecho español (capítulo 2.º).

Sentadas estas premisas, el autor se enfrenta ya, en el capítulo 3.º, con su tema, y para desenvolverlo examina primero el normal funcionamiento de la Junta General de accionistas y del Consejo de Administración como condición necesaria para la subsistencia de la sociedad anónima, para estudiar después la paralización de los órganos sociales como causa de disolución de la sociedad. Este último punto, que constituye la médula de su trabajo, se realiza también con una amplia referencia al Derecho extranjero europeo (Alemania, Francia, Italia), y americano (Méjico, Brasil, Argentina), para examinar, finalmente, el problema en nuestro Derecho positivo.

Posee un especial interés la tipificación de supuestos o causas de paralización de los órganos sociales, que el autor realiza (páginas 191 y sigs.), incluyendo entre ellas, a saber: 1.º, la imposibilidad de convocar la Junta de socios en la forma ordenada por la Ley; 2.º, el absentismo permanente de los socios a las reuniones de la Junta General, convocada por los administradores cuando este absentismo impida reunir el *quorum* mínimo de asistencia; 3.º, la imposibilidad de lograr en el seno de la Junta General unas mayorías que hagan posible la adopción de acuerdos. Por lo que se refiere al consejo de administración, la paralización puede surgir por las mismas causas.

Establece el autor también cuáles deben ser los requisitos necesarios para que la paralización de los órganos sociales determine la disolución de la sociedad, pues señala que sería erróneo creer que cualquier paralización es suficiente para provocar aquélla. A su juicio, para que una paralización de los órganos sociales pueda calificarse como causa de disolución de una sociedad anónima, habrá de ser tal paralización clara, permanente, insuperable e insalvable, exigiéndose, además, que la sociedad no pueda seguir actuando, a pesar de la paralización de sus órganos oficiales, por la simple condición de su *statu quo*. Por ello, la única paralización que puede provocar la disolución de la sociedad anónima es la que afecta a la Junta General, pues si la Junta de socios funciona normalmente,

los obstáculos que afecten al funcionamiento del Consejo de Administración pueden ser perfectamente superados.

El último capítulo lo dedica el autor a estudiar en particular los problemas que plantea en la práctica esta causa de disolución de la sociedad anónima, estudiando, fundamentalmente, tres cuestiones, que son las siguientes. La primera se refiere al modo de operar de esta causa de disolución. El artículo 152 de la Ley no puede aplicarse, naturalmente, en el supuesto de disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales, pues exigir en este caso previo acuerdo de la Junta General sería no sólo absurdo, sino que significaría privar de eficacia a esta causa de disolución. Por ello, el autor considera que la disolución judicial es la solución del problema y admite la posibilidad de acudir al juez para pedir la disolución de la sociedad. Admitido lo anterior, la segunda cuestión es el procedimiento que habrá de seguirse ante los tribunales de justicia (págs. 220 y sigs.). No debe ser un expediente de jurisdicción voluntaria. Tampoco cabe utilizar el proceso especial, regulado por los artículos 67 al 70 de la Ley, aunque sería aconsejable, de *lege ferenda*, una reforma de dichos artículos para admitir que el proceso especial puede utilizarse para ejercitar esta causa de disolución. Por todo ello, no resta más procedimiento que el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía. La última cuestión que el autor examina es la de la legitimación activa y pasiva en el ejercicio de las acciones procedentes para obtener la disolución de la sociedad. La legitimación activa se reconoce a cualquier socio, al Consejo de Administración como órgano, si éste funciona, y a cualquier administrador, en el supuesto de que la paralización afecte al órgano de representación de la sociedad. En cambio, no están legitimados los acreedores sociales. En orden a la legitimación pasiva, es clara la de la sociedad para comparecer en el proceso y que se pida la disolución. Si la paralización afecta al órgano de representación, puede representar a la sociedad el Ministerio Fiscal. Por último, debe reconocerse legitimación pasiva a cualquier socio o administrador que se oponga a la disolución de la sociedad.

