

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

DANOS CAUSADOS POR UN MENOR: ARTICULO 1903, PARRAFO 2.º, DEL CODIGO CIVIL. PRESCRIPCION: INTERRUPCION POR MANDATARIO REPRESENTATIVO VERBAL (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1983).

Hechos.—Don Ildefonso C. B. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Elche número dos demanda de mayor cuantía contra don Jesús H. E. sobre reclamación de cantidad, estableciendo, en síntesis, los siguientes hechos: Primero. Que el veinticinco de julio de mil novecientos setenta y seis el hijo de su representado socorrió a los hijos del demandado Santiago y Fernando en un local, bajo el edificio Tahilancia, en Santa Pola, el que se encontraba ardiendo. Segundo. Que el motivo de estar los mencionados hijos dentro del referido local fue el querer ambos poner en marcha un avión-aeromodelismo, los que al no alcanzar la llave de la luz eléctrica, el niño Santiago encendió un mechero de gasolina que llevaba y al acercarse donde estaba el avión se prendió la mezcla de combustibles de éste, y por efecto de la llama dada se prendieron sus ropas como las del hijo de su representado en su intento de socorrerlos cuando quiso apoderarse del avión para arrojarlo a la calle. Tercero. Que se siguieron diligencias previas acordándose el sobreseimiento. Cuarto. Se han originado al hijo de su cliente grave daño corporal y moral, afectándole mucho

el sufrimiento de verse completamente desfigurada la parte más visible de su cuerpo. Quinto. Habiéndose negado el demandado a reparar los daños e indemnizarle de sus perjuicios como padre del autor. Es incomprensible que el demandado se haya negado a pagar los daños, que, como el moral, calculan en la cantidad de un millón y medio de pesetas.

El demandado alegó, en síntesis: la prescripción de la acción; que los hechos no ocurrieron como los relataba la parte demandante; que entraron los dos hijos del demandado y el hijo del actor y no se sabe quién de ellos encendió el mechero. Estima que si tal hecho se originó con la participación de los tres niños, al que más precaución debía exigirse es al mayor de ellos, o sea, al hijo del actor, de quince años. Los demás tenían nueve y cuatro años de edad. El mayor tenía que haber tenido mayor capacidad de reflexión y responsabilidad. Que en el accidente el hijo del demandado también sufrió quemaduras graves; que el accidente ocurrió de manera casual y fortuita, y que la única reclamación que el actor había formulado fue en el acto de conciliación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al demandado al pago de cuatrocientas mil pesetas, sin hacer expresa imposición de costas, sentencia que fue confirmada en apelación por la Audiencia Territorial de Valencia, también sin imposición de costas en la alzada.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Jaime de Castro García, declaró no haber lugar a la casación basado en la siguiente doctrina:

Considerando que al efectuar el relato del suceso en que se basa la pretensión de resarcimiento objeto de controversia, la Sala de instancia afirma de modo categórico que las graves «quemaduras sufridas por el hijo del actor cuando se encontraba con otro del demandado, de nueve años de edad, en el local destinado por su padre (el progenitor del segundo) a guardar trastos y artículos de recreo, entre lo que se encontraba un avión de aeromodelismo, cuya carga de combustible se inflamó al encender un mechero el mencionado niño», tuvieron su causa «en la acción negligente del menor, que sin adoptar las debidas precauciones» provocó la llama «en lugar o circunstancias peligrosas, por lo que se incendió el avión citado, prendiéndose fuego a sus propias ropas y luego en las de su amigo, hijo del actor, sin que el nexo de causalidad entre la acción descuidada y el resultado dañoso, en lo que concierne a éste, pueda entenderse interrumpido porque fuese el mismo perjudicado quien se acercó al artefacto ya incendiado para arrojarlo fuera del local, sufriendo las quemaduras por consecuencia de esta acción, ya que iniciado el fuego por la actividad de una persona, la actuación de otra, dirigida a evitar o disminuir las consecuencias del siniestro aun con riesgo de su integridad corporal, ha de entenderse promovida por el acto culposo inicial y sus efectos quedan comprendidos entre los dimanantes de éste»; descripción fáctica del suceso deescadenante de la situación lesiva, incólume en casación, que lleva a la sentencia recurrida, confirmando la pronunciada en la primera instancia, a subsumir el supuesto debatido en el artículo mil novecientos tres, párrafo segundo, del Código Civil, y, en consecuencia, a condenar al padre del menor a pagar al demandante la cantidad de cuatrocientas mil pesetas.

