

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRELACION DE CREDITOS: ES PREFERENTE EL CREDITO DE LA HACIENDA PUBLICA POR SER DE FECHA ANTERIOR, TENIENDO EN CUENTA LA FECHA DE VENCIMIENTO DE LAS ANUALIDADES IMPAGADAS Y NO LA FECHA DE INICIACION DEL APREMIO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1974).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública, interpone demanda de tercería de mejor derecho contra la Sociedad regular colectiva «Hijos de Luis Fernández Martínez, S. R. C.», y contra la Sociedad «Hijos de Alejandro Ortega, S. L.», suplicando se dicte sentencia declarando preferente el crédito de la Hacienda Pública por las anualidades de 1968 y 1969 del Impuesto Industrial al crédito de la Sociedad regular colectiva contra «Hijos de Alejandro Ortega, S. L.», por ser de fecha anterior al de dicha Entidad regular colectiva, de mayo de 1970, todo ello a pesar de que la repetida Sociedad había obtenido anotación preventiva de embargo sobre una finca de «Hijos de Alejandro Ortega, S. L.», con anterioridad a la Hacienda Pública.

El Juzgado de Primera Instancia de Baeza desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara haber lugar al recurso por los siguientes «considerandos» de su primera sentencia:

«Considerando que todo el problema que el recurso plantea consiste en la determinación de las fechas de los créditos de la Hacienda tercerista

y la Sociedad demandada como acreedora; que de la sentencia recurrida, por decir que la de ésta nació en mayo de 1970, y que los de la Hacienda, según certificación de 26 de abril de 1971, aparecen con fechas posteriores, 16 de junio y 26 de noviembre del mismo año, fundándose para ello en que está reconocido por la actora que el crédito de la Sociedad nació en mayo, fecha en que se recogió el aceite origen de la deuda, y que los débitos de la Hacienda nacieron en las fechas de la certificación de descubierto.»

«Considerando que frente a tal apreciación se alzan los motivos del recurso, el primero fundado en el número 7 del artículo 1.692 de la LEC, por error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218 del Código civil, motivo que se impone aceptar, pues admitida como veraz la certificación de Hacienda dicha, en el particular que acredita, la fecha de los descubiertos en la Hacienda, que permiten el procedimiento de apremio, no puede menos que aceptarse también la fecha de los débitos que dieron lugar a los descubiertos, según la misma certificación, siendo éstos de 1968 y 1969, pues no puede aceptarse respecto al crédito de la Compañía demandada la fecha del vencimiento de la obligación, y para el tercerista, la de posibilidad de ejecución, por lo que se impone la estimación del motivo, así como del segundo, que, con amparo en el número 1.º del artículo 1.692, acusa violación de los artículos 1.089 y 1.090 del Código, pues aunque las fechas de los descubiertos fueran posteriores, la obligación de pago, aunque en período voluntario, nació en el ejercicio por el que se hizo la imposición, por lo que atañe a los tributos, y la de la sanción, en el a que ésta se refiere, lo que hace obligado apreciar que los créditos de la Hacienda tercerista son de fecha anterior, 1968 y 1969, pues no puede fijarse el de la Sociedad acreedora, al nacer la obligación de pago, y el de la Hacienda, al poderse iniciar el apremio, que si se estima respecto a la demandada resulta muy posterior, pues es la fecha de la primera sentencia, que es cuando pudo ejercitarse, en 23 de enero de 1971.»

«Considerando que con este criterio, que es el obligado por el contenido de los artículos 1.923 y 1.924 del Código civil, es necesario, sin especial estudio de los demás motivos del recurso, apreciar preferente el crédito de la Hacienda y, por consiguiente, dar lugar al recurso, dejando sin efecto la sentencia recurrida...»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda interpuesta por el Abogado del Estado.

DOBLE INMATRICULACION. NULIDAD DEL TITULO Y DE LA INSCRIPCION POR SIMULACION ABSOLUTA DE COMPRAVENTA. DISTINCION ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—«Inmobiliaria Son Granada, S. A.», y diversas personas figuraban como dueños en el Registro de varias fincas procedentes de segregación de otra y con destino a ser urbanizadas. Por escritura otorgada en 1962 en Ciudad Real, don Nicolás Dommarco compró a don Francisco Rincón la parcela 12 del polígono 2 de Lluchmayor, que consiguió inmatricular en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento.

Dicha «Inmobiliaria» y los demás titulares registrales de las parcelas formulan demanda contra don Nicolás Dommarco y contra don Francisco Rincón, alegando que la escritura de compraventa otorgada en Ciudad Real es nula por simulación absoluta, y que por ello es también nula la inscrip-

ción registral habiéndose producido doble inmatriculación, pues la finca supuestamente comprada se identifica con las de los actores, a pesar de que el demandado la denominó en la escritura «Cala Velló», omitiendo toda referencia a su verdadera denominación «Son Granada», para evitar, según los propios actores, «que el Registro de la Propiedad se diera cuenta de que se trataba de una finca ya inscrita y denegara su inmatriculación, que obtuvo al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria» (1).

Los demandados se oponen a la pretensión de doble inmatriculación y de nulidad de la inscripción registral.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Palma de Mallorca estimó en lo fundamental la demanda, declarando la nulidad de la escritura por simulación absoluta y, consiguientemente, la nulidad y cancelación de la inscripción registral del demandado.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada partiendo de los hechos probados en Instancia, siendo de destacar los «considerandos» segundo y tercero, del siguiente tenor:

«Considerando que al quedar incólumes en casación los hechos relatados a causa de la indicada desestimación es imposible la prosperabilidad de los cuatro primeros motivos, amparados todos ellos en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, donde se discute la legitimación de los hoy recurridos y en su día actores para impugnar la validez de la compraventa efectuada en 1962 en favor del actual recurrente y, consiguientemente, para pedir la cancelación de la pertinente inscripción registral, porque si las parcelas o lotes pertenecientes a aquéllos están enclavados en la hipotética finca vendida que fue objeto de inmatriculación, es incuestionable el legítimo interés de los mismos para pedir la nulidad de todo ello, sin que su accionabilidad pueda tener el límite establecido en el artículo 1.302 de nuestro primer Código sustantivo respecto de 'obligados principal o subsidiariamente', pues a pesar del nombre empleado es bien sabido que el legislador se refiere a denominada nulidad relativa o anulabilidad, mientras que en el presente caso fue la acción de nulidad por inexistencia la que se ejercitó con base en una simulación absoluta por falta de los requisitos indispensables para la realidad del contrato, y sin que pueda ser un obstáculo la desestimación de la pretensión reivindicatoria de los demandantes que se contiene en la sentencia recurrida, justo porque se declara que la finca discutida carece de identificación y no tiene existencia real, lo que nada tiene que ver a los efectos de la cosa juzgada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.252, también del Código civil, con la propiedad cierta e indubitada, con la debida inscripción registral, de las fincas individualizadas de cada uno de dichos demandantes, que precisamente justifica, según se ha referido, la legitimidad de su interés para accionar, que, como es lógico, se extiende a obtener las consecuencias del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, del que se dio por el Juzgador de Instancia la única posible interpretación, y sin que pueda decirse violado el 40 de la Ley Hipotecaria, que, por otra parte, se alega por vez primera en este trámite, por lo que se trata de una cuestión nueva, que tiene vedado su acceso a la casación en virtud de lo establecido en la causa quinta del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil, como tampoco puede sostenerse que haya sido interpretada con error la doctrina recogida en la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 1964, puesto que el Tribunal *a quo* no la interpreta, con independencia de que es una resolución

(1) Esto podría evitarse con el Índice Parcelario de fincas rústicas que proponemos, con FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS, en el trabajo «Identificación de fincas rústicas», en esta Revista, núm. 501.

aislada, que no constituye doctrina legal que pueda decirse infringida.»

«Considerando que en el motivo quinto, último que queda por examinar, y también por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia aplicación indebida del 1.276 del Código civil, así como de la doctrina legal que cita, que debe correr igual suerte que los anteriores, pues si bien es cierto que la sentencia dictada en primer grado hace aplicación del indicado precepto sustantivo, en cambio, la recurrida, como el recurrente no duda en reconocer, no hace para nada uso del mismo, puesto que basa la declaración de inexistencia del tantas veces mencionado contrato de compraventa de 18 de septiembre de 1962 en la ausencia real y verdadera de todos los elementos sobre los que recae el consentimiento, que se presta de una manera ficticia, provocando una auténtica simulación absoluta del acto llevado a cabo, pero, forzoso es repetirlo, sin aplicar el argumento de la falsedad de la causa, a que se refiere el artículo 1.276, que ni siquiera menciona, por lo que mal pudo aplicarlo de modo indebido.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ZONA MARITIMO-TERRESTRE DE DOMINIO PUBLICO. DESESTIMACION DEL RECURSO EN VISTA DE LOS HECHOS PROBADOS (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1974).

Hechos.—El Abogado del Estado deduce demanda contra la Entidad «Urbanizadora del Portil, S. A.», sobre declaración de dominio público de terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre correspondiente a la Península de Nueva Umbría, en término municipal de Lepe, y sobre reintegro de terrenos ocupados y nulidad y cancelación de inscripciones registrales, alegando la existencia de un previo deslinde administrativo de dicha zona en el que recayó orden aprobatoria firme y suplicando se dicte sentencia con declaración de ser de dominio público los terrenos ocupados por la Entidad demandada comprendidos en la zona marítimo-terrestre o entre los límites de la antigua y nueva zona marítimo-terrestre de la Península de Nueva Umbría, con la consiguiente cancelación de inscripciones.

La Entidad demandada contesta oponiéndose a la demanda y formula reconvencción estimando pertenecerle tales terrenos y no existir un deslinde legalmente realizado.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Huelva estimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

La parte demandada interpone recurso de casación alegando la inscripción registral a su favor y, en cualquier caso, la prescripción de bienes de dominio público, perfectamente posible, en su opinión, antes de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, sin tener ocasión de entrar en el fondo de los problemas planteados en el mismo, ya que partiendo de los hechos probados desestima el recurso por lo siguiente:

1.º Porque según reiterada y constante doctrina de esta Sala, tanto la prueba de reconocimiento judicial como la pericial son de la libre apreciación del Juzgador de Instancia, por lo que no cabe alegar error de derecho en la valoración de dicha prueba.

2.º Porque el recurrente, prescindiendo de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, establece supuestos diversos con la finalidad de que prevalezcan los motivos del recurso.

3.º Porque en dichos motivos se aducen diversidad de preceptos y de doctrina, de supuestos igualmente distintos, que requieren razonamientos diferentes, lo que origina falta de claridad y por ello inobservancia de lo que se establece en el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil, requisito de inexcusable cumplimiento dado el rigor formal que impera en la regulación del recurso de casación, que condiciona la actividad de los litigantes, tanto en cuanto a los medios a utilizar para impugnar las sentencias de Instancia como en la manera de emplearlos.

DIVISION DE COMUNIDAD: LITISPENDENCIA Y COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1974).

Hechos.—Los actores exponen como prólogo necesario de su demanda la dilatadísima situación contenciosa con los demandados, que culminó con una sentencia firme en la que se decretó la partición judicial de una herencia adjudicándose varias fincas en comunidad. Lo que ahora pretenden los demandantes es que se declare la división o venta en pública subasta de dichas fincas con el consiguiente reparto del precio.

Los demandados se oponen a la demanda alegando litispendencia, ya que habían iniciado otro pleito sobre nulidad de la escritura de partición, en la que se basan los actores, y podría quedar en el aire la resolución de dicho pleito si ahora se decretaba la venta de las fincas discutidas y el comprador inscribía su título.

El Juzgado de Primera Instancia de Laredo estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la excepción de litispendencia, establecida por el número quinto del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como medida preventiva para impedir la eventualidad de que sobre una misma cuestión litigiosa se pronuncien resoluciones contradictorias, con el consiguiente desprestigio de los Tribunales encargados de la Administración de Justicia (sentencias de 10 de julio de 1930; 1 de diciembre de 1952; 6 de abril, 29 de mayo y 27 de diciembre de 1963, y 13 de mayo de 1964), únicamente puede producir el efecto de paralizar el proceso en que se aduzca, cuando en juicio de igual naturaleza esté otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión en los propios términos que ante el Organo Jurisdiccional en que aquélla se invoque, de forma tal que la sentencia que recaiga en el primero produzca la excepción de cosa juzgada en el otro (sentencia de 30 de abril de 1960), y que entre los dos pleitos concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.252 y sentencias de esta Sala de 30 de diciembre de 1967, 5 de octubre de 1970 y 10 de mayo de 1971, lo que no es de

estimar cuando, como ocurre en el presente caso, no sólo se negó en la sentencia recurrida la realidad de tales identidades, cuya apreciación en cuanto a los hechos de que dimanar es de su exclusiva incumbencia (sentencia de 27 de abril de 1965), sino que lo que se pretende conseguir a través de este remedio procesal consiste en destruir los efectos derivados de un acuerdo judicial adoptado en ejecución de una sentencia firme, sin acudir para ello al recurso de casación del artículo 1.695 de la indicada ley, ni haber entablado contra la ejecutoria el de revisión del 1.796 y siguientes del mismo cuerpo legal, único utilizable para tales supuestos, según el párrafo segundo del 1.251 de la ley civil sustantiva, valiéndose para lograrlo de la iniciación de sucesivos litigios, en los que con la finalidad de crear la excepción estudiada y oponerla en cualquier procedimiento en que se intente conseguir la efectividad de la resolución que se trate de ejecutar, se solicite la declaración de nulidad de lo en ella acordado, actividad que, por oponerse a los principios más fundamentales de la seguridad jurídica, debe ser rechazada por los Tribunales, sobre todo cuando la partición hereditaria que se impugna en el procedimiento que sirve de premisa a la excepción no se practicó de forma extrajudicial ni en juicio voluntario de testamentaria, sino que se llevó a cabo en ejecución de la sentencia firme, a que antes se ha hecho referencia, recaída en proceso de mayor cuantía, en virtud de lo establecido en el artículo 1.059 del Código civil y 1.088 de la ley, no siendo aplicable, por tanto, las causas de impugnación comprendidas en el Código civil y Ley de Enjuiciamiento, por hallarse revestida de la autoridad de la cosa juzgada, por todo lo cual debe desestimarse el único motivo del presente recurso, formulado al amparo del 1.692 de la ley últimamente mencionada.»

SERVIDUMBRE DE PASO. ARTICULO 541 DEL CODIGO. ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE DESLINDE (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1974).

Hechos.—Don Javier y don Serafín López-Cuervo deducen demanda contra don Emilio López-Cózar y su esposa y contra doña María Teresa López-Cuervo, suplicando se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a respetar la servidumbre de paso de los actores sobre la parcela de los demandados y se declare el derecho de aquéllos a seguir usando y disfrutando del paso por los caminos que se señalan en el croquis que se adjunta.

Los demandados se oponen negando que existan otros caminos que los que se indican en la escritura de partición de herencia que acompañan, no habiéndose creado otros por el antiguo propietario de todas las fincas, sino que fueron posteriormente hechos por los actores de una forma ilegal. Además, doña María Teresa López-Cuervo formula reconvencción solicitando la reconstrucción de los antiguos caminos borrados por los actores y el deslinde de fincas, reivindicando un trozo de terreno que, en su opinión, se habían apropiado los actores. El demandado don Emilio López-Cózar formula también reconvencción sobre servidumbre de paso de su finca por la de los actores.

El Juzgado de Primera Instancia de Loja desestima la demanda, así como la reconvencción de doña María Teresa, pero estima la reconvencción de don Emilio López-Cózar.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada rectifica la sentencia apelada estimando también en parte la reconvencción de doña María Teresa, concretamente lo relativo al deslinde y reivindicación de terreno.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar los dos primeros «considerandos»:

«Considerando que negadas por la sentencia recurrida, respecto a los dos caminos que son objeto de la demanda, la existencia y subsistencia, entre las fincas de los actores y de la demandada, de un signo aparente, del que, caso de haber existido, pudiera resultar que la de la interpelada prestaba a las otras un servicio, determinante de una servidumbre si cualquiera de ellas perteneciese a distinto dueño, es patente que con ello se excluye la concurrencia de uno de los requisitos capitales exigidos para la constitución del gravamen por el artículo 541 del Código civil, y por ello resulta superfluo examinar, cual pretenden los recurrentes en el motivo primero, el problema dogmático en torno a la naturaleza voluntaria o legal de este singular modo de constitución de las servidumbres.»

«Considerando que es doctrina constante de esta Sala que los requisitos requeridos para que prospere la acción reivindicatoria relativos a la identificación y detentación de la finca envuelven sendas cuestiones de hecho, cuya apreciación corresponde al Tribunal sentenciador, la que ha de prevalecer en casación si no se impugna con éxito por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como los recurrentes, en lugar de seguir este camino, aducen en el motivo segundo, al amparo del número primero de dicho artículo, la aplicación indebida del 348 y la violación de los 384 y 385, los tres últimos del Código civil, y, además, se limitan a alegar, pero sin demostrarlo, que no se cumplen aquellos dos requisitos de la reivindicación, tal motivo tiene que perecer.»

LUCES Y VISTAS. CONCEPTO DE LA EXPRESION «VIA PUBLICA» QUE UTILIZA EL ARTICULO 584 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1974).