He procurado hacer hasta aquí un apretado elenco de las cuestiones, todas ellas de gran importancia, que en este libro se trata. No me resta más que reiterar lo que al principio dije respecto de

las virtudes de rigor, claridad, equilibrio y precisión que adornan, tanto al autor como al libro, y desear que, en fecha próxima, el profesor SENÉN nos proporcione la dicha de facilitarnos otro estudio, tan profundo como éste, sobre cualesquiera otra materia del Derecho de sociedades que tan magistralmente domina.

LUIS DíEZ PICAZO.

TORRENT, Armando: *Venditio hereditatis* (La venta de herencia en Derecho romano). Prólogo del profesor doctor Pablo Fuenteseca. Universidad de Salamanca, 1966, 268 págs.

Este libro, que constituye la tesis presentada por su autor para alcanzar el grado de doctor en Derecho, se gestó y nació en el ámbito de la cátedra de Derecho romano del profesor doctor PABLO FUENTESECA, dentro de los estudios que el citado catedrático dirige en la Universidad de Salamanca sobre el contrato de compraventa en Roma. Está editado en la colección «Acta Salmanticensia» (*insu Senatus Universitatis*), de la que lleva el número 18.

No existía en la literatura romanística una investigación concreta sobre el tema de la venta de herencia en el Derecho romano, y la razón de este vacío doctrinal es, como afirma el profesor FUENTESECA, la dificultad básica de explicar el contenido y alcance de la expresión *hereditas*: ¿cómo podría explicarse una *venditio hereditatis* (concepto y realidad jurídica indudablemente romanos), si el concepto de *hereditas* no estaba claro?

Era necesario, por tanto, abordar la problemática entera de la herencia en el Derecho romano, aun cuando sólo en la medida necesaria para el correcto planteamiento del tema propio de la investigación. Y era, asimismo, precisa una ojeada sobre todas las posibilidades de enajenación de la herencia (si tal enajenación era posible, y en qué medida era posible) en los distintos momentos de la evolución del Derecho romano. Por esta razón realiza el autor el estudio de la *mancipatio familiae*, así como el de la *in iure cessio hereditatis*.

Pero así como el tema estricto de la *venditio hereditatis* estaba

poco tratado por la doctrina romanística, tanto el de la naturaleza de la *hereditas* como el de la *in iure cessio hereditatis*, habían atraído poderosamente la atención de los investigadores de este campo del Derecho, acumulando abundantísima literatura, de carácter marcadamente polémico, de forma que resulta verdaderamente difícil saber cual sea el *status quaestionis* en el momento actual. El doctor TORRENT había de abordar una labor de clasificación y confrontación de las diferentes opiniones de los autores, no siempre ágilmente agrupables en «tendencias» o «escuelas» definidas, sobre unos temas cuya dificultad constituía el primer obstáculo para una investigación sobre el tema de la venta de la herencia en el Derecho romano.

El estudio, tras una breve introducción, se divide en tres amplios títulos, dedicado el primero al problema de la *hereditas* primitiva y a la *mancipatio familiae* (caps. I y II); el segundo a la *in iure cessio hereditatis*, y el tercero, naturalmente, el más amplio, a la venta de la herencia. El método de investigación y expositivo en los títulos I y II es similar, y viene impuesto por la complejidad de las opiniones doctrinales manifestadas sobre los temas respectivos: un primer apartado en que recoge ordenadamente las opiniones de los autores sobre el tema correspondiente, realizando una acertada síntesis de sus argumentaciones y de sus críticas a las posiciones de otros autores, para proceder en un segundo apartado a una toma de posición personal, haciendo hincapié en los aspectos que presentan mayor interés para el posterior desarrollo del tema de la venta de la herencia. Esta forma de exposición, si bien obliga en ocasiones al autor a ciertas repeticiones, al reproducir en la exposición del conjunto de la institución los argumentos que antes había expuesto como utilizados por tal o cual autor, presenta la indudable ventaja de una mayor claridad, aparte de la utilidad misma de la síntesis de las opiniones de cada autor sobre temas tan fundamentales y contravertidos.