Considerando que los dos primeros motivos del recurso, íntimamente enlazados, aducen infracción por violación del artículo mil novecientos sesenta y ocho, número segundo, del Código Civil, en relación con el ar-

título mil novecientos dos y párrafo segundo de mil novecientos tres, e interpretación errónea del artículo mil novecientos setenta y tres en relación con la norma inicialmente citada, alegaciones que ampara en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal argumentando, en síntesis, que la acción entablada se hallaba prescrita al tiempo de formulación de la demanda por no haber sido interpuesta ésta dentro de los dos meses siguientes a la celebración del acto conciliatorio, tal como exige el artículo cuatrocientos setenta y nueve de la Ley Rituaria para conferirle efecto interruptivo de la prescripción, tampoco logrado por las reclamaciones extrajudiciales, consistentes en conversaciones de los Letrados de las partes para alcanzar una solución pacífica al conflicto; impugnación que no puede prosperar por las siguientes razones: Primera. Según aparece de las diligencias previas número quinientos sesenta y siete de mil novecientos setenta y seis, tramitadas por el Juzgado de Instrucción número uno de Elche, el sobreseimiento y archivo de las actuaciones fueron acordados sin haberse obtenido la sanidad del lesionado y el alta definitiva, y en el proceso actual obran antecedentes demostrativos (folios cuarenta a cincuenta y uno) de que el hijo del actor seguía recibiendo asistencia médica el doce de septiembre de mil novecientos setenta y siete e incluso hubo de practicársele un injerto «que ocupa toda la cara anterior del cuello» (dictamen facultativo recabado para mejor proveer), por lo que es manifiesto que el alta y la sanidad —muy posteriores a la terminación del proceso penal— no consta que hayan tenido lugar con la antelación de más de un año a la fecha de presentación del escrito instaurador del juicio —seis de octubre de mil novecientos setenta y ocho—, debiendo ser recordada la doctrina jurisprudencial respecto a que el cómputo del plazo de prescripción de las acciones para exigir el correspondiente resarcimiento por culpa aquiliana ha de contarse, cuando de lesiones se trata, tomando como *dies a quo* el momento en que se conozcan de modo cierto los quebrantos ocasionados por aquéllas a los fines de lograr la pertinente indemnización, que habrá de ser referido a la fecha en que el lesionado obtenga el alta médica definitiva (Sentencias de diecinueve de abril de mil novecientos setenta y dos, dieciséis de junio de mil novecientos setenta y cinco y diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y uno). Segunda. La sentencia recurrida no desconoce las repetidas resoluciones jurisprudenciales —con la que, ciertamente, están en desacuerdo autorizadas voces de la doctrina científica— sobre la aplicación del artículo cuatrocientos setenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la prescripción extintiva y por lo tanto a la de las acciones derivadas de culpa extracontractual, ni atribuye significado interruptivo al acto de conciliación de seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, sino que afirma categóricamente la existencia de conversación mantenida a la búsqueda de un acuerdo entre las partes en la misma fecha del acto mencionado, así como «contactos telefónicos entre los Letrados de ambos litigantes que tuvieron lugar con posterioridad» animados de igual designio, conductas que valora como actos interruptivos por ejercicio extrajudicial del derecho. Tercera. Una petición de esta índole, en cuanto acto volitivo de reclamación a la persona obligada, según palabras de la Sentencia de seis de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho, existirá siempre que el titular del derecho muestre inequívocamente al sujeto pasivo su decisión de obtener el pago, sin que sea menester la personal intervención de los interesados,

pues también en esta materia operan las reglas del mandato representativo, con plena eficacia aunque sea verbal, según han declarado las Sentencias de dieciocho de enero de mil novecientos setenta y ocho, veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y nueve y diez de octubre de mil novecientos setenta y dos, y no cabe poner en duda la trascendencia que revisten como reclamación del titular frente al obligado las repetidas gestiones del Letrado del actor, que obra siguiendo las instrucciones de su cliente y en beneficio de éste, cerca del que llevaba la dirección técnica del demandado, buscando una composición amistosa en la cifra del pretendido resarcimiento.