Hechos.—Don Eloy Amable Pérez Gil deduce demanda contra doña Josefa Toucedo Lois y su esposo, don Enrique Rodríguez Jamardo, y contra el Ayuntamiento de Valga, fundándose en los siguientes hechos: «El matrimonio demandado, titular de la finca 'La Palma', lindante con la del actor a medio de un camino, en el mes de febrero de 1971, ayudado por obreros, puso en el exterior de la finca 'Agro del Río' o de 'Fontenls', propiedad del actor, en el viento norte y oeste, que limita con el citado camino vecinal, piedras encintadas con argamasa de cemento y también colocaron una columna de piedra, lo que impide al actor proyectarse hacia el exterior desde su finca y privan que las aguas salgan o se filtren a través del muro. Hacia dos años el matrimonio colocó cinco columnas de piedra, y sobre esas columnas unas viguetas de hormigón que penetran en el espacio aéreo de la finca del actor. Este elevó escrito al Ayuntamiento creyendo que el camino no es privado, pero el Ayuntamiento se desentendió, trayéndosele a pleito para que no se alegue defecto en la constitución de la relación jurídico-personal. Expuso fundamentos de derecho y terminó suplicando se dicte sentencia en la que se declare haber lugar a las pretensiones de esta parte, o sea, que los demandados carecen de derecho para colocar obstáculo alguno que prive al demandado proyectarse para el camino corredera litigioso, de manera que pueda ejercitar los derechos sobre el camino, cuales son de entrar y salir, abrir huecos, construir edificios, y carecen de derecho los demandados a colocar cosa alguna sobre el muro que cierra el perímetro de la finca o invadir la finca del accionante, y, además, que la finca del demandante no está gravada con servidumbre

alguna, condenando a los demandados a que retiren las piedras, columnas y vigas y cualquier otro objeto que se apoye o se introduzca en la finca.»

El Ayuntamiento de Valga contestó a la demanda manifestando que se trataba de una contienda entre partes, en la que no tiene nada que ver el Ayuntamiento, pues el camino en cuestión no es público, sino privado.

Dña Josefa Toucedo Lois y su esposo contestaron a la demanda oponiéndose a la misma, por no ser un camino público el que separaba ambas fincas, sino de carácter privado, careciendo el actor de todo derecho respecto al mismo.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Pontevedra dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, en cuanto a que la finca del actor no está gravada con servidumbre alguna. Apelada por el actor la anterior sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la del Juzgado desestimando la demanda contra el Ayuntamiento, pero estimó también la demanda contra los otros demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los cónyuges demandados, por violación de los artículos 582 y 584 del Código, entre otros motivos, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando por su dosis más sustantiva el último «considerando»:

«Considerando, en cuanto al cuarto (motivo) con igual amparo, por violación de los artículos 582 y 584 del Código, que la sentencia recurrida no define si el camino es público o privado, pero con una u otra concepción, si se usa para el servicio de los vecinos, que lo utilizan para llegar a sus fincas, aunque no sea camino vecinal con criterio administrativo, no puede negársele el carácter de bien que no es de dominio y uso privado y, por tanto, el autorizar abrir huecos que den a él no supone la infracción de los artículos que se citan en el motivo, pues si no es propiedad privada ni del actor ni de los demandados y su uso es general de los vecinos, no puede conceptuarse de dominio privado, lo que hace posible la apertura de huecos, a que se refiere el artículo 584, lo que obliga a desestimar el motivo, y con él, el recurso, con costas por ser preceptivas.»

COMENTARIO.—Esta sentencia, al igual que la de 9 de marzo de 1929, que después desarrollaremos, responde a una interpretación amplia y flexible de la expresión «vía pública» utilizada por el artículo 584 del Código, que dice que «lo dispuesto en el artículo 582 (se refiere a las distancias de ventanas y balcones entre fincas vecinas) no es aplicable a los edificios separados por una vía pública».

Ambas sentencias tienen un precedente doctrinal en la opinión de MUCIUS SCAEVOLA, que al comentar el artículo 584 señaló lo siguiente: «La expresión vía pública, para los efectos y comprensión del precepto, debe conservar toda la elasticidad posible en su significado: y en este sentido denominaremos 'vía pública' tanto a los caminos, calles, travesías, callejones, como a los canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, la provincia o el municipio; las riberas, playas, fuentes y aguas públicas, paseos, obras públicas de servicio general y, en una palabra, todos aquellos bienes (entendido este vocablo jurídicamente) que (no importa de quién sea la propiedad) son disfrutados en común por los vecinos de un pueblo, sin exclusión de ninguno, y que vulgarmente llamamos 'servicios del público'» (1).

Comparemos ahora lo que a este respecto dicen una y otra sentencia.

La sentencia de 9 de marzo de 1929 (2), que podemos titular la del «caso de las vistas sobre la 'Huerta de Aguiar'», se plantea, aparte de

(1) *Código civil comentado*, tomo X, 1917, 3.ª ed., pág. 687.

(2) *Jurisprudencia civil*, tomo 188, págs. 243 a 256.

otras cuestiones (3), el problema de la interpretación de la expresión «vía pública», en un caso en que las fincas estaban separadas por una faja de terreno recorrida en el centro por un acueducto tapado, por la cual faja transitaban personas. El actor recurrente alegó que no bastaba que perteneciera al Ayuntamiento para tener la consideración de «vía pública», a efectos del artículo 584, sino que «precisamente ha de ser *vía pública*, carácter que no se adquiere porque sea transitable y pasen o puedan pasar personas, sino por su destino conforme a los preceptos de policía municipal. No hay otras vías públicas municipales que (art. 344) los caminos vecinales, las plazas, calles y paseos, y estando fuera de discusión que la zona de autos no es camino vecinal, plaza ni paseo, no se concibe una calle en que las casas no tengan puertas ni ventanas ni la menor urbanización y sólo una anchura de ochenta centímetros, y a lo sumo de un metro setenta centímetros; todo lo cual lleva a la afirmación de que no se trata de un camino público, sino de una zona de terreno inherente al acueducto para su limpieza, reparación e inspección».

El Tribunal Supremo, en el «considerando» segundo de dicha sentencia, concreta así su interpretación amplia de la expresión «vía pública»:

«Considerando que... toda vez que la Sala sentenciadora, en uso legítimo de su facultad soberana, ha estimado probado que la faja de terreno existente entre las propiedades de ambas partes litigantes es una vía pública, no hay medio hábil de apreciar la infracción de los artículos 582 y 584 del Código civil, pues siendo este artículo la excepción de aquél resulta bien aplicado, toda vez que no se trata de dos predios contiguos y limítrofes, sino que ambos colindan con un terreno perteneciente al Ayuntamiento, por el que va un acueducto o conducción de aguas y por el que hay tránsito de personas, es decir, que dicho terreno es una verdadera vía de comunicación, que al no haberse alegado que pertenezca al dominio privado, necesariamente tiene que ser pública, sin que dentro de esta determinación genérica haya necesidad de aquilatar cuál sea el verdadero nombre que le corresponda, porque el artículo 584 no requiere esa determinación, por cuanto si no tuviese ese carácter de publicidad, forzosamente entraría en la calificación de finca ajena, que haría necesaria la aplicación de los anteriores artículos del Código civil, siendo por lo demás impertinente la cita del artículo 344 del mismo, porque el artículo 584 no se refiere a los bienes de uso público, sino a las vías públicas exclusivamente, denominación ésta dentro de la que pueden tener cabida todos los terrenos que sirvan para poner en comunicación o para transitar por ellos, ya en una u otra forma, independientemente de su anchura y de las condiciones de policía o urbanización que puedan tener a otros efectos y de que en ellos estén instalados o se presten todos los servicios municipales y los de alumbrado, afirmado y encintado de las aceras, como se exige por el artículo 23 del Reglamento de 29 de junio de 1911, para la ejecución de la Ley de 12 de aquel mes y año, al hacer la definición de lo que debe entenderse por solares, concepto reiterado después en el número 1.º del apartado B del artículo 18 de la instrucción provisional aprobada por Real Decreto de 19 de enero de 1915 sobre Registros Fiscales.»

En el caso de la presente sentencia de 1974 hay algunas diferencias, pues no se trataba de un acueducto, sino de un camino, y, además, a diferencia del caso de 1929, fue demandado también el Ayuntamiento por si se consideraba con derecho aquél, y contestó negando la condición municipal del citado camino. No obstante, la sentencia de 1929 ofrece ciertas coincidencias con la de 1974, como ahora iremos viendo.

Lo que, en nuestra opinión, se desprende de la actual sentencia de 1974 es que la expresión «vía pública» del artículo 584 del Código hay que inter-

(3) También se planteó el problema de si el artículo 584 se aplica sólo entre «edificios» o también entre un edificio y un terreno situado al otro lado de la vía pública, contestando afirmativamente por la razón de que la construcción de edificios no suele ser simultánea.

pretarla ampliamente, bastando estos dos requisitos para aplicar tal concepto: 1.º) Que se trate de una vía de tránsito general. 2.º) Que no se pruebe que pertenezca al dominio privado, aunque tampoco quede probado que sea bien de propiedad municipal.

Examinaremos estos dos requisitos que han de concurrir:

1.º *Vía de tránsito general.*—En esta sentencia de 1974 leemos, en relación con esto, en su último «considerando», que «con una u otra concepción (propiedad pública o privada del camino), si se usa para el servicio de los vecinos», «si su uso es general de los vecinos, no puede conceptuarse de dominio privado». También en la sentencia de 1929 se alude a esta idea del «tránsito de personas» y a las vías públicas como «terrenos que sirvan para poner en comunicación o para transitar por ellos». Se recalca así lo que decía SCAEVOLA sobre su finalidad de «servicio del público».

2.º *Vía que aun no siendo pública desde el punto de vista administrativo, no se demuestre que pertenezca al dominio privado.*—Al Tribunal Supremo no le interesa el concepto técnico-administrativo de «vía pública» en relación con el artículo 584, para lo que en realidad sería competente la Sala de lo contencioso-administrativo. En tal sentido, la sentencia de 1974 considera aplicable el artículo 584, «aunque no sea camino vecinal con criterio administrativo» la vía de separación de ambas propiedades. En la sentencia de 1929 también hay un indicio de esta indiferencia por la prueba del dominio público municipal, cuando dice que es «impertinente la cita del artículo 344 del Código, porque el artículo 584 no se refiere a los bienes de uso público, sino a las vías públicas exclusivamente», y que no interesan las «condiciones de policía o urbanización que puedan tener a otros efectos y de que en ellos estén instalados o se presten todos los servicios municipales y los de alumbrado, afirmado y encintado de aceras». Pero esta idea no aparece tan nítidamente reflejada como en la sentencia de 1974.

Al Tribunal Supremo en esta sentencia le interesa más que probar que se trata de una vía de dominio público, no haberse alegado ni probado que se trate de vía de dominio privado. Lo que no puede bastar, a estos efectos, es que se trate simplemente de una vía de tránsito general (primer requisito), ya que puede suceder que consista en un camino privado, pero que por mera tolerancia del dueño o por una intrusión no tolerada sea transitado por todos, y no por eso va a ser «vía pública» en el sentido del artículo 584. Por eso consideramos criticable decir que «no importa de quién sea la propiedad» (SCAEVOLA), y de estas sentencias no se desprende tal indiferencia por el problema de la propiedad. Lo que ocurre es que dan un especial enfoque a esta cuestión a través del aspecto de la prueba, no exigiendo la demostración de ser una vía de dominio público, bastando que no se pruebe ser de propiedad privada.

En la sentencia de 1974 domina esta idea, pues, a pesar de que el Ayuntamiento consideró que no era vía pública municipal, dice que si el camino «no es propiedad privada ni del actor ni de los demandados y su uso es general de los vecinos, no puede conceptuarse de dominio privado, lo que hace posible la apertura de huecos a que se refiere el artículo 584».

También en la sentencia de 1929 hay algún indicio en este sentido, pues, a pesar de que encontró un ambiente más favorable al carácter municipal de la vía, no exige una especial prueba acerca de ello, sino que dice simplemente que «al no haberse alegado que pertenezca al dominio privado, necesariamente tiene que ser pública».

Quedan así explicados los dos requisitos del concepto de «vía pública» del artículo 584: la característica de ser de «tránsito general» muestra un primer indicio de que lo probable es que no sea vía privada, y la falta de prueba de ser de dominio privado añade más probabilidades sobre su catalogación como vía pública.

Desde el punto de vista técnico cabría discutir si son suficientes estos dos requisitos para caracterizar ese concepto. Pero no cabe duda de que tales apreciaciones se justifican por razones prácticas, ya que si antes de poder aplicar el artículo 584 del Código en la jurisdicción civil ordinaria fuera necesaria una previa declaración administrativa sobre el carácter de vía pública, se desconocería que la «vía pública», en sentido técnico, surge, por lo menos en las pequeñas poblaciones, sin plan de ordenación, después de haberse realizado las correspondientes edificaciones particulares. Parece, pues, aceptable que si una faja de terreno es transitada por todos y no consta que pertenezca a nadie en particular, tenga el carácter de «vía pública» para el Código civil (art. 584), aunque administrativamente no lo sea todavía.

Claro que el recurrente, en el caso de la sentencia que comentamos, había alegado que «aunque el terreno o camino» no le pertenece, «será de otra persona, pero, desde luego, no del actor». Ciertamente, cabría pensar que el camino puede pertenecer al propietario de otra finca que tiene forma de embudo, y que precisamente a través de ese camino va a desembocar en otro lugar, más allá de las fincas colindantes. A lo que podría contestarse, en línea con esta sentencia de 1974, que si ello fuera así debería haberse alegado señalando en concreto a quién pertenecía y no dejando el problema en el aire diciendo que el camino «será de otra persona». ¿Y si con posterioridad a este pleito surgiera alguien que alegase y probase su derecho de propiedad sobre el camino? Creemos que como no habría cosa juzgada, pues se produciría un pleito entre distintos litigantes, el caso podría tener distinta solución, si efectivamente se llegaba a demostrar la propiedad privada de la vía, pues entonces fallaría uno de los dos requisitos que hemos señalado: la falta de prueba de ser vía de dominio privado.

TERCERIA DE DOMINIO: NO EXISTE IDENTIDAD ABSOLUTA CON LA ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Embargada la totalidad de una finca, los propietarios de varios pisos de la misma deducen demanda de tercería de dominio, alegando que debe alzarse el embargo respecto a dichos pisos por haberlos adquirido los actores en fecha anterior a la anotación de embargo, aunque todavía no estaban registrados a su nombre.

Doctrina de la sentencia.—Estimada la demanda en ambas Instancias, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el embargante, siendo de destacar los «considerandos» primero y tercero:

«Considerando que el recurso de casación por infracción de ley se configura en los ordenamientos jurídicos con carácter eminentemente técnico y rigurosamente formal, exigiéndose que en el escrito en que se interponga se cumplan ciertos requisitos, cuya omisión acarrea el fracaso del o de los motivos en que se cometa.»

«Considerando que la desestimación de este motivo (primero) se impone por las siguientes razones: Primera: Porque en él, sin posible separación y diferenciación, se entremezclan las alegaciones sobre el error de derecho y sobre el de hecho, que conjuntamente se atribuyen a la sentencia recurrida, con lo cual se infringe reiterada doctrina jurisprudencial que ordena la separación. Segunda: Porque para razonar la procedencia de tal motivo se alude a la interpretación que ha dado el Juzgador a los documentos obrantes en autos, siendo bien sabido que la exégesis del senten-

ciador no se puede combatir por esta improcedente vía. Tercera: Porque se invocan como infringidos los artículos 1.216 y 1.248 del Código civil, que no contienen normas valorativas de prueba, ya que el primero se limita a definir los documentos públicos, y el segundo, a formular una admonición a los Juzgadores para que cuiden de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito. Cuarta: porque la apreciación de la prueba, en el pleito de que procede este recurso, la ha realizado el Juzgador de Instancia analizando conjuntamente todos los elementos que la integran, y no se puede enervar aquel resultado conjunto combatiendo uno solo de aquellos elementos integradores. Quinta: Porque, además, la certificación que se invoca como evidenciadora de ese supuesto error de hecho que se denuncia, no prueba la realidad de ningún hecho contrario a los que sirvieron de base al Juzgador para construir su tesis condenatoria, pues únicamente revela que en la fecha a que se refiere existía en el solar litigioso una edificación determinada, pero no contradice el hecho de que posteriormente se haya edificado en dicho solar la casa de autos, que después fue objeto de declaración de obra nueva y sirvió para su inmatriculación. Sexta: Porque las alegaciones relativas a que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales nada tienen que ver con los supuestos errores de derecho o de hecho que se denuncian, y no tiene por qué traerse a colación por esta vía. Séptima: Porque la circunstancia de que en algunas declaraciones jurisprudenciales se haya admitido cierta analogía entre la tercería de dominio y el ejercicio de la acción reivindicatoria, no equivale a proclamar su identidad ni impide el éxito de la tercería el hecho de que los propios demandantes estén en posesión legal de la cosa embargada si solicitan por aquella vía el alzamiento del embargo y justifican su procedencia.»

TERCERIA DE DOMINIO: NO HA LUGAR POR NO ACREDITAR EL TERCERISTA UNA TRANSMISION REAL DEL DOMINIO A SU FAVOR, DADA LA NATURALEZA COMPLEJA NO TRASLATIVA DEL TITULO EN QUE SE BASA. LA INSCRIPCION NO ES CONSTITUTIVA NI CAMBIA LA NATURALEZA DEL CONTRATO. DERECHO DE RETRACTO (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Don Jorge, don Félix y don Alberto Gabilondo Echevarría formulan demanda de tercería de dominio contra la razón social denominada «Agasa, S. A.», y contra la Abogacía del Estado, por haber embargado la Recaudación de Tributos del Estado la heredad «Besosolua y Calzadaon-do», con sus edificaciones, y anotado el embargo en el Registro, siendo dicho inmueble propiedad de los actores, según se desprende, en su opinión, de la escritura que acompañan, inscrita en el Registro con posterioridad.