Así, en el capítulo I (págs. 21-55), al tratar del problema de la *hereditas* primitiva, da cuenta de las distintas opiniones de los autores, principalmente BONFANTE, LEVY-BRUHL, AMBROSINO, ALBANESE y BRONDI, para terminar con las que llama teorías germanísticas. Caracteriza estas últimas, de forma algo imprecisa, por su oposición a las tesis de BONFANTE sobre la estructura de la familia ro-

mana primitiva, y la función que en la misma tenía el testamento como designación de *heres*, sucesor en sentido político en la autoridad del muerto, sin contenido patrimonial, y la concepción de la sucesión hereditaria en el primitivo Derecho romano como una mera *continuatio dominii* por parte de todos los *alieni iuris* que hasta el momento de la muerte del *pater* permanecía bajo su potestad. El doctor TORRENT, que en otro lugar ha estudiado esta comunidad hereditaria (1) se inclina por esta segunda posición, con bases, sobre todo, en los fragmentos de GAYO, descubiertos en un papiro egipcio, que han venido a arrojar gran luz sobre el llamado *consortium ercto non cito*.

Le parece indudable que para la época de las Doce Tablas no puede hablarse de *hereditas* en el sentido técnico que el término tomará posteriormente; mantiene la prioridad de la sucesión abintestato sobre la testada, interpretando en este sentido la discutida frase de las Doce Tablas *si intestato moritur* (Tab. V, 4), de forma que no teniendo hijos el *pater* y no habiendo hecho la *adrogatio* ante los comicios, como no tiene *sui*, heredan la familia los agnados y los gentiles, pues el testamento primitivo (*calatis comitiis*) no es tal testamento, sino el expediente que tiene el *pater familiae* para procurarse un *suus heres* a falta de descendientes directos e inmediatos.

La *mancipatio familiae*, tema del capítulo II del mismo título (págs. 55-89), es para el autor una venta fiduciaria del patrimonio, pero no un testamento con institución de heredero: a ella podía acudir sólo en el caso de que el ciudadano romano no tuviese *heredes sui*; el *emptor* quedaba encargado de distribuir los bienes según la voluntad del difunto, pudiéndose ver en este negocio un precedente de la herencia fideicomisaria. A estas conclusiones llega el autor tras la exposición en síntesis de los distintos puntos de vista doctrinales.

Sobre la *in iure cessio hereditatis* (tit. II, págs. 89-148), la bibliografía es abundantísima, puesto que esta institución es la prueba del fuego para las diferentes teorías sobre el concepto de la *hereditas* romana. Nada menos que doce son las teorías principa-

(1) («*Consortium ercto non cito*». Contribución al estudio de la primitiva comunidad hereditaria romana, AHDE, 34, 1964).

les, que el autor expone una tras otra, antes de llegar a una exposición de conjunto que recoge su apreciación personal sobre diversos aspectos de esta cesión *in iure* de la herencia. La particularidad de que, según los textos de GAYO y ULPIANO, sólo en el caso de *cessio in iure*, realizada por el *heres legitimus ante aditionem*, se producen plenamente los efectos de la cesión, de manera que el cesionario se hace heredero como si él mismo *per legem ad hereditatem vocaretur*, ha motivado dificultades de interpretación e interesantes polémicas. Para el autor, en la época en que se opera con la *in iure cessio*, la *hereditas* venía configurada como una *res incorporalis*; el *ius successionis*; el heredero legítimo tenía el *ius successionis* dado por la Ley, y lo tenía sin más, incluso contra su voluntad; por eso podía cederlo antes de adir la herencia; el *heres scriptus* antes de adir no tenía el *ius successionis*, por lo que no podía transmitirlo; una vez realizada la adición, el *heres legitimus* agotaba su *ius ex lege*, y, por tanto, si cedía después de adir, sólo transmitía los *corpora hereditaria*. Por otra parte, la finalidad de la institución parece ser evitar que la herencia quedase vacante, actuando como un sucedáneo de la *successio graduum et ordinum*, desconocida en el primitivo Derecho romano, y, quizá, burlar la prohibición de donaciones.