Considerando que el motivo tercero del recurso, basado igualmente en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, denuncia aplicación indebida del párrafo segundo del artículo mil novecientos tres del Código Civil, en relación con el artículo mil novecientos dos del mismo Código, que se entiende cometida, ya que aisladamente ponderada, «la conducta del niño de nueve años que enciende un mechero no se la puede considerar como culposa, porque dada la corta edad del autor y la natural ignorancia del peligro de que pudiera representar tal acto, falta el elemento de la culpa»; tesis inaceptable, pues como ya señaló esta Sala en Sentencia de diecisiete de junio de mil novecientos ochenta, la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos *in potestate*, a tenor del citado precepto, se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la obligada diligencia *in custodiando o in vigilando* que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, según lo dispuesto en el último párrafo del precepto, ha sido entendida en tonos de una marcada severidad, exigiendo «una rigurosa prueba de la diligencia empleada» atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto (Sentencias de veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, veinticinco de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, tres de octubre de mil novecientos sesenta y uno, once de marzo de mil novecientos setenta y uno, diez de mayo de mil novecientos setenta y dos y catorce de abril de mil novecientos setenta y siete), lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o autor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y por lo tanto de su grado de discernimiento, y tampoco puede construirse una hipótesis de concurrencia culposa por la circunstancia de que el otro menor «permitiese» al hijo del recurrente encender el mechero, según el motivo sostiene, pues además de que se está ante un caso que cae en la órbita del artículo mil novecientos tres y no en la del mil novecientos dos, no hay dato alguno en la sentencia combatida que permita deducir que el hijo del recurrido autorizase con sus palabras o actitud a su compañero de juegos, y menos le estimulase, para accionar el encen-

dedor, cuestión, por otra parte, que en los términos en que ha sido planteada en el recurso aparece como nueva en la casación, contraviniendo lo ordenado en el artículo mil setecientos veintinueve, número quinto, de la Ley Titularia.

NOTA.—Recoge esta sentencia la doctrina de nuestro Derecho positivo, lo mismo en lo referente a la responsabilidad del padre por perjuicios causados por hijos menores que vivan en su compañía que en lo que respecta a la interrupción de la prescripción por mandatario verbal. Jaime SANTOS BRIZ, en *La responsabilidad civil* (Ed. Montecorvo, S. A., 1977, página 367), escribe: «Por lo demás, tratándose de menores, el precepto citado del artículo 1.903 exige que convivan con su padre o tutor, sin que sea suficiente para exculpar a éstos la alegación de que el menor estaba solo porque su padre tenía que trabajar para atender al sustento de la familia, porque como dice la Sentencia de la Sala Primera de 29 de diciembre de 1962, esto ocurre actualmente a casi todos los padres, y si se estimase esta tesis se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por menores de edad. La misma sentencia considera, a efectos del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como jurisdicción penal especial a la de los Tribunales de Menores en cuanto a la prevalencia de ésta sobre la civil». Y en la página 844 cita las Sentencias de 22 de diciembre de 1950, 31 de marzo de 1951, 15 de diciembre de 1955 y 18 de enero de 1968 como sustentadoras de la doctrina comprensiva de que interrumpe la prescripción el escrito dirigido al mandatario verbal del perjudicado o la reclamación extrajudicial también de un mandatario verbal del dañado.

V. SUCESIONES

FIDEICOMISO DE RESIDUO. NO ES PROCEDENTE LA APLICACION DEL ARTICULO 801 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1983).