La Abogacía del Estado contesta a la demanda oponiéndose y formula reconvencción, terminando con la súplica de que se dicte en su día sentencia declarando la nulidad de la escritura pública o contrato de adjudicación de bienes efectuado por «Agasa, S. A.», a favor de los actores y de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Igualmente, la demandada «Agasa, S. A.», contestó a la demanda y formuló reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao dictó sentencia, en la que sin entrar en el fondo del asunto desestimó por falta de legitimación activa la demanda de tercería, desestimando igualmente las reconvencciones de los demandados.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia revocando en parte la sentencia apelada, pero con igual resultado desestimatorio de la demanda de tercería y de las pretensiones ejercitadas reconventionalmente por los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al mismo por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida, a lo largo de sus trece ‘considerandos’, no hace otra cosa que una minuciosa y razonada interpretación de la escritura de 22 de julio de 1968, examinando el sentido, significado y alcance de todas y cada una de sus estipulaciones contrastadas con los hechos que la motivaron, para llegar a la conclusión de que su contenido no corresponde a una transmisión de dominio mediante precio, que configuraría un contrato de compraventa, sino que se trata de un contrato complejo de garantía inmobiliaria para asegurar el cobro de una deuda por amortización de acciones a través de una pseudoadjudicación, que quedaría sin efecto al pagarse la deuda, y si se incumplía por la Sociedad contratante tenían que sacar los hoy terceristas los bienes a subasta a modo de ejecución de la garantía, sin que se haya querido ni producido la transmisión real del dominio.»

«Considerando que con lo expuesto es suficiente para desestimar los motivos del recurso, porque situados por completo al margen del problema planteado, el primero y el segundo alegan escuetamente que, conforme a lo dispuesto en los artículos 609 y 1.462 del Código civil, la propiedad se adquiere en virtud de determinados contratos mediante la tradición, disposiciones que nadie discute, sino que, por el contrario, se ha razonado extensamente en la sentencia recurrida sobre la clase de negocio jurídico, que determinan unas premisas de hecho no combatidas; en cuanto al tercero, tan íntimamente ligado con los anteriores que viene a ser su consecuencia, la presunción derivada de la inscripción registral cae por su base con la declaración judicial de la realidad contraria a su eficacia; puesto que la inscripción no es constitutiva ni cambia la naturaleza jurídica del contrato; en cuanto al motivo cuarto, mal puede hablarse de la existencia de un derecho de retracto si no hubo realmente transmisión de dominio, conforme a la definición del retracto contenida en el artículo 1.521 del Código civil, y cabe decir lo mismo del motivo quinto y último, que mantiene, como los demás, la tesis de la adquisición del dominio en virtud de la escritura pública, antes citada, de 22 de julio de 1968, olvidando por completo las razones de la sentencia recurrida demostrativas de lo contrario, y a mayor abundamiento no cita ningún precepto relativo a valoración de prueba que haya sido infringido.»

PRESCRIPCION EXTINTIVA: LEY DE MORATORIAS DE 1 DE ABRIL DE 1939. LA PRUEBA DE LA FILIACION LEGITIMA EN UN PLEITO DE REIVINDICACION DE FINCAS Y DE DERECHOS HEREDITARIOS (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Doña Rosa Solá Sastre falleció en Roda de Ter el 30 de septiembre de 1896 bajo testamento, en el que instituyó heredero a don Miguel Sala Solá con sustitución fideicomisaria condicional *sine liberis decesserit*, es decir, con la condición de que los bienes pasarían a otras personas si el heredero fallecía sin hijos. Don Miguel Sala Solá se ausentó de España en 1910 pasando a residir al sur de Francia, cesando sus cartas y noticias de él a partir de 1927. Por diferentes interesados se poseyeron los bienes de

la herencia, siendo don Antonio y doña María del Rosario Sala Sala los poseedores desde 1941. En época reciente, don Francisco Angel Sala Piérola, vecino de Magalas (Herault, Francia), dirigió un requerimiento notarial a don Antonio y a doña María del Rosario Sala Sala para que dieran cumplida cuenta de la administración de los bienes e instó auto de declaración de herederos abintestato ante el Juzgado número 7 de los de Barcelona, por el que fue declarado heredero de don Miguel Sala Solá, como hijo del mismo, otorgando a continuación la correspondiente escritura pública, que se inscribió en el Registro de la Propiedad, dado que los bienes figuraban anteriormente inscritos a nombre de don Miguel Sala Solá.

Ante esta situación, don Antonio y doña María del Rosario Sala Sala deducen demanda contra don Francisco Angel Sala Piérola, alegando ser dueños de las fincas por prescripción y solicitando la nulidad de las inscripciones que figuran a nombre del demandado.

El demandado se opone a la demanda y formula reconvencción reivindicando las fincas inscritas a su nombre.

El Juzgado de Primera Instancia de Vich absolvió al demandado, estimando su demanda reconvenccional en sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Los actores interponen recurso de casación alegando, entre otras razones, que el demandado no es hijo legítimo del causante, sino natural, con la consecuencia de no poder ser considerado «hijo puesto en condición», a efectos del artículo 174 de la Compilación de Cataluña y de la institución *si sine liberis decesserit*, y que la acción reivindicatoria del demandado formulada en demanda reconvenccional se había extinguido por prescripción, pues se ejercitó en agosto de 1969, una vez pasado el plazo prescriptivo de treinta años, estimando dichos demandantes que se habían aplicado indebidamente los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Moratorias de 1 de abril de 1939.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando los siguientes «considerandos»:

«Considerando que los dos temas primordiales planteados con reflejo en el presente recurso son: si don Miguel Sala Solá falleció sin descendencia legítima, y segundo, si se ha producido la usucapión a favor de los actores que impida la reivindicación que pretende el demandado a medio de su reconvencción y la prescripción de esta acción.»

«Considerando que en relación con el primer extremo, si bien los actores niegan el carácter de hijo legítimo de don Miguel Sala Solá al demandado, don Francisco Sala Piérola, ha de dejarse sentado que de las dos clases de acciones que se derivan fundamentalmente de la filiación legítima, a saber, la impugnación de estado de hijo legítimo que de hecho tiene o se cree tener por alguien y la de reclamación o reivindicación del estado de hijo que de hecho no se tiene, ninguna de ellas se ha ejercitado en el presente litigio, y si frente a la alegación por la parte actora y recurrente de que en el demandado no concurría la condición de hijo legítimo, por no constar el matrimonio de los padres, sobre cuyo particular propuso y practicó prueba el demandado, el pleito no ha tenido por finalidad directa la declaración o impugnación de la filiación legítima de éste, puesto que nada se solicitó ni se declaró en este sentido en el fallo de Instancia, quedando reducido el tema de la filiación a mera cuestión de hecho, como presupuesto o antecedente de la acción ejercitada sobre derechos hereditarios y reivindicación de bienes.»

«Considerando que sentado lo que precede, la sentencia recurrida, sin entrar a pronunciarse en fase decisoria sobre la indicada cuestión, porque infringiría la congruencia exigible en los fallos, sin embargo, a los efectos del litigio, establece la concluyente afirmación de que de la certificación de

nacimiento obrante en autos, por sí misma y además en conexión con la abundante prueba de la parte demandada, que en su conjunto y sin entrar en más detalles hace totalmente evidente la legitimidad—dentro de la problemática argumental de la presente litis—de don Francisco Angel Sala Piérola, pues la convicción surge y debe conectarse con todos los abundantes medios de prueba que se han suministrado y obran en autos, los cuales, sopesados con cautela, análisis y según su propia y peculiar expresividad, abundan todos ellos y concluyen en la existencia de una legítima filiación en la persona del demandado.»

«Considerando que... la carta en cuestión, a que en el motivo octavo se alude, es ineficaz para acusar un error de hecho en casación, de un lado, porque es un documento examinado y tenido en cuenta por el Tribunal *a quo* valorándolo en relación con la totalidad de los elementos probatorios, y porque si se examina para su interpretación, en su conjunto, acusa su contenido la finalidad de templar una situación de tirantez familiar con una manifestación que pudiera contribuir a ello, por lo que carece en todo caso de valor suficiente de por sí para acusar el error de hecho en la apreciación de la prueba por el Tribunal *a quo* y, además, porque en realidad lo que se acusa es la inaplicación del principio general probatorio del artículo 1.228 del Código civil, lo que no puede verificarse a través del cauce utilizado.»

«Considerando que... aun en la tesis más favorable a los recurrentes, esta prescripción extintiva (de la acción) ejercitada por el demandado no se ha producido, porque tampoco ha transcurrido el plazo de treinta años, atendida la moratoria que establece la Ley de 1 de abril de 1939, y si bien a través del motivo séptimo, formulado por el mismo cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la aplicación indebida de los artículos 1, 6 y 7 de la expresada ley, en el primero de los cuales se dispone con efecto de retroacción al 17 de julio de 1936 la suspensión de plazos para la prescripción adquisitiva y extintiva de todos los casos en que por la situación de las personas, de los bienes o de los medios necesarios adecuados no haya sido posible desde entonces el ejercicio de los referidos derechos o acciones, la sentencia de Instancia ha hecho una exégesis adecuada del precepto, al decir que ha de interpretarse dicha ley en su conjunto contemplando la imposibilidad, que puede tener su base tanto en la situación de las personas como de los bienes, al encontrarse éstos en zona no nacional, y la imposibilidad de ejercitar acciones reales sobre los mismos era y resultaba prácticamente imposible por la dificultad o peligro que podría representar en muchos casos para los interesados el trasladarse a zona denominada roja, no nacional, que subsistió prácticamente para Cataluña aproximadamente tres años, sin que la situación del demandado en el caso presente sea a las que ha querido referirse el artículo 7 de la expresada ley, toda vez que la residencia en Francia del demandado era la habitual y no fue voluntariamente buscada con ocasión del conflicto o guerra civil.»

BIEN PATRIMONIAL DEL ESTADO. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL ORDINARIA. DESAHUCIO POR PRECARIO. PERSONALIDAD INDEPENDIENTE DEL ESTADO DE LA «CAMARA DE COMERCIO», POR NO SER ORGANISMO ESTATAL AUTONOMO (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1974).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, dedujo demanda contra la «Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla», para que desalojara la planta baja del edificio denominado

«Casa Lonja-Archivo de Indias», sito en Sevilla, dejándolo libre, a disposición del Estado español, al que pertenecía, exponiendo en la demanda la evolución histórica del citado edificio y las diferentes Reales Cédulas y demás disposiciones producidas sobre el asunto desde el año 1572.

La Cámara Oficial contesta oponiéndose a la demanda, estimando que a ella le correspondía la titularidad dominical de la planta ocupada, oponiéndose también a la inscripción registral del Estado, obtenida por el procedimiento privilegiado del artículo 206 de la Ley Hipotecaria previamente a la iniciación del litigio. Terminó suplicando se dictase sentencia por la que, mediante la aceptación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, se absuelva a la demandada, o caso de entrar en el fondo, se la absuelva totalmente, con desestimación de la demanda planteada.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Sevilla estimó la demanda, declarando haber lugar al desahucio de los locales que ocupaba la demandada, por poseerlos sin título de derecho alguno que justifique su ocupación.

Apelada dicha sentencia por la Entidad demandada, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y revocando la sentencia del Juzgado, pues absuelve de la demanda a la Cámara de Comercio sin entrar en el fondo del asunto.

El Abogado del Estado interpone recurso de casación fundándose, entre otros motivos, en que no se trata de una cuestión administrativa que haya de quedar sin resolver en esta jurisdicción ordinaria, sino de una cuestión de recuperación de la posesión, que es de derecho civil (sentencias de 18 de febrero y 2 de julio de 1942 y 27 de junio de 1942), de acuerdo, además, con el artículo 8 del texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, sin que, por otro lado, la Cámara de Comercio demandada sea un Organismo Autónomo, como señala la sentencia de la Audiencia, sino una Corporación Oficial con personalidad independiente, a la que no le es aplicable la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, no siendo aplicables las normas de adscripción y afectación de bienes del Estado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la representación del Estado por las razones que se indican en el «considerando» segundo de su primera sentencia:

«Considerando que... se está en presencia de una pura cuestión de Derecho civil, cuyo conocimiento corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, pues ni objetivamente se trata de la adscripción o afectación de bienes a órganos de la Administración, a los fines de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, en cuanto que lo discutido es un bien cuyo dominio tiene el Estado como persona jurídica, del que se pretende desalojar a quien ocupa parte de él en situación de precario y provisionalmente; ni desde el punto de vista subjetivo puede sostenerse que la Cámara de Comercio, Industria y Navegación sea un órgano de la Administración incluíble en alguno de los supuestos de entes autónomos del Decreto de 14 de junio de 1962, habida cuenta que es una Corporación de interés público de las comprendidas en el número primero del artículo 35 de nuestro primer Código sustantivo; ni, finalmente, la reglamentación puede estar presidida por otra normativa que no sea la propia de las relaciones jurídicas civiles, que afectan no sólo a los particulares, sino también a las Entidades públicas, cual es el Estado, cuando actúen en esa calidad, todo lo cual está poniendo de relieve que la sentencia recurrida incurrió en defectos de jurisdicción dejando de conocer un asunto en que debió hacerlo, aplicando indebidamente los artículos 1 y 3, apartado letra a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de

diciembre de 1956, al modo como se denuncia, por el cauce adecuado del número seis del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el motivo segundo del recurso, que en su virtud debe ser estimado, y con él, el recurso en su totalidad, casando y anulando la resolución que se recurre sin que sea necesario entrar en el examen del otro que se formuló y sin que proceda hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite.»

En la segunda sentencia se confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia, a la que el Tribunal Supremo considera que «es de elogiar».

J. M. G. G.

PROPIEDADES ESPECIALES: PROPIEDAD INDUSTRIAL. ROTULO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL Y NOMBRE PROPIO O RAZON SOCIAL INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1972).

Es constante y reiterada la doctrina de esta Sala declarando que nadie puede ser privado de utilizar su nombre y apellidos propios en los rótulos de sus establecimientos, por constituir un derecho inalienable que distingue a cada persona física de los demás, materia en un todo aplicable a las personas jurídicas, que también tienen su personalidad con nombre propio consistente en la razón social con repercusión en el Registro Mercantil, que lo ampara y protege, conforme al artículo 2 de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas.

Sentada la anterior doctrina y constando plenamente acreditado en el proceso que lo que se impugna es el rótulo de establecimiento, amparado en el Registro de la Propiedad Industrial con el número..., a favor de..., que constituye una Compañía de tipo Sociedad Anónima, inscrita en el Registro Mercantil con la razón social utilizada en el rótulo impugnado, no cabe en modo alguno que prospere la demanda mientras persista tal razón social en el Registro Mercantil.

S. de F.

NOTA.—Ver en esta REVISTA sentencia de 13 de noviembre de 1965 (página 1597 del núm. 457) y sentencia de 3 de marzo de 1967 (pág. 1320 del núm. 474).

III. CONTRATOS

DOCUMENTOS NO ESENCIALES PRESENTADOS TARDIAMENTE (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1974).

Hechos.—Un agente comercial intervino en la venta de un buque y reclama su comisión al vendedor. Este niega la intervención del agente. Finalmente, el Supremo falla a favor del comisionista, al estimar la validez probatoria de unas cartas enviadas por el comitente.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado de forma constante y uniforme que la obligación de aportar con la demanda los documentos en que el actor funda su derecho es tan ineludible, que su incumplimiento lleva consigo el que tal medio de prueba no deba ser tenido en cuenta por el Órgano judicial, no lo es menos que, en el presente caso, las cartas cuya tardía unión a éstas sirve de base al primer motivo del recurso, no constituyen los documentos esenciales en que la acción ejercitada se apoya, sino un medio complementario de prueba. Los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, a que se refiere el tercer motivo del recurso, no contienen regla alguna sobre valoración de prueba, cuyo requisito es indispensable para el éxito de estos vicios *in judicando*; dichos preceptos no pueden infringirse cuando, como ocurre en este caso, las sentencias no se fundan en presunciones, sino en pruebas directas.

CONTRATO PRELIMINAR: MEDIANDO EN EL TODOS LOS ELEMENTOS DEL FUTURO CONTRATO PRODUCE LOS EFECTOS DE ESTE (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En torno a la interpretación del artículo 1.451 del Código civil, es doctrina de esta Sala que cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa, y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de llegar a celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino también del contrato definitivo.

CONTRATACION POR APODERADO: EL NO DECLARARSE EL NOMBRE DEL PODERDANTE NO ES CAUSA DE NULIDAD DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En el recurso, que invoca la violación del primer párrafo del artículo 247 del Código de Comercio, se pretende que al no haberse declarado el nombre, apellido y domicilio del poderdante es nada menos que causa de nulidad del contrato, como si se tratase de un requisito formal exigido *ad solemnitatem*, cuando el alcance de este precepto no es otro que el de la seguridad en la contratación con el pleno e indubitado conocimiento de las personas contratantes, y que en el peor de los supuestos su falta no tendría otra sanción que la prevista en el párrafo segundo del propio artículo invocado, a lo que no había lugar por estar perfectamente conocida la identidad de los contratantes.

PRESCRIPCION: LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA BASADA EN UN DOCUMENTO NO LIQUIDADO DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES NO ADOLECE DE DEFECTO LEGAL, POR LO QUE PRODUCE LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Sólo hay un defecto legal en el modo de proponer la demanda, cuando no se llenan los requisitos a que se refiere el artículo 524 de la LEC, y al no estar incluido en ellos el motivo que dio

lugar a la suspensión del trámite, es indudable que no convierte a la demanda en ineficaz. La falta de presentación de documentos en la oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales no enerva su validez en el orden de las relaciones civiles ni puede autorizar a otra cosa que la adopción de las medidas fiscales y correcciones administrativas que establece la ley, por todo lo cual la presentación de un documento sin que en el mismo conste la liquidación del impuesto no enerva la validez de la demanda y, de consiguiente, ha de comenzar a producir los efectos de interrupción de prescripción desde la presentación de la misma.

USURA: LA FACULTAD DISCRECIONAL DE RESOLVER EN ESTA MATERIA TAMBIEN LA TIENE EL TRIBUNAL SUPREMO (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, los Tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, y reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que la libertad de apreciación que les concede la ley es tan absoluta que pueden formar su convicción sin necesidad de prueba alguna, esto no impide que los Tribunales puedan formar su juicio no sólo con las alegaciones de las partes, sino teniendo en cuenta las pruebas aducidas. El uso de la especialísima facultad discrecional de resolver en materia de usura no está circunscrita o limitada a los Juzgadores de Instancia, sino que también la tiene este Tribunal Supremo, si bien, y para que el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal no se convierta en una tercera Instancia, debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida.