El tema estricto de la venta de la herencia, materia del título III, abarca desde la página 153 hasta el final. En el capítulo V realiza un cuidadoso análisis de las fuentes respecto de los presupuestos de la venta (herencia causada, no la *vivi hereditas*), objeto de la misma (herencia en sentido global, incluyendo cosas, créditos y deudas), obligaciones del vendedor (responsabilidad por la consistencia de la *hereditas*, por dolo, por las deudas de sus hijos o esclavos, así como por los lucros que hubiera obtenido su heredero *ex occasione hereditatis*; por otra parte, el vendedor no responde de evicción, y esto por la misma índole compleja de la venta, pues el vendedor sólo se compromete a entregar (*quod ex hereditate pervenerit*), los derechos del vendedor (son interesantes los problemas de la «resurrección» de los derechos del vendedor contra la herencia, que se habían extinguido por la confusión), las obligaciones del comprador (incluye el interesante problema de la responsabilidad del comprador por las deudas de la herencia) y los derechos del comprador (por ejemplo, acciones contra el ven-

dedor para reclamar por disminución de la herencia). En el capítulo VI, que titula «Reconstrucción de la *venditio hereditatis*», se plantea el problema de la clasicidad o no clasicidad del concepto de *universitas*, aplicado al caso de la herencia, haciendo referencia, por último, a la mecánica de las estipulaciones en la venta de la herencia, en especial la *stipulatio habere licere*. Entiende que son conceptos de la época clásica el de *hereditas* como *universitas*, y el de *hereditas*, entendida como *successio in universum ius*. «La venta de herencia, hablando con rigor lógico, sería la venta de un *ius*, del *ius successionis*, y ciertamente los romanos llegaron a hablar de venta de derechos; pero una cosa es manejar unos conceptos lógicos y otra operar con ellos en la realidad práctica. Y en este sentido afirmamos que en Roma no se dio nunca la venta de un derecho como tal derecho; a lo más que se llegó fue a vender el ejercicio o contenido de un derecho, pero nunca admitieron la venta de un derecho tal como se hace actualmente. La venta de herencia sería en este sentido, no venta del *ius successionis*, sino venta del contenido o ejercicio del *ius successionis*» (pág. 236). La venta creaba la obligación de transmitir *quod ex hereditate pervenerit*, pero esta transmisión debía realizarse de acuerdo con la naturaleza de cada uno de los bienes, derechos y obligaciones de la misma. «Las cosas se transmitían por la *simple traditio*, pero en los derechos (créditos y deudas) había de estipularse su cesión. Los romanos llegaron a hablar de venta de un *nomen*, de un crédito, pero a la hora de su realización práctica no lo vendían como tal derecho, desprendiéndose absolutamente el vendedor del mismo, sino que habían de rodearlo de una serie de *stipulationes* que fijasen con mayor o menos precisión la desvinculación del vendedor de dichos créditos» (pág. 236).

El índice bibliográfico incluido es realmente extenso, así como el de las fuentes, perfectamente estructurado. Ellos solos nos enseñaron el cúmulo de materiales que deben manejarse para una investigación romanística como la que acabamos de comentar.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.

REVISTAS

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 101, julio-septiembre de 1966.

La entrega de la cosa según la Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales, por Joaquín Garrigués, páginas 7 a 21.

Examen crítico del sistema seguido por esta Ley en orden a la obligación de entrega de la cosa que corresponde al vendedor. Abandonando el criterio progresista de nuestro Código de Comercio y del proyecto de Ley uniforme de 1939, la nueva Ley vuelve al concepto clásico de la entrega, tal como aparece en los antiguos Códigos y en el civil español vigente. Ello, a juicio del profesor Garrigués, no es elogiable, pues el concepto de entrega como simple puesta de la cosa a disposición del comprador armonizaría mejor con otros artículos de la Ley. Por otro lado, el haber adoptado este criterio cuando se trata de la venta de cosas genéricas, demuestra que el motivo de no extenderlo a las demás hipótesis obedece, más que a condiciones de tipo técnico, al deseo de evitar debates sobre el tema.

La cláusula de «almacén a almacén» en el seguro marítimo español, por Aurelio Menéndez Menéndez, págs. 23 a 45.