Hechos.—Como resume el primer considerando de la sentencia, el único tema debatido en el pleito, que es también al que únicamente se contrae el recurso, es el relativo a la interpretación de un testamento abierto otorgado el 21 de mayo de 1971 por la que fue esposa del actual recurrido (fallecida el 19 de julio de 1971), de cuyo matrimonio no hubo descendencia, diciéndose en la cláusula tercera que «reconoce y confirma a favor de sus padres la porción legitimaria que por ley les corresponda», y añadiéndose en el referido testamento, cláusula cuarta, que «instituye heredero universal a su querido esposo Antonio, el cual podrá *disponer libremente* de los bienes por actos intervivos en el caso de haber *agotado por necesidad los privativos del mismo*, siendo *sustituido* en cuanto al *patrimonio de que no hubiera dispuesto* con arreglo a la norma anterior por los sobrinos carnales de la testadora, don Emilio y doña Iluminada, los cuales, a su vez, serán sustituidos, en caso de premoriencia, por sus descendientes legítimos». Los demandantes interpretaron esta última en el sentido de que comprendía dos puntos, de los que en realidad uno es determinante del otro: en primer lugar sostienen que se trata de una situación vulgar, de las del artículo 774 del Código, pues se instituye un segundo heredero para el

caso de que el primero no llegue a serlo, lo que como tal implica una institución condicional de naturaleza suspensiva, pues depende de un hecho futuro e incierto cual es el de que el primer instituido no pueda o no quiera aceptar; y en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, que debe determinarse la entidad, clase y naturaleza o carácter de los bienes relictos al fallecimiento de la testadora, así como los correspondientes a la misma de carácter privativo y su cuota de participación en los de naturaleza ganancial, y que se establezca sobre todos ellos una administración en la forma determinada en el artículo 801 del Código Civil.

Los actores demandaron al viudo de la testadora con la pretensión de que prevaleciera dicha interpretación. El demandado se opuso y suplicó la absolución y declaración de que la disposición testamentaria recoge una sustitución fideicomisaria de residuo. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria y declaró el carácter de sustitución fideicomisaria de residuo de la cláusula cuarta referida, sin expresa condena en costas, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don Beltrán de Heredia y Castaño, declaró no haber lugar al recurso de casación fundamentado en lo siguiente:

No puede decirse que exista una sustitución vulgar porque ésta, según el artículo setecientos setenta y cuatro, requiere la facultad de sustituir al heredero instituido para el caso de premoriencia o cuando no quiera o no pueda aceptar la herencia, mientras que en el caso que se examina existe una institución de heredero universal con unos sustitutos, no «en lugar de», sino «después de», encajable con sus propias características en el mecanismo de la sustitución fideicomisaria, en la que el fiduciario (heredero) no tiene obligación de conservar, puesto que está expresamente autorizado para *disponer libremente* de los bienes por acto intervivos en el caso de haber agotado por necesidad los suyos privativos, por lo que los fideicomisarios (sustitutos) no tienen derecho a la totalidad de la herencia, sino solamente a aquello que quede, de quedar algo, si se hace uso de la facultad de disposición concedida por la testadora. Es decir, se trata de una sustitución fideicomisaria o *fideicomiso de residuo*, supuesto que permite el artículo setecientos ochenta y tres en su párrafo segundo, donde, después de establecer que «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras», añade, «*salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*», que es lo que aquí sucedió, con la modalidad de «fideicomiso de si queda» o de «si aliquid supererit», a la manera contemplada en la Sentencia de veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, ajeno a la institución condicional en sentido estricto del artículo setecientos noventa, que, consiguientemente, no tenía por qué aplicarse, en contra de lo que sostiene el motivo que se examina, pues los llamamientos de los sustitutos son *ciertos* desde la muerte del testador, ya que a nada están condicionados como «tales, ni siquiera a su personal existencia, desde el momento en que tienen designados sus propios sustitutos; y lo único *incierto* es la cuantía de lo que han de heredar si es que queda algo (a diferencia de lo que sucede en el fideicomiso «de eo quod supererit», que sólo podrá saberse en el momento del fallecimiento del fiduciario único, que es justo lo que indujo a la jurisprudencia a declarar que hasta entonces los fideicomisarios tienen una simple *expec-*

tativa a adquirir el concepto de heredero, que se perfecciona cuando dicho fallecimiento tiene lugar (Sentencias de diez de julio de mil novecientos cuarenta y siete, trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, diez de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, siete de enero de mil novecientos cincuenta y nueve y veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y dos, entre otras); razones todas por las que este motivo tiene que desestimarse.