CUESTION DE COMPETENCIA (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—Una Mutua de Seguros despide a su representante. Este demanda a la Mutua, quien plantea el conflicto de jurisdicción solucionado por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—La competencia para conocer del proceso corresponde al Juzgado de la localidad donde el actor concertó las pólizas de seguro en favor de la demandada, percibió las primas correspondientes y satisfizo el importe de los siniestros sobrevenidos, es decir, el lugar donde prestó sus servicios y cumplió la misión que le estaba encomendada, a tenor de lo dispuesto en el apartado *b)*, párrafo 2.º, del artículo 17 de la Ley de 30 de diciembre de 1969 y en la doctrina sustentada por esta Sala, tanto en materia de arrendamiento de servicios como de comisión mercantil o de simple mandato o de cualquier otro negocio jurídico que lleve implícita la realización de algún trabajo en población determinada, siendo consecuencia de lo expuesto que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dicho contrato también hayan de ser reclamados ante el Órgano jurisdiccional donde la obligación principal había de cumplirse.

LA VIOLACION DE LEYES DE CARACTER ADMINISTRATIVO-FISCAL NO PUEDE SERVIR DE FUNDAMENTO AL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En el primer motivo del recurso se denuncia violación del artículo 176 de la Ley de Reforma Tributaria, y la del artículo 114 del Decreto de 6 de abril de 1967, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones, Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados, ha de ser desestimado, ya que dichos preceptos, por su carácter administrativo-fiscal, son inadecuados para servir de fundamento a un recurso de casación en el fondo.

No cabe desarticular la conjunción probatoria para atribuir a elementos aislados de la misma resultancias que son fruto de la total apreciación de la prueba practicada.

RECURSO DE CASACION: LA FALTA DE RECIBIMIENTO A PRUEBA NO INTEGRA POR SI SOLA «VICIO IN PROCEDENDO» (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—En el recurso de casación, por ser extraordinario, queda condicionada la actividad de los litigantes no sólo en los medios a emplear para combatir la sentencia de Instancia, sino además en la manera de utilizarlos. La falta de recibimiento a prueba no integra por sí solo «vicio in procedendo», porque, según se establece en el número 3 del artículo 1.693 de la LEC, requiere además sea procedente con arreglo a Derecho; no fue practicada la prueba pericial porque no fue propuesta con claridad y precisión el objeto de ella, requisito de inexcusable observancia, según se dispone en el artículo 611 de igual ley procesal. La denegación de cualquier diligencia de prueba tampoco puede originar sin más la estimación del recurso, porque, de conformidad con el número 5 del artículo 1.693, ya citado, exige que la prueba propuesta y denegada sea procedente su admisión, circunstancia que no concurre, por lo ya expresado, respecto a la pericial.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—A más de que los preceptos procesales no pueden servir de amparo a los recursos de casación por infracción de ley, lo que ya hace el motivo desestimable en este trámite, concretándose la Sala a la sentencia recurrida, no puede menos de estimar acertada su resolución de que no cabe la reconvencción en este juicio por cantidad superior a la fijada a esa cuantía.

LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE UNA OBRA NUEVA NO ACREDITA DE MANERA INEXCUSABLE QUE HASTA ESE MOMENTO NO HUBIERA TENIDO REALIDAD TAL OBRA (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1974).

Hechos.—El actor reclama dos millones y medio de pesetas al demandado, como consecuencia de un contrato de préstamo. El demandado se

defiende arguyendo que nunca existió tal contrato, y entre las pruebas que presenta hay una testifical, que es declarada impertinente en Primera y Segunda Instancia. No prosperaron los argumentos defensivos.

Doctrina de la sentencia.—La prueba testifical interesada es totalmente impertinente y no guarda relación alguna con las alegaciones oportunamente expuestas por dicho demandado en la contestación y en la dúplica, y, a mayor abundamiento, tampoco podría servir para demostrar la realidad de la alegación extemporáneamente formulada en la fase de proposición de prueba, ya que en nuestro ordenamiento jurídico está permitida la compraventa de cosa futura y, además, la inscripción en el Registro de la Propiedad de una obra nueva no acredita de manera inexcusable que hasta ese momento no hubiera tenido realidad tal obra, ni que a cuenta de su compra no se hubiese verificado alguna entrega.

RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Al haber tomado el Tribunal su convencimiento por el examen del conjunto de la prueba, no es lícito desarticular la misma y fundar la convicción en un solo documento. La misma suerte adversa han de correr los motivos en que se denuncia vicio de incongruencia, porque la cita de los nombres de los actores, aun cuando no haya sido pedida en el suplico, ni pone ni quita nada a la declaración contenida en el fallo.

RECURSO DE CASACION: CUESTIONES NO DEBATIDAS EN EL PLEITO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de casación por infracción de ley tiene como finalidad esencial enmendar las decisiones de los Tribunales de Instancia cuando, al resolver las *cuestiones oportunamente deducidas* por las partes, hayan incurrido en alguna contravención legal de las que específicamente están determinadas. La primera cuestión que al Tribunal *ad quem* se le ofrece es la de precisar cuáles fueron tales cuestiones, pues las demás, salvo las que afecten al orden público, no pueden ser sometidas a su censura; por eso nuestro ordenamiento procesal, en el número 5 del artículo 1.729, dispone que no se admitan los motivos que planteen cuestiones no debatidas en el pleito. Los demandado-recurrentes, con olvido de lo dispuesto en el referido artículo, pretenden traer a debate ahora una cuestión que no plantearon oportunamente, alegando dichos recurrentes, en los dos primeros motivos del recurso, que la resolución impugnada infringe por violación los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil y la doctrina jurisprudencial que señalan, según cuyos preceptos las obligaciones mancomunadas simples son la regla, y las solidarias, la excepción. Como esa cuestión de la falta de solidaridad entre los demandados no fue alegada en la fase procesal oportuna, no puede ahora ser traída a debate ni examinada por este Tribunal.

INCONGRUENCIA: NO EXISTE CUANDO NO HAY DISPARIDAD ENTRE LO PEDIDO Y LO RESUELTO, SINO SOLAMENTE EN LAS NORMAS JURIDICAS INVOCADAS POR LA PARTE Y LAS APLICADAS POR EL TRIBUNAL (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo se basa en ser la sentencia dictada incongruente, y se razona con el argumento de que la reconvencción formulada por los demandados se basa en el artículo 1.597 del Código civil, artículo que, según la Audiencia, no es aplicable al caso de autos, y en su lugar fundamenta el fallo recurrido en el enriquecimiento sin causa; es de recordar, ante todo, el conocido apotegma *da mihi factum, dabo tibi ius*, lo que quiere decir que la cuestión de hecho es de la competencia de las partes y es incongruente la sentencia que admite hechos nuevos no probados, pero, en cambio, que al llegar a la parte jurídica, ésta es de libre apreciación del Tribunal, sean unos u otros los preceptos invocados o los que el Tribunal establezca respecto al caso. La incongruencia no surge más que cuando no hay acuerdo entre lo pedido y lo resuelto.

EN LOS CONTRATOS NULOS PUEDE ACCIONARSE CONTRA LOS MISMOS POR LAS PROPIAS PARTES OTORGANTES, SIN QUE PUEDA Oponerse LA EXCEPCION DE IR CONTRA LOS PROPIOS ACTOS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.255 del Código civil concede a los contratantes la libertad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, en cuyo caso hay «prohibición» y se puede ir contra los mismos solicitando su nulidad. En contratos de esta clase son características esenciales: Primera: Se puede accionar contra los mismos a las propias partes que los suscribieron, sin que pueda oponerse la excepción de ir contra los propios actos, puesto que ir contra alguno de los motivos que vician el acto supone el cumplimiento de un deber, que debe ser bien acogido, cualquiera que haya sido la pretérita actuación de quien postule la nulidad. Segunda: La aplicación del conocido principio de derecho de *quod nullum est, nullum producti effectum*, pone al contrato fuera de las reglas reguladoras de la prescripción y la caducidad, puesto que lo nulo no puede producir efecto alguno, sea cualquiera el plazo que se emplee en pedir su nulidad.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS

RESOLUCION DE CONTRATO: SI EL ARRENDATARIO NO ESTA AL CORRIENTE EN EL PAGO DE LAS RENTAS VENCIDAS ES INADMISIBLE EL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA, CONFORME AL ARTICULO 148 LAU (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1973).

Se demanda al ocupante de un local de negocio alegando que el arrendatario dejó de pagar la renta en 1964 y que posteriormente se habían

realizado dos transmisiones del local a espaldas del actor, quien las ignoró hasta que en 1969 falleció el arrendatario primitivo. Se contestó que los cambios de titularidad fiscal se habían hecho con el exclusivo fin de permitir al arrendatario cobrar el Subsidio de Vejez; con este fin se puso el negocio a nombre de un hijo, y al contraer matrimonio éste, a nombre del otro, siendo el padre el dueño efectivo del negocio. Al fallecer éste y no habiéndose verificado aún la partición del caudal hereditario, el negocio pertenece a todos los hijos *pro indiviso*, por lo que se opone la excepción de falta de legitimación pasiva por no dirigirse la demanda contra todos los hijos.

Se desestimó la demanda por el Juzgado de Elche, pero la Audiencia de Valencia revocó la sentencia y declaró resuelto el contrato. Interpuesto recurso de injusticia notoria, el Tribunal Supremo lo rechaza por no estar el recurrente al corriente en el pago de las rentas vencidas, lo que es causa de inadmisión del recurso, sin entrar en el examen de los motivos del mismo.

RESOLUCION DE CONTRATO: PARA QUE SE ENTIENDA CUMPLIDO EL ARTICULO 397 DEL CODIGO CIVIL BASTA CON QUE NO HAYA OPOSICION POR PARTE DE LOS DEMAS COMUNEROS (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1973).

Se basa la demanda en la realización de obras que modifican la configuración del local arrendado sin consentimiento de la propiedad del inmueble, y se formula por uno de los condueños. El demandado contestó que el actor era socio del demandado en el negocio, así como administrador del club en que consistía aquél, habiendo sido destituido por su mala gestión. Las obras verificadas lo habían sido por disposiciones administrativas y con intervención del propio actor, que en aquella época era aún director y administrador del club.

Desestimó la demanda el Juzgado número 15 de Barcelona, y esta sentencia la confirmó la Audiencia de la misma capital.

El recurso de injusticia notoria se basa en que el actor no podía dar su consentimiento para las obras ni como administrador ni como copropietario, dados los términos del artículo 397 del Código civil, ya que la comunidad de propietarios no había prestado su consentimiento. El Tribunal Supremo lo rechaza, además de por falta de claridad en la exposición de los motivos, porque el artículo 397 del Código civil hay que interpretarlo, como lo hizo la sentencia recurrida, en el sentido de que basta la falta de oposición por los demás comuneros; en este caso, las obras se realizaron con la conformidad de quien ahora pretende impugnarlas, basándose en la falta de una aquiescencia que él fue quien se preocupó de no conseguir, afirmación que no se desvirtúa en el recurso, por lo que procede su desestimación íntegra.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO SE PUEDE MANTENER QUE EL LOCAL ESTA ABIERTO AL PUBLICO CUANDO LA ACTIVIDAD MERCANTIL SE DESARROLLA «DE PUERTAS ADENTRO» SIN CONTACTO DIRECTO CON LA CLIENTELA (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1973).

Habiendo cesado aparentemente toda actividad mercantil en el local arrendado, se pide por el propietario la resolución del contrato. El demandado alega que el local estuvo ocupado en tiempos por el demandante,

siguiendo a su nombre el contrato de suministro de electricidad, por lo que supone mala fe decir que no lo tiene el arrendatario. Igualmente se sigue usando el teléfono, y el día anterior a la presentación de la demanda se practicó la notificación al actor de querer el demandado realizar el traspaso para el ejercicio de su derecho de tanteo.

El Juzgado número 7 de Madrid desestimó la demanda, sentencia revocada en la apelación.

En el recurso de injusticia notoria se alega que no había cesado la actividad mercantil por seguir abierta la oficina, ya que no la tienda, y el cierre parcial no supone la causa de denegación de la prórroga del artículo 62 LAU, que ha de interpretarse restrictivamente. Pero no prosperó porque el Tribunal Supremo declara no ser cierto que la sentencia recurrida haya hecho caso omiso de la prueba documental, ya que toda ha sido examinada por la Sala, llegando a la conclusión de que el local se halla cerrado para el servicio directo al público desde hace dos años, lo que se opone al destino pactado, cualquiera que fuese el uso que se hace de puertas adentro por el arrendatario. Aunque el contrato habla de que se pueden ejercer varias actividades mercantiles, no puede sustituirse la interpretación del Tribunal *a quo* por la del recurrente sin fundamentarla debidamente, lo que no se ha hecho en este recurso.

DESAHUCIO: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO DE 1959 NO PUEDEN IR CONTRA EL TEXTO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DE 1935 (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1973).

En el contrato de arrendamiento se excluyó la aplicación de la legislación especial de arrendamientos rústicos, por ser la finca arrendada colindante con una carretera nacional y próxima al casco urbano de la ciudad de Lugo. Terminado el plazo pactado se pide el desahucio, conforme a la legislación común. El arrendatario alega que aparte de que si no rigiera la LAR sería incompetente el Juzgado de Primera Instancia ante el que se presentó la demanda, la realidad es que debe regir aquella ley dada la ineficacia de los pactos en contra de su aplicación, que señala el artículo 1 de la misma.

El Juzgado número 1 de Lugo desestima la demanda y la Audiencia de La Coruña revoca la anterior dando lugar al desahucio.

Interpuesto recurso de casación, se basa en la indebida exclusión de la Ley de Arrendamientos Rústicos, ya que, según el artículo 2 del Reglamento de 1959, se requiere para ella que se destinen las tierras a fines distintos de los agrícolas, lo que no ocurre en este caso, ya que se trata de fincas agrícolas por completo. Aunque se modifique la Ley de 1935, que no contenía esa exigencia, no cabe olvidar que el Reglamento es un Texto Refundido, que comprende todas las normas aplicables en esta materia arrendaticia.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, ya que al alegar el recurrente la interpretación errónea del artículo 2 del Reglamento de 29 de abril de 1959 olvida la doctrina jurisprudencial, que establece que la reforma contenida en el mencionado párrafo, al añadir un requisito más para la aplicabilidad de la excepción de esta legislación, no puede tener efecto contra lo dispuesto en la Ley de 1935, porque excluir del precepto las fincas agrícolas, únicas sujetas a dicha ley, convertiría en inoperante el contenido del artículo 2, por lo cual debe ser desestimado el recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL LAS OBRAS REALIZADAS CUANDO NI SIQUIERA SE APOYAN EN LOS MUROS DE LA FINCA, PUDIENDO SEPARARSE DE ELLA SIN DAÑO (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1973).

Se funda la demanda en la realización de obras consistentes en un entrepiso o entreplanta, no permitidas por el arrendador. El demandado niega en la contestación haber verificado ese entrepiso, pues lo único que ha hecho ha sido colocar una estantería no sujeta al suelo ni a la pared y que se puede retirar cuando se quiera, habiendo construido también un W. C., para el que sí se pidió autorización. Tanto el Juzgado de León como la Audiencia de Valladolid desestimaron la demanda.

El recurso de injusticia se basó en que las obras afectaban a la configuración del local, ya que sobre el W. C. se eleva una de las columnas de sustentación del entrepiso, el cual sirve de techo al W. C., de modo que suprimido el entrepiso quedaría aquél al descubierto, como se demostró en el reconocimiento judicial. Sin embargo, el Tribunal Supremo lo rechaza porque la diligencia de reconocimiento judicial fue debidamente valorada en la sentencia de Instancia, y sin modificar los hechos, sino añadiendo otros que no constaban en la sentencia impugnada, se deducen consecuencias distintas a aquellas a las que llega el Juez. Tampoco puede prosperar el otro motivo, porque las obras no modifican la configuración del local ni debilitan la naturaleza y resistencia de los materiales, sino que ni siquiera se apoyan en los muros de la finca, pudiendo separarse de ella sin dañarla.

ELEVACION DE RENTA: PARA QUE SE APLIQUE EL PLAZO DE CADUCIDAD DEL ARTICULO 101 LAU NO BASTA CON EL SILENCIO DEL ARRENDATARIO, SINO QUE SE NECESITA QUE LO RECHACE EXPRESAMENTE (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1973).

Verificado el aumento de la renta catastral de la finca se demanda a la entidad arrendataria de dos locales de negocio, oponiéndose ésta porque, a su juicio, había caducado el derecho a pedir el aumento de renta, conforme al artículo 101 LAU. Tampoco, en su caso, debería pagar todo el aumento de una vez, sino a razón de un 5 por 100 anual sobre la renta que estuviese pagando al dictarse la resolución de Hacienda, por exceder del 25 por 100 el aumento pretendido. El Juzgado número 16 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia de esta capital declaró el derecho al aumento de renta a partir de la presentación de la demanda, conforme a la renta fijada por Hacienda.

El recurso se funda en la improcedencia de declarar el aumento de renta con efectos desde años atrás, para lo que es inadecuado el procedimiento arrendaticio, así como, en el supuesto de sujetarse a éste, la caducidad de la acción correspondiente, aduciendo también errores en la apreciación de la prueba. Rechaza el Tribunal el recurso porque la inadecuación del procedimiento arrendaticio constituye cuestión nueva, que no se planteó en el momento oportuno; por otra parte, la pretensión de la actora no se fundó en el Código civil, sino en la LAU, por lo que ha de

aplicarse este cuerpo legal. Tampoco son estimables los errores en la apreciación de la prueba, debidamente valorada en su conjunto por la Sala sentenciadora. Por último, la pretendida caducidad de la acción no puede considerarse aquí existente, porque la demandada no se opuso a la elevación, sino que no contestó a la propuesta de pago, y según reiterada jurisprudencia es preciso que el rechazo del aumento sea expreso, significando el silencio una voluntad vinculante. No existe tampoco ese aumento superior al 25 por 100, por lo que no es admisible la fragmentación del aumento solicitada.