Contempla el autor la disciplina general de nuestro Código de Comercio sobre comienzo y fin de la cobertura del riesgo marítimo, para analizar después las particularidades que presenta en nuestro Ordenamiento la referida cláusula, considerando no sólo la cuestión relativa al momento en que se inicia y concluye la cobertura del seguro marítimo, sino también la posible extensión de esa cobertura a ciertos riesgos de naturaleza terrestre durante el curso del viaje.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre de 1966.

El contencioso de la seguridad social, por Manuel Alonso Olea, páginas 977 a 991.

El artículo 1.º del texto refundido de procedimiento laboral, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, atribuye a la jurisdicción de trabajo la materia contenciosa de la seguridad social. Objeto de

este estudio es precisar con la mayor exactitud posible aquella materia contenciosa a la luz del citado precepto.

Diciembre de 1966.

En torno a las consecuencias civiles del delito, por Valentín Silva Melero, págs. 1.066 a 1.072.

El derecho de «retener en prenda» del artículo 1.600 del Código civil y su problemática respecto de los vehículos de motor, por Juan Gómez Calero, págs. 1.073 a 1.089.

El autor nos da unas ideas generales con el propósito de concretar los perfiles de la figura un tanto exótica albergada en el artículo 1.600 del Código civil, para examinar después su aplicación al supuesto concreto de que la cosa mueble (objeto de la operación restauradora y de la retención), sea un vehículo de motor.

Enero de 1967.

Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto cuando un instituido es testigo, o lo son determinados familiares suyos, por Manuel Albaladejo, págs. 3 a 12.

¿La inidoneidad para testificar, impuesta a determinadas personas, anula todo el testamento o sólo la disposición viciada? Este número recoge sólo la primera parte del trabajo, que comprende el planteamiento del problema y un re-

sumen de la doctrina y jurisprudencia elaborada en torno al tema. Interesa destacar, en orden a su planteamiento y límites, dos puntos que, a juicio del autor, no aparecen claros en la Ley. Son éstos: que la prohibición se aplica a los testigos con igual extensión que al Notario, es decir, incluyendo sus cónyuges y parientes (art. 754, párrafos 2.º y 3.º, en relación con el 1.º); que, sin embargo, dentro del término «parientes», sólo deben incluirse, en este caso, los consanguíneos hasta el 4.º grado y los afines hasta el 2.º (art. 682, p. 1.º).

Y en cuanto al somero recorrido por la doctrina y jurisprudencia, la casi absoluta prevalencia del criterio favorable a la nulidad total.

El nuevo Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966, por Jaime Santos Briz, págs. 13 a 25.

Se analizan las características generales del Código de 1867 en relación con el actual, en el que destaca en el orden patrimonial una acusada tendencia socializadora y restauradora del Derecho natural, que se manifiesta en la introducción de numerosas restricciones al municipio de autonomía de la voluntad.

En el orden familiar, se rechaza el principio de equiparación jurídica de los sexos, y en aras de la unidad familiar, se consagra la jefatura del marido y se mantienen ciertas limitaciones en la esfera personal y patrimonial de la mujer casada.

Concluye el trabajo con un repaso de las innovaciones concretas introducidas en diversas materias.

**REVISTA GENERAL
DE DERECHO**

Números 266 y 267, noviembre-diciembre de 1966.

Algunos aspectos del nombre comercial, por Teresa Puente Muñoz. págs. 1 018 a 1.035.

Los criterios de valoración regulados en la legislación especial de colonización (conclusión), por Antonio Tamayo Isasi-Isasmendi, páginas 1.036 a 1.056.

Examen fragmentario de la Ley de Reforma Tributaria, por José Menéndez, págs. 1.057 a 1.070,

Comprende las siguientes cuestiones: traspaso de local de negocio; transmisiones onerosas por asimilación; garantías que no tributan como fianzas; disolución y fusión de sociedades; no sujeción al tributo de las adquisiciones originarias, y, finalmente, el fraccionamiento de las liquidaciones por actos *mortis-causa*.

F. M. C.