Considerando que al segundo de los puntos al principio enunciados se dedica el asimismo segundo motivo, en el que por la vía del número tres del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento se alega violación por no aplicación del trescientos cincuenta y nueve de la misma por entender que la sentencia recurrida no contiene declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, olvidando la constante y uniforme doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que no puede tacharse de incongruente a la sentencia absolutoria como es la que ahora se impugna, pues la de primer grado —que la recurrida se limita a confirmar— desestima íntegramente la demanda y absuelve al demandado «de las pretensiones deducidas contra el mismo», entre las que, por supuesto, se encuentra la que menciona el recurso relativa a que «se determine la entidad, clase y naturaleza o carácter de los bienes relictos al fallecimiento de la testadora, así como los correspondientes a la misma con carácter privativo y su cuota/ de participación en los de naturaleza ganancial», petición que se transcribe incompleta, pues se silencia lo que allí sigue que es, «...y que establezca sobre todos ellos una administración en la forma determinada en la ley», que es la contenida en el artículo ochocientos uno del Código Civil, según precisa el punto segundo de los fundamentos de derecho de la misma demanda, cuya desestimación en concreto, en contra de lo que dice el recurrente, aparece razonada en las sentencias de instancia, pues en el considerando cuarto de la del Juzgado se declara que «no puede acordarse medida alguna asegurativa e interventora en cuanto a los bienes relictos, ya que su único titular es el demandado, único heredero en la actualidad»; y a su vez en el considerado tercero, de los de la Audiencia, se afirma que «al no tratarse de una institución sujeta a condición suspensiva no pueden decretarse las medidas cautelares pedidas por la parte actora, al amparo del artículo ochocientos uno del Código Civil»; razones, las expuestas, que justifican la desestimación del motivo, que supone la del recurso en su totalidad, con los preceptivos pronunciamientos del artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a las costas acusadas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

B. M. B.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—PARA EVITAR EL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO SE HAN DE CONSIGNAR SIMULTANEAMENTE LAS RENTAS DEBIDAS, SUS INTERESES LEGALES Y LAS COSTAS, SIN QUE QUEPA SEPARACION EN EL TIEMPO ENTRE UNAS Y OTRAS (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1981).

La propietaria reclama el desahucio por falta de pago de la finca arrendada al subarrendatario que se convirtió en arrendatario y que no ha pagado las rentas de 1975 a 1978 ante el Juzgado número 1 de Tarragona, que lo admitió, siendo confirmada la sentencia por la Audiencia de Barcelona.

El recurso de revisión es estimado. La sentencia de instancia dio un fallo condicional, declarando haber lugar al desahucio y desalojo de la finca por el arrendatario, a no ser que en término de ocho días, a contar desde la notificación de la sentencia, consignase el arrendatario los intereses legales de la cantidad reclamada, así como el importe de las costas del procedimiento, en cuyo caso se estimaría enervado el desahucio. El artículo 29 del Reglamento de 1959 dice que cuando el desahucio se funde en falta de pago el colono puede evitarlo, consignando dentro de los ocho días, junto con las rentas, los intereses de demora y el importe de las costas hasta el momento de la consignación, por lo que se excluye toda separación en el tiempo en cuanto a la consignación de las partidas correspondientes a la renta, intereses y costas, los cuales han de consignarse antes de la citación, a juicio del arrendatario, si se quiere evitar el desahucio, sin que quepa otra posibilidad interpretativa, de acuerdo con el artículo 3.º del Código, en atención a los términos claros de la misma e incluso a su finalidad, que es la de exigir al arrendatario el cumplimiento completo de su obligación, en la que los intereses y costas son accesorios pero legalmente exigibles, evitándose la prosecución del juicio. La Sala de instancia aplica el artículo 54 del Reglamento, que se refiere a la cuantía de la renta, y por ello únicamente se exige su consignación y no la de intereses y costas. En consecuencia, se anula el fallo anterior y, cumpliéndose los supuestos en los que la actora funda su acción, procede dictar nuevo fallo en obediencia a lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento, en relación con los artículos 1.589 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarando el desahucio incondicional del arrendatario.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—SI SE PACTA QUE EL ARRENDATARIO PAGUE LOS IMPUESTOS QUE GRAVEN LA EXPLOTACION, SU PAGO SE HA DE HACER AL MISMO TIEMPO QUE EL DE LA RENTA (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1981).