REVISION DE RENTA: REITERA LA DOCTRINA DE LA DE 19 DE OCTUBRE ULTIMO SOBRE DEROGACION DEL ARTICULO 103 LAU (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Solicita el arrendatario la reducción de la renta que paga a la declarada por el propietario a efectos fiscales, pretensión a la que éste se opone. El Juzgado número 10 de Valencia estima en parte la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó esta sentencia.

Se interpuso recurso de injusticia notoria con base en la infracción del artículo 103 LAU, que rechaza el Tribunal Supremo, ya que el Texto Refundido sobre Contribución Urbana de 12 de mayo de 1966 no basa la formación de los líquidos imponibles en la declaración del propietario, sino en datos objetivos, por lo que ha de considerarse derogado el artículo 103 LAU, como ha declarado esta Sala en sentencias recientes, como las de 9 de junio y 19 de octubre de este mismo año.

RESOLUCION DE CONTRATO: SI NO SE VERIFICA EL DESALOJO DENTRO DEL PLAZO PREVISTO EN LA LEY, SE EXTINGUE EL DERECHO DE RETORNO ARRENDATICIO (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1973).

La demanda se basó en que la entidad arrendataria, adquirente en traspaso de un garaje, había desalojado el local después del plazo de preaviso dado por el propietario de la finca que se va a derribar, por lo que ha perdido el derecho de retorno concedido por la ley, debiendo desalojar el local. El arrendatario, a su vez, formuló demanda contra el arrendador, acumulándose ambos juicios. El Juzgado número 3 de Vigo desestimó la demanda del propietario, declarando el derecho del arrendatario al retorno a local de la misma superficie y volumen que el que ocupaba en el edificio antes de la demolición. La Audiencia de La Coruña declaró resuelto el contrato por haberse extinguido el derecho de retorno del arrendatario.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, se rechaza por el Tribunal Supremo, ya que es claro el incumplimiento del desalojo dentro de plazo, incumplimiento sólo imputable a la arrendataria por no remover cualquier obstáculo que lo impidiese, acudiendo a la vía adecuada si era preciso, pero no adoptando una actitud pasiva al permitir la permanencia de subarrendatarios, contra los que pudo proceder con suficiente antelación a la extinción de dicho plazo. El arrendatario es responsable de la con-

ducta de la subarrendataria, con la que tiene un especial vínculo; por la vía que se impugna la apreciación probatoria no cabe hacerlo, pues se trata de una afirmación jurídica y no meramente fáctica. Tampoco basta con las altas fiscales para probar que se desarrolla o deja de desarrollar una determinada actividad. No puede admitirse la alegación de que la subarrendataria se había convertido en arrendataria, al amparo de ciertas disposiciones transitorias LAU, ni la del abuso de derecho de la entidad propietaria, porque son cuestiones nuevas, no planteadas antes en el procedimiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: HAY QUE PROBAR SUFICIENTEMENTE LA EXISTENCIA DE TRASPASO O CESION ILEGAL (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Se demanda a la arrendataria de un local y a su padre, que es actualmente el ocupante de aquél, alegando la existencia de un traspaso o subarriendo hechos en forma ilegal, así como haber en el local unas bombonas de butano, para lo que no autorizaba el contrato, que sólo se refería a venta de material eléctrico. El Juez de Corcubión desestimó la demanda, confirmando la sentencia la Audiencia Territorial.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, se rechaza porque ha de formularse con precisión y claridad, y si fuesen dos o más los fundamentos o motivos que se alegan, se expresarán en párrafos separados y numerados, lo que no se hace en este recurso, que se funda en diversos números del artículo 136 LAU conjunta e indiscriminadamente y con notoria confusión entre cuestiones de hecho y de derecho.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: ES NULA LA LIMITACION DE PRORROGAS DEL CONTRATO, YA QUE LA PRORROGA FORZOSA ES DE DERECHO NECESARIO Y NO MODIFICABLE POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Cerrado un local durante varios años, se deniega la prórroga del contrato con base en los actos notorios, acreditados notarialmente, que así lo demostraban. Tanto el Juzgado de León como la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda formulada por la propietaria.

El recurso se basa en que lo adquirido por la actora no es lo arrendado a la demandada, sino que linda con otra finca que aquélla poseía, y, por otra parte, el contrato se hallaba en período de prórroga convencional o contractual, por lo que no son aplicables los casos de denegación de prórroga forzosa. El Tribunal Supremo lo rechaza porque la ausencia de inscripción de la obra nueva que constituye el local arrendado no es causa suficiente para sustentar su inexistencia física frente al título, que los Jueces han reputado bastante, y a cuya conclusión ninguna pericia o documento opone la recurrente. En cuanto a la pretendida anteposición de las prórrogas convencionales sobre la forzosa, hay que tener en cuenta que la prórroga legal es norma de Derecho necesario, no modificable por la voluntad de las partes, siendo nula la limitación de prórrogas establecida en el contrato, y la prórroga legal es la única que ha de considerarse vigente para el contrato en cuestión.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO SE PRUEBA SUFICIENTEMENTE LA EXISTENCIA DE FRAUDE DE LEY EN LA RENUNCIA DE UN LEGADO HECHA POR EL QUE APARECE AL FRENTE DE UN NEGOCIO (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Se demanda al ocupante de un local de negocio aduciendo cesión ilegal del mismo por parte del arrendatario, fallecido ya, siendo el hijo de éste, residente en el extranjero, el que se subroga en el arrendamiento por renuncia del ocupante a un legado hecho a su favor por el primitivo arrendatario con evidente fraude de ley, ya que sigue ocupando el local después de la renuncia. Se opuso que este ocupante era un factor del arrendatario, así como de su hijo, y que si renunció al legado fue por no tener capital suficiente para llevarlo adelante. El Juzgado número 2 de Barcelona declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia Territorial revocó la sentencia.

Se interpuso recurso de injusticia notoria con base, sobre todo, en la existencia de fraude de ley para ocultar la cesión o traspaso ilegal, mediante la renuncia referida al legado del local y del negocio. El Tribunal Supremo lo rechaza, ya que los documentos fueron tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora y no son aptos, por tanto, para amparar la causa 4.^a del artículo 136 LAU. También está mal formulada la violación del artículo 4 del Código civil, al amparo del artículo 156 LAU, por no existir este precepto. No se pueden admitir los indicios en que se funda la presunción de nulidad que trata de imponer contra la calificación de la Sala, que no reconoció la existencia de fraude de ley ni la de perjuicio para la propietaria al no haber cesión ni traspaso alguno.

C. R. R.

IV. FAMILIA

DECLARACION JUDICIAL DE FILIACION NATURAL: LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 135, PARRAFO FINAL, Y LA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA POR DELITO DE ESTUPRO; LA SENTENCIA PENAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LA PROLE: PEREZ c. GOMEZ Y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1972).

Antecedentes.—I) En los distintos litigios que versan sobre la filiación natural, y dado el pie forzado de los «resultandos», tal como vienen en la redacción definitiva de la sentencia, resulta en extremo muy dificultoso exponer claramente y en forma sintética las argumentaciones de demandante y demandado. Una agradable excepción es la exposición relativa a este pleito, dado que el ponente de la sentencia tan sólo ha recogido las argumentaciones de la parte actora, cuyo resumen ofrezco seguidamente.

1) En un pueblo de la llamada «Lusitania interior» nacieron y vivieron actora y demandado, y como consecuencia de la común residencia en un núcleo rural de reducido censo surgieron entre ambos relaciones de amistad, que ya en 1963 derivaron en el llamado noviazgo «formal», con el significativo hecho de la complacencia de ambas familias, y en especial la del novio. Dichas relaciones se desarrollaron normalmente y sin crisis de enfriamiento a lo largo de cuatro años.

2) Dada la estrechez de los horizontes rurales, el novio marchó a la ciudad, y poco tiempo después lo hizo la novia tras él, para colocarse de sirvienta en la misma ciudad donde aquél residía, con el fin de ahorrar algo de dinero con el que contribuir a los gastos de instalación de la futura casa. En la ciudad permaneció la novia desde mediados de 1965 a finales de 1966, fecha en que regresó al pueblo para preparar su matrimonio, previsto para el año siguiente.

3) El regreso al pueblo es precisamente a la casa de los padres del novio, preparando su ajuar personal. En las visitas de las Navidades de 1966, las entrevistas frecuentes fueron acompañadas de acceso carnal, previas las correspondientes súplicas y promesas de matrimonio por parte del novio. Al parecer, tales cohabitaciones fueron hechas ya en la ciudad donde ambos residían. El caso es que a consecuencia de dicho final de 1966, la actora había quedado embarazada, situación que en seguida fue conocida por los padres del novio, y pese a ello continuó en casa de éstos, con la consideración propia de quien había de ser la futura esposa de su hijo y «en espera todos del matrimonio que reparara la fama de la demandante» (*sic*). Dicha situación dura hasta junio de 1967.

4) En dicho mes de junio de 1967, el novio—hoy demandado—sorprende a todos con la inesperada noticia de que va a contraer matrimonio con otra mujer, lo que efectivamente hace a finales de dicho mes de junio. Pocos días antes de tal matrimonio, la ex novia, hoy actora, abandona la casa de los padres del demandado y se marcha de nuevo a la ciudad.

5) El embarazo culmina con el alumbramiento de una niña, nacida a finales de septiembre de 1967, siendo inscrita en el correspondiente Registro Civil con los apellidos GÓMEZ Y PEREZ, correspondientes a los de sus padres naturales, si bien el primero le fue asignado a efectos de su identificación.

6) El demandado, a los actos típicos de cobardía, añadió el no querer asumir para con su hija las obligaciones propias de la paternidad. Y en vista de lo cual, la actora denunció los hechos ante el correspondiente Juzgado de Instrucción, que tramitó el pertinente sumario, que finaliza con sentencia de la Audiencia Provincial por la que «se condena al inculpado a la pena de dos meses de arresto mayor y a abonar a la ofendida en concepto de dote veinticinco mil pesetas», y al propio tiempo en dicha sentencia «se reconocía que doña A. había quedado embarazada a causa de las relaciones íntimas habidas con don... a finales de 1966, y se condenaba al encartado al reconocimiento de la prole».

7) La actora, previa la declaración de «pobre» en sentido legal, en virtud de sentencia del pertinente Juzgado, acudía así a los cauces más amplios del juicio CIVIL para lograr la efectividad de unas pretensiones no obtenidas en el proceso penal. Después de lo expuesto, la DEMANDA termina con el SUPPLICO de que en su día se dicte sentencia, por la que se declare: 1.º) que la niña..., inscrita en el Registro Civil de..., como hija natural de la actora, y nacida el..., es también hija natural del demandado; 2.º) que dicha niña debe ostentar los apellidos GÓMEZ Y PEREZ no sólo a efectos de identificación, sino porque son los que legalmente le corresponden como hija natural de demandante y demandado.

II) Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, éstos CONTESTAN como sigue: el demandado, señor Gómez, con súplica de que se le absuelva de la demanda; por el MINISTERIO FISCAL se alega que admite todos los hechos relatados en el escrito de demanda, siempre y cuando venga recogida la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y se acredite la autenticidad de dicho documento, y se suplica al Juzgado que se dicte sentencia en la misma forma interesada en el suplico de la demanda.

III) El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA dicta sentencia el 3 de noviembre de 1970, por la que absuelve al demandado.

IV) Contra dicha sentencia se interpuso RECURSO DE APELACION por la parte actora, y a la apelación se adhirió el Ministerio Fiscal. La AUDIENCIA TERRITORIAL, en su sentencia, confirma en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

V) Contra la sentencia de la Audiencia interpuso RECURSO DE CASA-CION el Ministerio Fiscal, con apoyo en el siguiente MOTIVO UNICO: Infracción, por interpretación errónea, del artículo 135, párrafo último, del Código civil: porque para centrar la interpretación de dicho precepto es imprescindible hacer referencia al VALOR que en nuestro Derecho pueda tener la conocida regla de «prohibición de la investigación de la paternidad natural»; añade que en esta materia impera el principio prohibitivo, y que al ser el artículo 135 del Código civil una excepción al mismo, su interpretación debe ser restrictiva; a esta idea respondía la base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888 y el artículo 340 del Código civil francés en su primitiva redacción, origen del artículo 127 del Proyecto español de 1851; pero es lo cierto que el Código civil, relativamente a la filiación natural, NO CONTIENE un precepto análogo a aquellas reglas prohibitivas, y ello no obstante, en el artículo 141 se prohíbe la investigación de la paternidad en la filiación ilegítima NO natural de manera expresa.

VI) El TRIBUNAL SUPREMO, en sentencia muy interesante, ACOGE íntegramente el recurso elevado por el Ministerio Fiscal y sienta esta importante doctrina:

Visto siendo ponente en este trámite el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín.

Considerando que *el artículo ciento treinta y cinco del Código, que recogió, con variantes de expresión, motivadoras de dudas y discusiones doctrinales, el contenido de la base quinta de la Ley de once de mayo de mil ochocientos ochenta y ocho, admite propiamente la investigación de la paternidad sólo en el caso de delito sexual, prescribiendo que «en los casos de violación, estupro o rapto se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole», reconocimiento que es consecuencia de la condena penal, y para llegar a ella tiene el Tribunal facultad para apreciar si el acto carnal produjo prole y el estado y condición de sus generadores para la calificación de la filiación, como premisas necesarias para que pueda imponer el «reconocimiento», que preconiza el artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código penal, y por ello, siempre que exista sentencia penal condenatoria por esos delitos, el Tribunal de lo penal ha de imponer, por vía de indemnización, el reconocimiento de la prole, el que no deriva de la voluntad del padre, sino de la contestación de la filiación.*

Considerando que *si la sentencia penal es absolutoria, por no estimar acreditados los hechos que constituirían el delito, ello será una valla infranqueable para pedir en la jurisdicción civil el reconocimiento, dado que éste habría de derivarse de los hechos cuya existencia se negó; pero si la sentencia penal declara la existencia de los hechos integrantes del delito y no castiga éste, por defunción, rebeldía o inimputabilidad de su autor, queda expedita la vía civil para la reparación del daño que el acto delictivo pudiera haber originado, cual reconoce la sentencia de veinticinco de febrero de mil novecientos veintiocho, y a igual conclusión debe llegarse en aquellos supuestos en que se declara probado que el procesado tuvo acceso con la ofendida, mas sin emplear engaño para lograrlo o siendo aquella mayor de veintitrés años, casos en los que no existe delito de estupro, pero si queda establecida una filiación en la sentencia penal, que es lo único que importa para el ejercicio de la acción civil, pues ésta ha de basarse siempre en la existencia del acto punible, háyase o no castigado.*

Considerando que, con arreglo a la doctrina expuesta, es de estimar el único motivo del recurso, que, amparado en el número primero del ar-

título mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del último párrafo del artículo ciento treinta y cinco del Código civil, *puesto que declarándose en la sentencia penal, que condenó al demandado como autor de un delito de estupro, que «la ofendida quedó embarazada en virtud de yacimiento practicado con el procesado cuando tenía más de veintitrés años», es evidente que tal delito existe y es sancionado, y al no poder imponer el reconocimiento sólo por razón de edad de la ofendida, no cabe duda que al ser conocido el autor del embarazo y el nacimiento subsiguiente, ha establecido la sentencia penal una filiación que ya no puede desconocerse, por lo que, siguiendo las modernas orientaciones doctrinales y de Derecho comparado, debe sancionarse la declaración de paternidad hecha por la jurisdicción penal, lo que obliga a la estimación del recurso, con los pronunciamientos del artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley Procesal Civil.*

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal y, en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y uno dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de...

— Considerandos de la segunda sentencia:

Siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín.

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que procede, y

Considerando que *establecido en la sentencia penal que el demandado es el autor del embarazo de la actora* cuando ambos eran solteros, y que *la niña nacida de ésta es el fruto de dicho embarazo, procede la estimación de la demanda*, con revocación de la sentencia de Primera Instancia, sin que haya méritos para hacer especial imposición de costas.

Fallamos que con revocación de la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número... de los de... el tres de noviembre de mil novecientos setenta, debemos declarar y declaramos que Isabel Gómez Pérez, nacida el veintiocho de septiembre de mil novecientos sesenta y siete e inscrita en el Registro Civil de... como hija natural de la actora, lo es también del demandado, por lo que debe ostentar los apellidos de sus progenitores, que legalmente le corresponden, y todo ello sin expresa condena de las costas causadas en ambas Instancias, e insértese en la certificación mandada librar.

Notas críticas.—1. El HECHO SOCIAL de la existencia o no en determinadas zonas del país de casos relativos a la filiación natural parece debe tener una estrecha relación o conexión con una serie de variables, tales como las ecológicas o las individuales. Así resulta de un atento examen de los litigios, de las particularidades más relevantes de cada caso y del territorio a que corresponden las Audiencias que suministran los autos; no se puede desconocer la especial idiosincrasia de los caracteres femeninos y masculinos rurales de muchísimas regiones del país, que curiosamente son las que nos presentan más litigios de filiación natural y que coinciden notablemente con las zonas de renta *per capita* más baja. Estas reflexiones debieran hacernos meditar a todos los juristas, y mucho más a tantos Juzgadores en cuyas manos se deposita gran número de veces el destino de futuras familias cuyo origen social está marcado por buenas dosis de incompreensión, de egoísmo masculino y de conveniencias sociales.

Sería quizá interesante un trabajo interdisciplinario (juristas, sociólogos, filósofos, etc.) en el que se analizasen críticamente y para un período de tiempo concreto los numerosos litigios de filiación natural, detectando el medio ambiente del que provenían demandante y demandado, la clase social de cada familia, los niveles de estudios de ambos, tipo de trabajo,

religiosidad (1), nivel de ingresos, etc. Por supuesto que este trabajo que postulo es posible y factible, aunque me temo que lleve mucho tiempo y que su coste sea elevado (2).

Hay, por otra parte, un hecho notorio: la práctica inexistencia de la problemática acerca de la filiación natural de las regiones más desarrolladas o industrializadas del país, o de otro modo dicho, que en estas regiones **NO SE DAN LITIGIOS** sobre dicha filiación. Esta inexistencia de litigios en las zonas desarrolladas pudiera suponer bien su **REAL** inexistencia como hechos humanos, bien su existencia **SIN LITIGIO** ante los Tribunales. Es también ésta una rica parcela a analizar con detalle, que excede de estas breves líneas introductorias a un problema social obvio.

Finalmente, y considerados estos litigios sobre filiación natural desde el punto de vista estrictamente judicial, sorprende la abundancia de sentencias relativas a los casos comprendidos en el artículo 135, párrafo 1.º, apartados 1.º y 2.º, y lo escaso de las sentencias atinentes al párrafo último de tal precepto. Es, por tanto, digno de mencionarse que la sentencia que anoto pertenezca a este segundo gran grupo de decisiones jurisprudenciales. El porqué de la escasez de ellas es otro punto digno de meditar y, por supuesto, también pleno de implicaciones y connotaciones sociológicas a estudiar.

2. La **NORMA JURIDICA** cuya interpretación se debate en el caso contemplado por esta sentencia es la contenida en el último párrafo del artículo 135 del Código civil, que taxativamente establece que «en los casos de violación, estupro o rapto se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole».

Esta curiosa norma ha sido objeto, por cierto, de brevísimos comentarios por nuestra doctrina (3), y no mejor suerte ha corrido con la jurisprudencia en los pocos casos que ésta tuvo de examinar la aplicación de la norma al caso concreto planteado ante ella (4).

En principio, parece ser una muestra más de las denominadas por la doctrina normas **DE REMISION** (5) o **DE REENVIO**. Lo que ya exige cierta matización es determinar si cabe hablar aquí de remisión genérica o particular, o de primero y segundo grado. Parece claro que se trata de una remisión *concreta*, ya que no existe en el Código penal más que una sola norma aplicable al caso, el artículo 444—dentro del capítulo V: «Disposiciones comunes a los delitos de violación, estupro o rapto», integrado en el título IX, relativo a los delitos contra la honestidad—, cuya dicción es la siguiente: «Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados por vía de indemnización: 1.º) a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda; 2.º) a **RECONOCER A LA PROLE**, si la ley civil no lo impidiere; 3.º) en todo caso, a mantener a la prole.»

Sentado que se trata de una norma de remisión concreta, no terminan aquí las dificultades. En primer lugar, la norma penal impone el reconocimiento de la prole como **CONTENIDO** de la sentencia condenatoria, si bien condicionándolo a la inexistencia de obstáculos en la ley civil: ello equivale—dice LACRUZ—a exigir que en la prole concurren las circunstancias de hijo natural, lo que nos parece una interpretación correcta. En

(1) Véase el curioso análisis crítico de las relaciones amorosas institucionalizadas (noviazgo y matrimonio) en el libro *Noviazgo y matrimonio en la burguesía española*, de A. FERRÁNDIZ y V. VERDÚ, EDICUSA, Madrid, 1974, págs. 26, 49 y 237.

(2) Véase, por todos, el *Informe Foessa*, Madrid, 1970, págs. 446, 541, 1061, 1177 y 1238, entre otras, sobre cuestiones subyacentes a nuestro tema.

(3) Véanse ESPÍN, *Manual de Derecho Civil*, vol. IV, 3.ª ed., 1972, págs. 347 y ss. y 360; CASTÁN, *Derecho Civil común y foral*, V-2.º, 7.ª ed., 1958, pág. 75; LACRUZ, *Derecho de Familia*, Bosch, 1966, páginas 403 y ss., y 411 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV-2.º, 1970, págs. 127 y ss.

(4) Véanse Sentencias de 7-10-1893 y 19-1-1928, de la Sala de lo Penal; y Sentencias de 9-4-1908, 25-2-1914, 25-2-1928, 16-1-1932 y 28-10-1954, de lo Civil.

(5) Véase CASTÁN, *op. cit.*, I-1.º, 10.ª ed., 1962, pág. 290.

(6) Véase LACRUZ, *op. cit.*, pág. 412.

segundo lugar, dicho reconocimiento, como CONTENIDO de la sentencia penal, está refiriéndose a una sentencia penal CONDENATORIA, lo que parece *excluír*, en principio, a las que fueren absolutorias, y a la aclaración de este punto van dirigidas las sensatas consideraciones del Magistrado ponente en los considerandos primero y segundo. En tercer lugar parece que existe cierta imprecisión o ambigüedad en dicho CONTENIDO en aquellos supuestos en que, por exigencias lógicas de la remisión a la actuación del Juzgador de lo criminal, existe el delito y se sanciona, pero no cabe imponer forzosamente el reconocimiento de la prole en razón de que la edad de la ofendida es superior a los veintitrés años, que señala la ley penal como límite para apreciar el estupro; precisamente el caso contemplado por esta sentencia encaja de pleno en este grupo de supuestos, y a ello se refiere el considerando tercero y último del fallo. En cuarto lugar cabe preguntar si el fallo hubiera sido otro de no establecer con claridad el Tribunal penal el *nexo íntimo* entre las relaciones amorosas y el hecho del alumbramiento, cuyo nexo, al parecer, no fue estimado como relevante por los Juzgadores de Primera Instancia y de la Audiencia en nuestro caso comentado. En quinto lugar cabe preguntar también si establecido por el Tribunal penal el hecho de la filiación debe seguirse siempre y en todo caso el reconocimiento forzoso de la prole, o de otra manera dicho, si constituye o no un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la prole la determinación de la filiación por el Tribunal penal. En sexto lugar cabría considerar que la remisión hecha por la norma comentada está aludiendo a un contenido incierto, ambiguo o indeterminado, en la terminología difundida por LALAGUNA (7); parece que, como efectos de tal remisión a la normativa penal y a la condena en vía criminal, se está ante una formulación imprecisa de la norma, informante cuando menos de un contenido INDETERMINADO, pues la norma sí tiene un significado cierto, aunque *lo incierto* en ella es la determinación de los supuestos reales en que la norma se debe aplicar (8). En séptimo lugar, el peligro de una norma tal es la diversidad de interpretaciones que puede suscitar, lo que lleva consigo que determinados cambios en la realidad social o en los criterios para la valoración de la norma repercutan decisivamente en el campo de aplicación de la norma (9).

Hechas estas breves consideraciones sobre las peculiaridades de la norma contenida en el artículo 135, párrafo último, del Código civil, sólo nos resta dar una visión sintética de las argumentaciones tendentes a la fundamentación o valoración jurídica de dicho precepto.

3. La VALORACION JURIDICA del artículo 135, párrafo último, del Código civil suele hacerse entre nuestra doctrina partiendo de la base de que solamente en este supuesto existe una verdadera y propia «investigación» de la paternidad (10), con la notable salvedad de ROYO MARTÍNEZ (11), que niega exista propia investigación de paternidad, ya que el proceso se ha seguido con el *fin* de investigar y, en su caso, castigar un delito sexual.

Entiendo necesario, llegado a este punto, efectuar una consideración PREVIA a toda ulterior interpretación. El problema de QUE COSA SEA lo que justifica y da validez a las normas ha sido estudiado con notable agudeza por el profesor Díez PICAZO (12), lo que nos exime de mayores precisiones; alude dicho autor a que «la decisión de un problema jurídico se ha realizado probablemente siempre—y todavía hoy se realiza—DENTRO

(7) Véase *Jurisprudencia y fuentes de derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1969, en especial págs. 201 (ambigüedades de la ley), 241 (insuficiencia de la ley) y 248 (inadecuación de la ley), y concordantes.

(8) Véase LALAGUNA, *op. cit.*, págs. 205 y ss.

(9) Véase Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, especialmente el capítulo XVII, págs. 300 y ss., para todo lo referente a la conexión entre el cambio social y la evolución jurídica.

(10) Véase CASTÁN, *op. cit.*, V-1.º, pág. 73; y, por todos, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 128.

(11) Véase su obra *Derecho de Familia*, Sevilla, 1949, pág. 280.

(12) Véase su obra *Experiencias jurídicas...*, citada, cap. IX, págs. 182 y ss.

DE Y CON ARREGLO A un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios en los que el material normativo se inscribe. Compete, pues, a la ciencia del Derecho la tarea, eminentemente SOCIOLOGICA, de CONSTATAR cuáles son estas coordenadas, válidas para el conjunto social, que sirven de soporte y, en definitiva, dotan de validez a las normas, así como averiguar en qué medida cambian o han cambiado» (13). Es notorio que casi ninguna parcela del ordenamiento jurídico escapa al influjo subterráneo de esos factores (convicciones, creencias, prejuicios), y que una de estas parcelas en las que con mayor frecuencia se dan estos influjos es precisamente la de la INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD. En consecuencia, entiendo necesario profundizar un poco más en la interpretación de la norma comentada: al empleo del canon LOGICO en el epígrafe precedente, deben seguir en el presente epígrafe el uso del canon HISTORICO y del SISTEMATICO y el recurso al análisis SOCIOLOGICO del sustrato de dicha norma y de los valores que la justifican.

a) *Los precedentes históricos del párrafo final del artículo 135.*—Parece conveniente que nuestro análisis histórico siga una trayectoria distinta e inversa a lo que suele ser lo usual en este punto: subir del texto codificado hacia arriba en el tiempo hasta encontrar el probable origen del mismo.

Primeramente debemos acudir al texto del denominado «Anteproyecto» del Código civil español (1882-1888) (14), en el que hallamos el artículo 114, en todo coincidente con el actual 135, y sin que existan notas o aclaraciones al mismo. Parece que habrá que remontarse a otro texto más antiguo o de tiempo anterior, y ese texto es el Proyecto de 1851.

El Proyecto de 1851, segundo punto itinerante seguido, junto a unos famosos comentarios al mismo, también lo tenemos a nuestro alcance con la difusión de la obra de GARCÍA GOYENA (15). En dicho Proyecto encontramos para el tema que nos ocupa dos artículos, el 127-1.º y el 131, cuyo enunciado respectivo es el siguiente: «Se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio», y «en los casos previstos en los artículos 363, 364 y 366 del Código penal, cuando la época de los delitos coincida con la de la concepción, podrán los Tribunales, a instancia de las partes interesadas, declarar la paternidad o maternidad» (16). Ante esta clara normativa, que recoge el sentir de la época, contrario a la investigación de la paternidad, siguiendo al *Code Napoléon* (17), encontramos que ante nuestro camino aparece una bifurcación, con la normativa penal y su origen, por una parte, y con los precedentes históricos patrios, por otra. Quizá sea más exacto, cronológicamente hablando—siempre en sentido ascendente, según dije—detenerse primero en la normativa penal y pasar después a los precedentes históricos civiles.

Una tercera detención ante el texto de las normas penales es, por tanto, inevitable. Una sumaria exposición histórica de cada delito viene desenvuelta por nuestros penalistas, y a ella nos remitimos en general. De la obra de CUELLO CALÓN (18), en lo relativo a los «delitos contra la honestidad», y en el capítulo respectivo del Código, aparece la norma del artículo 444, antes transcrita, y de las consideraciones históricas del gran penalista deducimos que la normativa en estos delitos de violación, estupro o rapto apenas ha variado con el correr de los tiempos, y que el punto de

(13) Véase *op. cit.* último, pág. 190 (los subrayados son nuestros).

(14) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», *Centenario Ley Not.*, Madrid, 1965, pág. 80.

(15) Véanse *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, reimpr. de 1973, tomo I (comprende los I y II de la obra).

(16) Véase *op. cit.*, págs. 141 y 145.

(17) Véase MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, tomo I, art. 135, Madrid, 1890, págs. 503 y ss.

(18) Véase su *Derecho Penal. II. Parte especial*, 9.ª ed., Bosch, 1955, págs. 591 y ss.

partida u *origen* de esta normativa es el Código penal de 1822, de donde fue pasando sucesivamente a los Códigos de 1848, 1870, 1928, 1932 y el vigente de 1944. Lo que parece normal es que el Proyecto de Código civil de 1851 tomase esta norma del Código penal de 1848, que, a su vez, la había heredado del de 1822. Y aquí se nos termina la pista de momento, por lo que hay que volver al otro camino, de los precedentes históricos patrios.

La cuarta pista en nuestra investigación hubiera sido en extremo fatigosa de no contar con una opinión de GARCÍA GOYENA (19), expuesta no como proposición apodíctica, sino a modo de cita de una referencia histórica sin apoyarla en una base segura. Tras comentar los precedentes históricos del artículo 127 del Proyecto, antes expuesto, básicamente el Derecho romano-justiniano (Ley 3, tit. 1, libro 25, del *Digesto*), y de *Las Partidas* sobre el concubinato, dice que se vea lo expuesto en la Ley 11 de Toro y su artículo 124. Dice que dicha ley introduce una INNOVACION respecto de lo establecido por la legislación anterior romana y patria, cuya innovación era conforme al DERECHO CANONICO, y consistió en reputar como hijos «naturales» a los procedentes de ESTUPRO. Y aunque ni la Ley 11 de Toro ni otra alguna habían revocado las penas contra el delito de estupro, «llegó igualmente a prevalecer en los Tribunales la disposición CANONICA de que el estuprador dotara o se casara con la estuprada y RECONOCIERA LA PROLE: así quedó completamente por tierra la antigua legislación sobre estupros» (20). Continúa diciendo GARCÍA GOYENA que no obstante ello, la opinión ilustrada (*sic*) comenzó a rebelarse contra la doctrina del Derecho canónico y la práctica de los Tribunales, acusándolos de injusticia y de inmoralidad, y cita la Ley recopilada 11, título 10, libro 3, número 9 (Ley de 31 de mayo de 1795), que manda REPELER absolutamente las querellas de estupro, y la Real Orden de 28 de agosto de 1829, que manda observar dicha ley recopilada: lo que evidencia—dice—que continuaba la práctica según el Derecho canónico, por manera que, a no dudar, el espíritu de aquella época era desfavorable a las estupradas. Tras unas consideraciones sobre su opinión en este punto, finaliza su comentario el artículo 127 diciendo que «a pesar de lo hasta aquí expuesto, el artículo no quita la acción civil de estupro para la dotación de la estuprada y reconocimiento de la prole en los casos del capítulo 3, título 9, artículo 362, del Código penal». Ninguna otra aclaración nos suministra en su comentario al artículo 131 del Proyecto ni nos dice cuáles fueron sus precedentes.

Resulta evidente que de todo lo expuesto hasta aquí gracias al empleo del elemento HISTORICO aparece: 1.º) que la doctrina penalista NO nos dice cuál fue el origen del actual artículo 444 del Código penal; 2.º) que la exposición histórica de los penalistas hace remontar al Código de 1822 la aparición de la normativa sobre «delitos contra la honestidad», y entre ellos, los de violación, estupro o raptó, y en sus disposiciones comunes, la norma dicha; 3.º) que tampoco la doctrina civilista nos indica de dónde procede dicha norma, por remisión de la correspondiente del Código civil; 4.º) que tan sólo GARCÍA GOYENA alude a un probable origen de tal norma, comentando genéricamente el tema de la investigación de la paternidad, e indica una DISPOSICION CANONICA; 5.º) que tal disposición canónica no sabemos cuál pueda ser; 6.º) que el buceo histórico queda incompleto sin acudir al examen sistemático de los diversos precedentes históricos patrios, civiles y canónicos; 7.º) que las referencias de los autores a los precedentes históricos no siempre suelen ser las mismas, lo que impone en cada caso el cotejo de cada cita y una aplicación rigurosa del elemento sistemático.

b) *El análisis sistemático de los precedentes históricos del artículo 135, párrafo final.*—Si, como ha dicho DÍEZ PICAZO, la labor del intérprete es

(19) Véase *op. et loc. cit.*, pág. 142.

(20) Véase *op. et loc. cit.* en nota 19 (los subrayados son nuestros).

una labor de *décodage*, a fin de poder llegar a detectar la genuina norma a través de la interrelación de textos distintos, en el caso presente esta labor se haría interminable si hubiera que atender estrictamente a un examen total de los diversos precedentes históricos, civiles, canónicos, penales, sociológicos, etc. De todos estos factores, que pueden esclarecer la voluntad del legislador, el más difícil de calibrar es el referente a la reconstrucción de las circunstancias políticas, económicas, culturales y sociales por las que atravesaba el país en el momento de dictarse cada texto legislativo, y ello aunque reconozcamos la gran labor de reconstrucción histórica que ha llevado a cabo la escuela de VICENS VIVES. El que podamos llegar a captar el «sentido originario» y el «hilo evolutivo» de la norma en análisis es ciertamente problemático y dificultoso, y muy probablemente tendremos que apuntar a conocidos «tópicos» que nos ayuden a elaborar ese sustrato sociológico de la norma.

Previamente al recurso a los «tópicos» más usuales cabe señalar la disparidad de citas como precedentes legales: si, de un lado, GARCÍA GOYENA habla de la Ley 11 de Toro en su artículo 124, de *Las Partidas* (sin concretar el precepto) y de la Ley recopilada 11, título 10, libro 3, número 9, de otro lado, MANRESA cita, además de la Ley 11 de Toro, la Ley 7, título 19, Partida 14 (*sic*), y la Ley 4, título 29, libro 12, de la Novísima Recopilación. El remedio a este curioso contraste de pareceres excede de las pretensiones de este pequeño estudio y es digno de atención para quienes con más tiempo puedan dedicarle su análisis. Creo, por tanto, preferible acudir a la citada Ley 11 de Toro y sus comentarios (21), que por datar de 1505 puede ser un buen arranque para nuestras divagaciones: en la *nota 124*, a que aludía GARCÍA GOYENA, acude a una exposición de la Ley 8, título XIII, Partida 6, pero está argumentando en contra de jurisprudencias precedentes al titular del comentario, DE LLAMAS Y MOLINA; más interesante, a los fines de nuestra investigación, es la *nota 17*, que recoge las disposiciones de Justiniano en el *Digesto* (Leyes 5, 6, 7, 10 y 11 del cap. de *naturalibus liberis*, y Ley 34, *ad legem Juliam de adulteriis*) y en las *Instituciones* (párrafo 4.º de la *de publicis judiciis*), que declaran que el hijo natural ha de ser concebido de concubina que el padre tuviese en su casa, y que se comete «estupro» con la virgen o viuda que vive honestamente, imponiendo a los estupradores penas diversas, según sean honrados o viles.