En el contrato de 1974 se pactó que los arrendatarios satisfacerían los impuestos que graven la explotación de las fincas sin que los hubiesen abonado, por lo que, resultando infructuosos los requerimientos amistosos, se formuló demanda en reclamación del pago de los impuestos y de

la Seguridad Social Agraria ante el Juzgado número 4 de Sevilla, que la aceptó, confirmando la Audiencia parcialmente la anterior sentencia.

No tiene éxito la revisión. No es necesaria la notificación de la cantidad a pagar porque ello es necesario cuando se trate de incrementos de renta cuya repercusión autorizan las disposiciones legales, pero no cuando se esté en presencia de expresa estipulación contractual por la que los arrendatarios se obligaron a pagar los impuestos que graven la explotación, cuyo pago se habría de hacer simultáneamente con la renta y en el domicilio de los arrendadores con la única exigencia de justificación por parte de aquéllos de haber hecho el abono reclamado, ya que en estos pagos rige el principio de autonomía de la voluntad. Tampoco puede alegarse prescripción, ya que no tratándose de prestaciones que deban hacerse por años u otros plazos más breves, sino de cantidades que han de ser reintegradas por completo, se trata de una acción personal sometida al artículo 1.964 del Código Civil, es decir, un plazo de quince años, que ha sido debidamente aplicado por el Tribunal. Aunque el Reglamento reconoce como obligación del arrendador la de satisfacer los gravámenes, contribuciones e impuestos que recaigan sobre la propiedad de la finca, se refiere al caso en que no haya pacto especial que los imponga al arrendatario, como ocurre en este caso concreto, en el que no es aplicable aquel precepto.

DESAHUCIO.—EL EJERCICIO DE LA ACCION DE RETRACTO POR EL ARRENDATARIO NO JUSTIFICA LA PROLONGACION DE SU POSESION, NO OBSTANTE EL COMPROMISO DE DESALOJAR LA FINCA, YA QUE PARA EL EJERCICIO DE AQUEL DERECHO BASTA QUE EL ARRENDATARIO LO FUESE EN EL MOMENTO DE EFECTUARSE LA TRANSMISION DE LA FINCA ARRENDADA (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1981).

En 1977 se compró una finca en la que se aseguró sólo existía un precarista. Este, alegando ser arrendatario, entabló juicio de retracto al tener conocimiento de la venta, sin que hubiera recaído sentencia en él cuando se inició el de desahucio ante el Juzgado de Distrito de Tarazona, que fue adverso para el propietario, por entender el Juez que había un precio pagado en los años anteriores, de lo que se deducía que no existía precario. Entonces se entabla el desahucio arrendaticio ante el Juzgado de 1.ª Instancia de la misma población, con base en el documento privado de 31 de marzo de 1977, el cuál estimó la excepción de litis pendencia opuesto por el demandado, sin entrar a conocer el fondo de la misma. La apelación es admitida y se declara el lanzamiento del arrendatario.

El recurso de revisión es desestimado. En el documento de 1977 se asumió la obligación de desalojar la finca el 20 de diciembre de este año, pero esta obligación no significa que a partir del 31 de marzo de 1977 el demandado dejare de ser arrendatario y, por tanto, no lo fuera en 11 de junio de 1977, al otorgarse la escritura de venta, no siendo admitido tampoco que lo referente a la fecha de desalojo de la finca fuera firmado por el demandado cuando tal mención no se encontraba consignada. No puede admitirse la excepción de la litis pendencia, ya que si el derecho de retracto es de naturaleza real, no cabe identificarlo con el derecho de dominio, ya que éste recae directa e inmediatamente sobre la cosa y sus productos