Continúa DE LLAMAS Y MOLINA diciendo que, sin embargo, de todas estas disposiciones legales del Derecho romano—cuya regulación siguen *Las Partidas* en las leyes siguientes: Ley 2, título XIV, Partida 4 (*De las otras mugeres que tienen los homes que non son de bendición*); Ley 8, título XIII, Partida 6 (*De las herencias que home puede ganar por razón de parentesco quando el señor dellos muere intestado*), y Leyes 1 y 2, título XIX, Partida 7 (*De los que yacen con mugeres de orden, o con vibda que viva honestamente en su casa o con vírgenes por falago o por engaño, non les haciendo fuerza*) (22); también el Derecho catalán en el *Usatge*: «*Si quis virginem*», y en las Leyes de Jaime I en Valencia en 1219, y de Fernando I en Barcelona en 1413—, lo cierto es que el papa Alejandro III dispuso, en el capítulo I de la Decretal *Qui filii sint legitimi*, que el hijo concebido de «estupro», esto es, de mujer que NO tenía el padre en su casa en concepto de concubina, se legitima por subsiguiente matrimonio. Parece que la disposición de esta Decretal tuvo por objeto manifestar que no era menos reprehensible el concubinato que el estupro, para que no se pudiera conceder a éste igual favor que se le dispensaba a aquél. Tenemos, por tanto, en esta Decretal de Alejandro III el PROBABLE origen remoto de la norma que comentamos. En cuanto al «hilo evolutivo» de esta Decretal me temo

(21) Véase DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 2.ª ed., Madrid, 1852, reimpr. en Barcelona, 1974, págs. 97 y ss., especialmente las 99, 109, 117 y 118.

(22) Véanse *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, ed. de la Real Academia de Historia, Madrid, 1817, reimpr. de 1972, tomo III, págs. 85 y 660.

que nos llevase demasiado lejos y mucho espacio, por lo que me limitaré también aquí a acudir a «tópicos» socorridos respecto a las interrelaciones canónico-civiles.

Además de esta *nota* del comentarista de las Leyes de Toro debe añadirse que, más concretamente a nuestro tema, en la *nota o comentario 130* dice «que la disposición de la ley en este punto hace que en las querellas de ESTUPRO que se siguen en los Tribunales reales, SI HA HABIDO PROLE, que el reo LA RECONOZCA como suya, supliendo la sentencia del Tribunal el reconocimiento caso que se niegue a hacerlo (en virtud del cual heredará el hijo abintestato dos onzas de la herencia de su padre, según la Ley 8, tit. XIII, part. 6 y sigs.)» (23).

Expuestas estas consideraciones precedentes, por vía de aclaración a lo escrito por nuestros comentaristas del Código civil, y apuntado en esbozo el origen «probable» de nuestro artículo 135, párrafo final, diremos que para una armónica interpretación SISTEMÁTICA de todos los factores hallados hasta ahora creo debemos acudir a los conocidos «tópicos» siguientes: 1.º) las normas y Decretos canónicos no tuvieron *per se* fuerza de ley en los diversos Estados cristianos, sino en base a la respectiva confirmación regia; 2.º) la cristalización de las disposiciones canónicas (Decretales, Extravagantes, disposiciones de Inocencio III sobre el matrimonio) adviene en el Concilio de Trento, que fue Ley del Reino en virtud de la sanción dada al mismo por Felipe II, y cuyas normas han seguido vigentes hasta que en 1919 fue promulgado el actual Código de Derecho canónico; 3.º) a la Decretal de Alejandro III sobre legitimación de los hijos nacidos de estupro, cabe añadir otra de Inocencio III dando por válido y lícito el matrimonio, caso de RAPTO, entre raptor y robada, contra la prohibición anterior, y el desarrollo de ambas en la práctica de los Tribunales debió originar graves abusos, cual demuestra la petición del rey de Francia al Concilio de Trento en solicitud de una reforma legislativa sobre el rapto; 4.º) el Concilio de Trento (sesión XXIV, cap. 6, «de ref. matr.») decretó que «por lo demás, el raptor, cásele o no con la raptada, está obligado a dotarla decentemente, conforme al arbitrio del Juez» (24); 5.º) el COMO se llegó a una parificación o identificación de los supuestos de estupro y rapto, y luego se añadió a ellos el caso de violación, no queda aclarado en nuestro espiguelo por las fuentes; 6.º) la doctrina penalista hace notar que en las antiguas leyes la influencia de las concepciones religiosas determinó, en tema de delitos contra la honestidad, una gran confusión entre delito y pecado; 7.º) la observación antes dicha de GARCÍA GOYENA sobre la Real Orden de 28 de agosto de 1829 mandando observar la ley recopilada citada, *no* encaja muy bien con la existencia del Código penal de 1822, que ya recoge estos delitos, pero, sin embargo, pudiera ser muy bien fruto de los vaivenes sufridos por la política legislativa de Fernando VII; 8.º) parece posible atribuir a la práctica de los Tribunales reales la condensación en una sola regla de las precedentes disposiciones canónicas en tema de estupro y de rapto, lo que supondría un origen PROXIMO de nuestro precepto de marcado carácter forense; 9.º) en la fase codificadora, quizá entre los constituyentes de Cádiz o entre los trabajos de SAINZ DE ANDINO, podría haberse condensado tal práctica judicial en la correspondiente norma jurídica.

c) *El sustrato sociológico de la norma comentada.*—Toda norma jurídica, como realidad histórica que se da dentro de una sociedad y dentro de una organización política, se encuentra condicionada, y en tal sentido cabe hablar de «infraestructura» de la norma. Ese impacto de la sociedad

(23) Véase *op. cit.*, pág. 118 (subrayado nuestro).

(24) Véase DEL CAMPILLO y MANS PUIGARNAU, *Derecho Canónico. Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1953, pág. 227, y MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico*, I, 2.ª parte, Bosch, 1954, págs. 380 y siguientes.

consiste en una influencia de determinadas fuerzas que están en la misma configuración de la sociedad: de un lado, la misma organización fundamental y espontánea de la sociedad, y de otro, la idiosincrasia popular de esa sociedad concreta basada en una forma particular de ver la vida (25). Es precisamente ese carácter HISTÓRICO de la norma, que va ligado al hecho de provenir de una sociedad concreta, de una realidad social dinámica y progresiva, el determinante de su «estructura». Es en este sentido precisamente como cabe hablar de que la norma comentada es a modo de una «directiva tradicional» basada en una antigua práctica forense, que ha cristalizado en lo que DÍEZ PICAZO (26) ha llamado una regla «heredada».

Cabría decir que en la base de dicha proposición normativa existe una razón de *equidad*, por entender los pontífices y los Tribunales eclesiásticos —y luego quizá los Tribunales reales— que la situación de los hijos nacidos de un delito de estupro DEBERÍA SER idéntica a la de los hijos nacidos de concubinato, y después, con el tiempo, las obligaciones impuestas al culpable de dotar a la ofendida y reconocer y mantener a la prole habida debieron extenderse a los supuestos de *violación* y de *rapto*.

Que el talante de la sociedad española y sus comportamientos en esta materia de «delitos contra la moralidad sexual» no ha sido homogéneo ni el mismo en cada época de su historia parece evidente: basta con repasar a nuestros clásicos, desde Cervantes hasta Quevedo. Y los estudios costumbristas y de ensayos sociológicos se han multiplicado en la actualidad referidos a distintas épocas de nuestra historia, a los que me remito. Lo que parece claro, por otra parte, es que con la Revolución francesa y algunos excesos revolucionarios en pro de la liberación sexual de la mujer se llegó a un punto en que la sociedad actuó mucho más retrógrada y conservadora de lo que parecía normal respecto de siglos precedentes: este fenómeno es perceptible no sólo en Francia, en que la posición antifeminista de Napoleón fue decisiva en muchos puntos a la hora de redactar el *Code* civil y en que como resultado se llega a una situación jurídica de la mujer como marginada y menor de edad, excluida del «juego» al decir de A. J. ARNAUD (27), sino también entre nosotros, ya que la posición de la mujer, en general, retrocede en comparación con los siglos anteriores, y en el siglo XIX, en plena labor codificadora, es tratada como una «menor de edad» por el propio GARCÍA GÓYENA, quien no oculta sus recelos contra las mujeres en sus comentarios a los artículos 127 y 131, antes transcritos (se pregunta, al tratar del «estupro», «¿cómo un mismo delito cometido por dos personas puede ser castigado en una y recompensado en otra?», y dice, entre otras cosas, que en estos casos se trata de «mujeres imprudentes, que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro» (*sic*)).

Debido a esas oscilaciones del comportamiento de nuestra sociedad respecto a la mujer y a esos delitos contra la honestidad, parece algo difícil y atrevido prejuzgar cuál puede haber sido EN CADA MOMENTO la reacción social ante estos delitos. Que no siempre han tenido como *objeto* el castigo del ataque al mismo bien jurídico protegido, ya que en cada época y país se han tipificado de una manera: en unos casos, como atentados contra las buenas costumbres (Francia y Dinamarca); en otros, como crímenes y delitos contra la moralidad (Alemania); en otros, como delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres (Italia); en otros, como delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública

(25) Véase LÓPEZ CALERA, *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Madrid, 1969, págs. 154 y siguientes.

(26) Véanse *Experiencias jurídicas...*, citada, págs. 30 y ss.

(27) Véase su *Essai d'analyse structurale du Code Civil français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, vol. XVI, *Bibl. de Philosophie du Droit*, ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1973, págs. 65 y ss., y 129 y ss.

(Bélgica); en otros, como delitos contra la decencia y la moralidad pública (Estados de Nueva York y California), etc.

Que la norma en examen sea una regla «heredada», al decir de Díez PICAZO, nos exime ya de otras puntualizaciones en orden a la reacción social ante estas conductas castigadas en los siglos precedentes al XIX. Lo cierto es que, ya en fase codificadora, el término «honestidad» es algo equivalente a «moralidad sexual»: bien entendido que el AMBITO de la acción del Código penal es mucho menos vasto que el de la moral y que los castigos que el Código impone se basan precisamente en la INOBSERVANCIA DE UNA CONDUCTA, es decir, en la inobservancia de los deberes cuyo cumplimiento se reputa necesario para la ordenada «convivencia social». Por el Código penal se reprimen aquellos hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos, individuales o colectivos, y que ponen en peligro la vida social, y son precisamente estos delitos de violación, estupro o rapto los constitutivos de un ataque a la «libertad sexual», o sea, la libertad del individuo a disponer sexualmente de su cuerpo.

Y esta normativa penal, introducida en 1822, que va pasando de uno a otro Código sucesivamente, es la que llega al de 1870 (considerado como una ley «de verano», pero que dura hasta 1928, y de hecho, prácticamente, hasta la fecha): esta regulación es la contemplada por el legislador civil y a ella se remite GENERICAMENTE, según ya vimos.

Expuestas estas consideraciones, sólo nos resta añadir que en la base o «infraestructura» de esta normativa penal está la concepción social de ciertas conductas atentatorias de una adecuada «convivencia social». Ello nos está diciendo que la línea de separación entre lo lícito y lo ilícito es muy flexible, y que dependerá en cada época de cómo se considere que un comportamiento sexual atenta o no «contra la adecuada convivencia social». Estamos, en definitiva, ante un concepto o válvula estándar (28), cuyo contenido dependerá de la concepción social imperante en materia de moralidad sexual. Nada tendría, por tanto, de extraño que en el futuro pudiera darse un cambio en el tratamiento de estos ahora considerados «delitos», habida cuenta de los profundos cambios sociales que han convulsionado nuestra sociedad y de las actuales condiciones de situación personal de la mujer, cuya liberación en tantos órdenes—el sexual incluido—va dejando de ser una meta o programa.

Finalmente, digamos que aun suponiendo un profundo cambio social determinante de una transformación de esos actuales delitos (violación, estupro, rapto), por INEXISTENCIA de tales comportamientos como «delitos», siempre habrá un hecho evidente: de haber *prole*, la naturaleza de las cosas impone al autor—coincidiendo la época de la concepción y la realización de los hechos—el reconocimiento de la prole y su mantenimiento.

En definitiva, existan considerados como delitos tales hechos (en la actualidad, y, como tales, penados en el Código penal) o si no se considerasen como delitos (en un hipotético futuro, por no atentar contra la «moralidad sexual» imperante), en el fondo, las consecuencias de tales hechos voluntarios consisten en la imposición de unas obligaciones (ex artículos 1.089 y 1.092 del Código civil). La esencia última o núcleo del artículo 444 residiría, por tanto, en ser una norma de conducta que impone unas consecuencias concretas (unas obligaciones de dar o de hacer) a unos determinados comportamientos.

d) *Los valores justificativos de la norma examinada.*—La interrelación entre valores jurídicos y sociedad ha sido examinada con profundidad y brillantez por la doctrina, de la que mencionaremos, por todos, a RECASENS

(28) Véase, por todos, ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961, págs. 122, 194, 285 y 425; también Díez PICAZO, *Experiencias...*, citada, pág. 266.

SICHES (29) y ELÍAS DÍAZ (30), y la determinación de los juicios de valor imperantes en una sociedad dada ha sido también analizada por DÍEZ PICAZO (31). El problema es doble, como ha dicho con agudeza DÍEZ PICAZO: de un lado convendría saber el PROCEDIMIENTO mediante el cual pueden ser aislados u obtenidos tales juicios de valor, y de otro habría que preguntarse en qué medida las proposiciones en que los juicios de valor se concretan se corresponden en la realidad con una idea social efectivamente imperante con carácter general.

De la segunda parte del problema, en cuanto ensayo de investigación SOCIOLOGICA de la norma comentada, nos hemos ocupado en el apartado c) precedente. De la primera parte del problema intentaremos tratar en este apartado.

En un primer estadio, la legislación justiniana, al ocuparse de los problemas de los hijos «naturales» (únicamente los nacidos de concubina que el padre tuviese en su casa), no incluye entre tales hijos a los habidos de estupro, cuyo delito sanciona con penas graves. Se atiende aquí, a diferencia del caso de concubinato, en el que se declara la condición de «natural» de los hijos habidos del mismo, a una disposición dictada para los aspectos procesales del juicio por estupro. En esta primera fase hay, por tanto, una separación clara de los varios supuestos en que puedan aparecer hijos no legítimos.

En una segunda fase, en plena vigencia de las doctrinas de los canonistas, la Decretal de Alejandro III viene a sentar una nueva regla, cuyo origen parece ser el de un procedimiento ANALOGICO, dada la similitud de los supuestos de hecho normativos, que llevan a juzgar como «naturales» también a los hijos nacidos de «estupro».

En una fase posterior aparece la Decretal de Inocencio III sobre el «rpto», cuyas consecuencias notorias residen en la imposición de la obligación de dotar a la ofendida. El problema aquí es la determinación de cuál de estas Decretales influyó en la otra y cuándo se produjo la equiparación de los supuestos de hecho correspondientes a una y otra. En la práctica de los Tribunales reales, en una época no determinada, aparece la obligación de RECONOCER A LOS HIJOS habidos del «estupro», cuya extensión a los habidos de «rpto» debe haberse hecho en una época más tardía, también en base a la ANALOGIA LEGIS.

— En plena fase codificadora, la cristalización en una sola norma de las disposiciones canónicas y las prácticas forenses, producto quizá de una jurisprudencia de conceptos, no está contrastada con la vigencia en la realidad social de los «juicios de valor» implícitos en la norma: baste repasar las líneas dedicadas por GARCÍA GOYENA a comentar el precepto y el sentido desfavorable al trato de favor otorgado en la norma.

— Parece ya claro, a mediados del siglo XIX, que «cuando la época de la concepción coincide con la de la perpetración de estos delitos», la PRESUNCION está y debe estar contra sus autores, SIN PERJUICIO de que los Tribunales aprecien todas las circunstancias que desvanezcan o atenúen la fuerza de la presunción, de modo que la DECLARACION de la paternidad queda al prudente y justificado arbitrio de aquéllos; de este modo habrá menos facilidad en cometer estos delitos y se impondrá a sus autores la pena más «natural», si puede llamarse así al cumplimiento de los deberes de padre. Como quiera, la declaración de paternidad hecha por el Tribunal surte todos los efectos del RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO de los padres (32). La motivación de la norma, por tanto, radica en la

(29) Véase *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1970, págs. 275 y ss., y mi comentario a dicha obra en esta Revista, núm. 491, julio-agosto 1972, págs. 848 y 852; y su *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1970, págs. 479 y 548.

(30) Véase *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, págs. 209 y ss.

(31) Véase *Experiencias...*, citada, págs. 291 y ss.

(32) Véase así en GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 146 (subrayados nuestros).

eficacia o ineficacia de dicha presunción, ya que si aparentemente es *IURIS ET DE IURE* puede, no obstante, ser desvirtuada por la socorrida excepción *PLURIUM CONCUBENTIUM* (33). En el mismo sentido expuesto se opina por la moderna doctrina, y las legislaciones tienen disposiciones no siempre coincidentes: una de las más avanzadas impone la obligación solidaria de prestar alimentos al hijo a todos los varones que cohabitaron con la madre en ese período determinado.

A finales del siglo XIX, el mismo MANRESA (34) mira con algún recelo la actitud del legislador y cree que el Congreso actuó acertadamente rechazando, previa votación, en 1886, una ponencia del señor PLANAS, que abogaba por el criterio de libertad de investigación de la paternidad: el Congreso —dice— «actuó con buen acuerdo admitiendo la doctrina que ofrece menos inconvenientes».

Parece, a la vista de lo expuesto, que el *sustrato valorativo* de la norma comentada aparece en el siglo pasado como formando parte integrante del contenido de una PRESUNCION (35), o sea, que pertenece al terreno de la PRUEBA, en definitiva, al campo del Derecho procesal. El que se trate de una pura y verdadera «presunción» en sentido técnico, o más bien se trate de una ficción, como sostiene HEDEMANN para estos casos de filiación, resulta menos trascendente que contestar a la cuestión ¿quién DEBE pagar los alimentos? Y la respuesta a ella viene dada no por el hecho de la efectiva procreación por el inculcado, sino por el *hecho* de que el responsable es aquel que ha cohabitado con la madre en la época de la concepción. En este mismo sentido, la doctrina penalista dice que el precepto del artículo 444 no es más que una CONSECUENCIA de lo dispuesto en el artículo 19 del Código penal, a tenor del cual «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente».

Finalmente, durante la vigencia del Código civil y hasta la fecha, la remisión efectuada a la normativa penal implica que la determinación de los supuestos fácticos de cada caso y las valoraciones a considerar se realicen por los Jueces de lo penal con absoluta independencia del principio dispositivo que rige en lo civil, y con aplicación rigurosa del principio de búsqueda de oficio de la verdad «material». Ello determina, a los efectos de analizar la pertinente RESPONSABILIDAD o no de los inculcados, que se tomen en cuenta dos FACTORES fundamentales para proceder a la valoración de las conductas sancionadas penalmente: el *primero*, que en los casos de «estupro» el elemento constitutivo del delito es que el acceso carnal debe ser consecuencia del ENGANO empleado por el culpable, y según una constante jurisprudencia criminal, el ENGANO CARACTERISTICO de este delito está constituido por la PROMESA DE MATRIMONIO reiterada y formal dada en condiciones de credibilidad (sentencias de 21 de noviembre de 1909; 27 de junio de 1911; 27 de junio de 1922; 3 de febrero de 1928; 8 y 20 de mayo y 6 de julio de 1933; 2 de febrero de 1934; 30 de mayo y 18 de junio de 1935; 15 de marzo de 1949; 8 de mayo, 30 de junio y 30 de diciembre de 1950; 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1952), sin perjuicio de que en otras ocasiones también ha considerado que integran el «engaño» las relaciones públicas amorosas consentidas por la familia, y el *segundo* factor a considerar es el derivado de la existencia, para la ofendida en estos delitos, de unos perjuicios MORALES y MATERIALES, los unos por lesionar su honor y dificultar quizá su posterior matrimonio, y los otros porque de quedar embarazada y tener descendencia aparecen las cargas materiales de la manutención y sostenimiento de la prole, y precisamente en atención a estos perjuicios de todo tipo se establece por el artículo 444 la INDEMNIZACION a favor de la perjudicada.

(33) Véase ROYO MARTÍNEZ, *op. cit. et loc. cit.*, en nota 11.

(34) Véase *op. cit. et loc. cit.*, en nota 17.

(35) Véase, por todos, HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, ed. RDP., Madrid, 1931, 1.ª ed., págs. 90 y ss., 182 y ss., 204 y ss., y 252 y ss.

Todas estas consideraciones de las posibles y distintas VALORACIONES dadas en cada tiempo y según los autores a la norma del artículo 444 del Código penal comentada pueden reconducirse a una sola: a la problemática creada por la existencia de seres desvalidos, producto de la generación extramatrimonial, necesitados de ayuda. El principio fundamental aquí debe ser el señalado por DÍEZ PICAZO (36): el «favor de los hijos». Muy bien señala DÍEZ PICAZO que «el defecto de origen no puede tomarse como causa de una diversidad de trato jurídico, y no puede servir de excusa al padre para eximirse de cumplir los deberes que la paternidad impone. Todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado con el fin de procurar el cumplimiento de estos deberes primarios y la realización de la función social que la paternidad y la familia deben desempeñar».

Con la proclamación de este PRINCIPIO, que sienta DÍEZ PICAZO, quedan definidas todas las posibles interpretaciones acerca del caso litigioso examinado y los problemas subyacentes del origen de la norma, sustratos sociológico y valorativo y elementos integrantes de la responsabilidad del inculpado en estos delitos.

4. RECAPITULACION.—Podemos sentar unas consideraciones que sirvan de *recapitulación* de todo lo expuesto en apartados precedentes en los siguientes términos:

1. La sentencia comentada se inserta en el grupo exiguo de las relativas al artículo 135, párrafo final, del Código civil.
2. La sentencia comentada recoge en su considerando tercero, al parecer, el hecho de que el Tribunal penal NO había impuesto el reconocimiento en base a que la edad de la ofendida era superior, aunque por poco, a los veintitrés años.
3. La sentencia penal previa estableció de manera clara que el «noviazgo» había comenzado cuando la mujer tenía poco más de veinte años, y que había un nexo íntimo entre las relaciones amorosas y el alumbramiento.
4. El artículo 135, párrafo final, es una norma de remisión concreta: al artículo 444 del Código penal, cuya remisión parece ser a una norma de contenido indeterminado, cuya incertidumbre radica en la determinación de los supuestos reales de aplicación.
5. La norma a que se remite el Código civil es del tipo de las «heredadas» y proviene, al parecer, del Código penal de 1822, pero cuyo origen real aparece como desconocido e incierto.
6. La norma penal a que el Código civil se remite, inserta en el grupo de los delitos «contra la honestidad», sanciona los atentados contra la moralidad sexual que van en contra de una «adecuada convivencia social»: concepto éste muy flexible o estándar, que impondrá necesarias matizaciones si cambian las concepciones sociales imperantes en la materia.
7. Parece probable que el origen remoto de esta norma radica en una disposición canónica, al parecer de la Edad Media (siglos XII-XIII), con una Decretal de Alejandro III que emplea el procedimiento analógico.
8. La asimilación del caso de *estupro* o los de *violación* y de *rapto* no aparece claramente del espiguelo de las fuentes. Puede ser que tal identificación de supuestos tenga un origen forense y que su fundamento radicase en una consideración de equidad.
9. La esencia última o «núcleo» del artículo 444 consiste en ser una norma de las del tipo «de conducta», que impone unas consecuencias concretas (obligaciones de dar o de hacer) a determinados

(36) Véase «De nuevo sobre la filiación natural (Comentario a Sentencias de 3-12-1960, 4-11-61 y 7-11-61), en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1962, págs. 216 y ss., especialmente pág. 220.

comportamientos que atenten contra la moralidad sexual en una sociedad concreta.

10. El *sustrato valorativo* de tal norma aparece *prima facie* formando parte del contenido de una PRESUNCION, lo que nos lleva al campo de la prueba, o sea, al Derecho procesal: dicha presunción se fija en que lo determinante no es la paternidad, sino el hecho de la COHABITACION con la madre durante la época de la concepción.
 11. Las obligaciones impuestas ex artículo 444 son una mera consecuencia del principio de responsabilidad ex artículo 19 del Código penal y de la pertinente indemnización a la ofendida.
5. RESUMEN FINAL.—Podemos terminar ya el comentario a esta sentencia diciendo:
- 1.º Que la motivación o *ratio decidendi* de la sentencia radica en que el Tribunal penal estableció claramente la FILIACION, que es lo único determinante para el ejercicio de la acción civil.
 - 2.º Que es importante resaltar que el RECURSO ha sido entablado por el Ministerio Fiscal. De extenderse esta buena práctica a otras materias dentro del campo del Derecho sobrarían las reiteradas demandas de un instituto, cual el «Ombudsman» escandinavo, como remedio para todo tipo de errores, cual propugnan ciertos grupos progresistas.
 - 3.º Que la norma del artículo 135, párrafo final, es de remisión concreta, y la norma a la que se remite—artículo 444 del Código penal—es «heredada» de origen incierto, pero de probable ascendencia canónica y cristalización práctica en los usos forenses en base a la equidad.
 - 4.º Que la esencia del artículo 444 radica en ser una norma de conducta que impone unas obligaciones a aquellos comportamientos atentatorios contra la moralidad sexual en una sociedad concreta, a tenor del principio de responsabilidad ex artículo 19 del Código penal.
 - 5.º Que es en esta materia de las relaciones de filiación donde más necesario resulta un estudio en profundidad de los aspectos sociológicos y valorativos en que se interrelacionan sociedad, normas jurídicas e interpretación. Estas líneas precedentes han pretendido solamente llamar la atención sobre la orfandad de nuestros vanidosos saberes científicos y servir de brecha para tales trabajos de futuros estudiosos.
 - 6.º Que dada la flexibilidad del concepto de «moralidad sexual en una adecuada convivencia social» cabe esperar ciertas rectificaciones futuras de las normas comentadas en base a los cambios sociales.
 - 7.º Que en toda esta materia es fundamental el principio *favor filii* proclamado con energía por DÍEZ PICAZO.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO ABIERTO. REQUISITOS FORMALES. ARTICULOS 694, 695 Y 696 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1974).

Basta que el Notario dé fe, al final de la escritura, de haberse cumplido todas las solemnidades consignadas anteriormente en el propio testamento.

El testamento, cuya nulidad se pretende por los actores, apelantes y recurrentes, estaba parcialmente redactado, en lo que interesa a esta sentencia, así:

«Son testigos instrumentales, mayores de edad, aptos para serlo según dicen, que afirman conocer al testador y vecinos de... (el lugar del otorgamiento), don..., don... y don...»

«Leído por mí, el Notario, este testamento en un solo acto y alta voz al testador y a los testigos, advertidos de su derecho a leerlo por sí, lo aprueba el testador como fiel expresión de su voluntad y no firma por manifestar no saber, haciéndolo a su ruego, a la vez que por sí, el primer testigo, que firma con los demás.»

«Yo, el Notario, doy fe de conocer al testador y testigos y de que se guardaron todas las formalidades que el Código civil exige, de todo lo demás consignado en este documento, extendido en este pliego de la clase...»

Los actores pretenden se declare la nulidad formal del testamento en base a que adolece, según ellos, de los siguientes defectos capitales invalidantes:

1) No menciona expresamente que los testigos y el Notario ven y entienden al testador.

2) No da fe específicamente el Notario de que por manifestar el testador no saber firmar lo hace a su ruego, a la vez que por sí, el primer testigo, sino que utiliza la fórmula de la dación de fe genérica, remitiéndose a lo expresado anteriormente en el mismo testamento.

El Juzgado de Primera Instancia de Aracena desestimó totalmente la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo, conforme a la siguiente acertadísima doctrina:

Considerando: que para que un testamento de los regulados por los artículos 694 a 699 del Código civil se entienda dotado de autenticidad y goce de la eficacia que nuestro Ordenamiento jurídico le atribuye, es indispensable que el Notario autorizante garantice fehacientemente en el instrumento que al efecto se extienda, no sólo la verdadera voluntad del testador, sino, además, el conocimiento de éste o el medio de suplirlo, y que se han cumplido cuantas formalidades se expresan en los preceptos indicados, de suerte tal que, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala al interpretar el artículo 687, en relación con el 4.º del mencionado cuerpo legal, la omisión de cualquiera de esas solemnidades le priva de validez, aun en el supuesto de que racionalmente no pudiera dudarse de que su texto literal constituye la fiel expresión de lo manifestado por dicho señor, según se ha hecho constar, entre otras muchas, en las sentencias de 18 de noviembre de 1915, 1 de noviembre de 1927, 4 de junio y 4 de noviembre de 1947, 19 de junio de mil novecientos 1958, 24 de octubre de 1963 y 6 de febrero de 1969.

Considerando: que entre los requisitos legalmente exigidos para que las expresadas disposiciones testamentarias sean válidas, y de cuyo cumplimiento debe dar fe el Notario, figuran: A) Que los testigos instrumentales, que concurren a su otorgamiento, se hallen *en presencia* del testador (artículo 679) y *le vean* (art. 694, párrafo primero) o, como se indicó en la Ley primera, título XVIII, libro X, de la *Novísima Recopilación*, «estén presentes a la vez», tanto para que el acto se celebre con la unidad—*uno contentu actus testaral oportet*—, a que aludía el fragmento 21, número 3, del título I, libro XXVIII, del *Digesto*, y que actualmente impone el párrafo primero del artículo 699 del referido Código, como para que tales señores puedan garantizar la verdadera personalidad del otorgante, evitando de ese modo la posibilidad de suposiciones o suplantaciones, razón por la cual

no pueden ejercer esa función los ciegos (arts. 681, núm. 1, y 1.246, núm. 2), y las monjas de clausura deben descubrir su rostro ante quienes intervengan en los documentos públicos de esta clase en que sean protagonistas (artículo 168, núm. 3, del Reglamento de 2 de junio de 1944), habiéndose, además, declarado en la sentencia de 3 de diciembre de 1904 la nulidad de un testamento por no hallarse simultáneamente reunidas la totalidad de las personas anteriormente relacionadas. B) Que los referidos testigos *entiendan* al testador (art. 694, párrafo primero) y queden enterados de sus manifestaciones (art. 679), para lo cual habrán de oírle y comprender su idioma, quedando excluidos de semejante cometido quienes no se encuentren en esas condiciones (art. 681, núms. 3 y 4), puesto que su misión consiste en atestiguar la coincidencia entre lo expresado por el fedatario y las declaraciones de aquél, que para su confrontación deberán serles leídas en alta voz (art. 695, párrafo segundo). C) Que aun cuando, siguiendo el criterio adoptado por la Ley 11, título V, libro II, del Fuero Juzgo, el testamento pueda ser firmado por persona distinta del testador, es imprescindible para que tal sustitución no se sancione con la nulidad, como expresan las sentencias de esta Sala de 16 de febrero de 1956 y 27 de septiembre de 1968, en armonía con el párrafo segundo del artículo 695 de la ley civil sustantiva, que dicho señor manifieste no poder no saber hacerlo, que ruego a aquél lo haga a su nombre y que ambas circunstancias se hagan constar bajo fe del autorizante.

Considerando que al declarar el Tribunal *a quo*, en el tercer razonamiento jurídico de la sentencia recurrida, que en la cláusula segunda del testamento de 30 de septiembre de 1970 se expresó con claridad la manifestación del testador de no saber firmar, de que a su ruego lo hizo en su nombre el primero de los testigos instrumentales y de que el Notario dio fe «del cumplimiento de formalidades», de conocer a cuantas personas intervinieron en dicho acto y *de todo lo demás consignado*, es evidente que en esta última frase se recogen cuantos requisitos se han enunciado en el considerando precedente, toda vez que en ella se incluye la presencia simultánea de los testigos que concurrieron a la celebración de la disposición testamentaria, su conocimiento del idioma castellano en que la misma fue redactada—puesto que hicieron constar sus circunstancias personales, vecindad y relación con el otorgante—y que uno de ellos firmó, a petición de éste, por su manifestación de no saber hacerlo, con lo que la dación de fe mencionada abarcó a todas y cada una de las exigencias establecidas en los artículos 694, 695 y 699 del Código civil, en la forma que autoriza el 188 del Reglamento, a que antes se ha hecho referencia, no modificado por Decreto de 22 de julio de 1967, que elimina la necesidad de que dicho funcionario dé fe en cada cláusula de las estipulaciones o circunstancias que, según las leyes, precisan de ella, siendo suficiente, a tal fin, con que lo haga al final de la escritura, con relación a todas, conjuntamente, habiéndolo reconocido así, en caso de bastante analogía con el presente, la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 1929 y la resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de enero de 1931, por todo lo cual, y teniendo, además, en cuenta que la realidad del cumplimiento de todas estas solemnidades constituye una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al Juzgador de Instancia (sentencias de 31 de enero de 1930 y 12 de mayo de 1945), se llega a la conclusión de que en la resolución que se impugna no se incurrió en ninguna de las infracciones que, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncian en los cuatro motivos del recurso, que, en su consecuencia, debe ser desestimado.

COMENTARIO.—Me parece sumamente lógica esta sentencia, merecedora de plácemes, que viene a continuar la línea de interpretación espiritualista

marcada por nuestro más alto Tribunal de Justicia. Efectivamente, no cabe desconocer el peligro del excesivo ritualismo, el cual, de ser llevado a sus últimos límites exagerados, acarrearía la consecuencia de que el funcionario autorizante se sintiese más preocupado por la observancia de formalismos exagerados y descuidase el fondo ético del acto o que en algún caso dejase de atender un requerimiento que se le hiciese. Los testamentos conservan, como residuo o lastre histórico, una serie de solemnidades de muy diverso valor. Así, mientras la unidad de acto debe ser observada escrupulosamente y atendida como salvaguardia de que la consignada es efectivamente la voluntad *última*, plasmada en el instante de la autorización del testador, la presencia de los testigos constituye una rémora que dificulta extraordinariamente el otorgamiento de los testamentos. En las grandes capitales, por la dificultad de encontrar quien se preste a ello en un momento dado; en sitios más pequeños, por la dificultad, entre otras, derivada de la residencia, esto es, la exigencia de la vecindad y del conocimiento al testador. Y no digamos en pueblos o lugares marcados con límites imprecisos. Añádase que cuanto más reducido es el número de habitantes, tanto más desea el testador que su voluntad no trascienda, ni siquiera se conozca por sus convecinos, oponiéndose a que éstos lo sean y sintiéndose aliviado cuando el Notario le indica que él traerá a los testigos. Hora es ya de que, atendiendo imperativos actuales, se aborde la modificación del Código civil en lo relativo a las solemnidades para testar, poniéndolas acordes con los tiempos que vivimos.

Por todo ello no son, desde luego, atendibles los motivos del recurrente, el cual, sin embargo, y al parecer, mantiene la opinión de la repetición en la dación de fe de todas y cada una de las circunstancias concurrentes en el otorgamiento. (Sobre este particular pueden verse, entre otros trabajos: BONET, F.: *Naturaleza jurídica y caracteres del testamento* (comentario a la sentencia de 8 de julio de 1940—ponente, profesor CASTÁN—), en «Revista Derecho Privado», diciembre 1940, págs. 331-335; LISERRE, A.: *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, Giuffrè, 1966; JORDANO BAREA, J. B.: *El testamento*, «Revista Derecho Notarial», núms. 37-38, páginas 57-101.)

F. C. L.