y aquél es de los llamados derechos reales de adquisición y no alcanza plenos efectos hasta que por sentencia firme no se opere la modificación jurídica, como se ve en el artículo 1.521 del Código Civil. No existe perfecta identidad entre el juicio de retracto y las que se actúan en el presente litigio, ya que, en tanto no recaiga sentencia en el juicio de retracto, puede el actual propietario pedir el cumplimiento del compromiso de desalojar la finca en 20 de diciembre de 1977, así como que le indemnicen por los perjuicios que su incumplimiento significa, y ello aun admitiendo su cualidad de arrendatario en la fecha en que se operó la transmisión por los anteriores propietarios, no existiendo el riesgo de que recaigan resoluciones contradictorias en relación a temas en que la relación o causa de pedir son distintos, como distintas son las consecuencias. Cabe la renuncia del arrendatario a su derecho a una duración mínima, ya que lo que prohíbe la ley es la renuncia anticipada de tal derecho. El ejercicio por el demandado de la acción de retracto no justifica la prolongación de la posesión arrendaticia, no obstante el compromiso de desalojo de la finca, ya que la prosperabilidad de la acción de retracto no la condiciona el hecho de que en la fecha de su ejercicio no ostente la cualidad de arrendatario, sino la circunstancia de que lo fuera en el momento en que se operó la transmisión.

RETRACTO.—LOS DOCUMENTOS APORTADOS NO PRUEBAN NADA CONTRA LA ESCRITURA DE VENTA Y LA NOTIFICACION POSTERIOR A LA PRESENTACION DE LA DEMANDA DE CONCILIACION POR EL RECURRENTE PARA PEDIR EL RETRACTO (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1981).

El arrendatario, enterado por el edicto publicado en el Ayuntamiento de que habían sido vendidas las fincas arrendadas, ejercita la acción de retracto ante el Juzgado de Betanzos, que dio razón al demandante, pero la Audiencia de La Coruña revocó la anterior resolución.

El recurso de revisión se funda en el error de hecho, consistente en no admitir documentos como el recibo del pago de la renta de 1975 y el documento de notificación de las ventas al colono, y por el error de derecho, consistente en no dar a estos documentos el valor que les corresponde, pero se rechaza por el Tribunal Supremo, ya que los dos documentos que se alegan han sido examinados y ponderados por la Sala de instancia y compulsados con el resto de la prueba practicada, no habiéndoles dado valor por la concurrencia de otras circunstancias, como son las escrituras de venta y la notificación hecha más de un mes posterior a la presentación de la demanda de conciliación por parte del recurrente, procediendo estimar más justa la apreciación de la Sala que la particular del recurrente.

RETRACTO.—NO SE ADMITE YA QUE NO EXISTE VERDADERO ARRENDAMIENTO NI LA FINCA TIENE CARACTER RUSTICO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1981).

El poseedor de la finca vendida, que es citado de conciliación para su desalojo, alega que es arrendatario de la finca desde veinte años atrás, por lo que entabla el retracto ante el Juzgado número 1 de Murcia, excluyendo de la acción una casa sita dentro de la finca. Tanto el Juzgado como la Audiencia de Albacete rechazan la demanda, negando el carácter de arrendatario del retrayente.

Tampoco triunfa el recurso de revisión. Tanto en este litigio como en otro anterior de desahucio se ha sentado la inexistencia del arrendamiento en que el recurrente insiste. También ha quedado claro en los informes periciales que el inmueble en cuestión tiene por su situación y circunstancias un valor en venta superior en más de veinte veces el que correspondería a tierras de cultivo, lo que, unido a la situación de la parcela en las inmediaciones de San Javier, obliga a concluir la corrección de las sentencias anteriores. Desestimada la existencia de arrendamiento y la naturaleza rústica de la finca vendida, no se puede admitir la existencia del retracto pretendido.

DESAHUCIO.—LA FALTA DE PODER DEL HIJO DEL ARRENDADOR QUE HIZO EL REQUERIMIENTO NOTARIAL ES CUESTION NUEVA NO ALEGADA EN LAS INSTANCIAS (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1981).

Ante el Juzgado número 2 de Jerez de la Frontera se presenta demanda de desahucio por no haber entregado el arrendatario la finca al término del contrato, no habiendo pagado las rentas de los dos últimos años. Tanto el Juzgado como la Audiencia dieron la razón al actor.

No prospera la revisión. El único motivo se funda en la inaplicación del artículo 9.º del Reglamento de 1959 sobre duración del arrendamiento, diciendo el recurrente que existía prórroga contractual por no haber previo requerimiento al arrendatario, deduciéndolo de la falta de poder del hijo del arrendador que formuló el requerimiento notarial, pero esto es una cuestión nueva, de la que no se hizo mención en las instancias anteriores, lo que determina la inadmisión del recurso.

DESAHUCIO.—SIENDO PERFECTO EL REQUERIMIENTO HECHO POR LOS PROPIETARIOS DENTRO DE PLAZO, TIENE QUE SURTIR EFECTO CONFORME AL REGLAMENTO DE 1959 PARA EL DESAHUCIO DE LOS ARRENDATARIOS (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1982).

Ante el Juzgado número 1 de Cáceres se presenta demanda de desahucio de unos arrendatarios que, pasado el plazo de seis años, no abandonan las fincas, a pesar del requerimiento notarial en el que los dueños se comprometían al cultivo directo de las mismas por un plazo no inferior a los seis años. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda.

El Tribunal Supremo mantiene la misma tesis. Los nuevos propietarios

comunicaron a los arrendatarios su título de dominio y ello era suficiente para la validez del requerimiento efectuado. El cobro de las rentas por el anterior propietario sólo significaba una gestión de cobro. Perfecto el requerimiento y hecho dentro de plazo, tiene que surtir los efectos pertinentes del artículo 11, números 1.º y 3.º, del Reglamento de 1959. Válido este requerimiento, es inoperante el realizado por los arrendatarios a los propietarios para la prórroga del contrato. En el requerimiento de los actores efectuado en los actos de conciliación, no se concedía una prórroga, sino que diferían la toma de posesión al año siguiente, estimando, con error, que a ello les obligaba una disposición legal.

RESOLUCION.—EL INFORME DE UN PERITO HECHO ANTES DEL PLEITO TIENE EL CARACTER DE PRUEBA DOCUMENTAL Y NO PERICIAL, PERO SURTE TODOS SUS EFECTOS COMO TAL DOCUMENTO (SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1982).

Se dio en arrendamiento una finca por un año, y pasado éste, el arrendatario comunicó la decisión de dar por resuelto el arrendamiento, dejando incultivada la finca, por lo que se demanda la indemnización de daños y perjuicios ante el Juzgado de Lucena, así como que se declare resuelto el contrato. El Juzgado estimó la demanda parcialmente, declarando resuelto el contrato por acuerdo de las partes y no haber lugar a la indemnización solicitada por el actor y sí, en cambio, al abono de daños causados en la finca, lo que confirmó la Audiencia.

No ha lugar al recurso de revisión. Se dice que los daños causados se basan en el informe emitido por un perito agrícola extrajudicialmente, por lo que no reviste el carácter de prueba pericial, pero si, efectivamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que los peritos han de nombrarse por acuerdo o por la suerte, pudiendo ambas partes concurrir al acto del reconocimiento pericial y hacer las observaciones oportunas para esclarecer los hechos, nada de ello es viable si la intervención del perito es anterior al juicio y se refleja en un documento que es ratificado luego a presencia judicial, razones por las cuales no se puede reconocer tal carácter, sino el de prueba documental al certificado circunstanciado.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE POR DAÑOS DOLOSOS CAUSADOS AL PROPIETARIO, SIN QUE QUEPA REVISAR LA SENTENCIA QUE ASI LO DECLARA, POR LOS REQUERIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA QUE REPARE LOS DESAGÜES CUYA OBSTRUCCION HABIA PROVOCADO EL DEMANDADO (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1981).

Ante el Juzgado número 4 de Madrid se presenta demanda de resolución del arrendamiento por obras in consentidas y daños maliciosos —obstrucción en los desagües— efectuados en el local de negocio arrendado.

El Juzgado desestima la demanda diciendo que no ha podido probarse la intervención del demandado en la obstrucción de los desagües. La Sala de lo Civil de la Audiencia estimó que el taponamiento de los desagües había sido voluntario, en perjuicio del arrendador, por lo que lo declara incurso en la causa 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Siendo firme la sentencia y no procediendo la casación dada la cuantía de la renta, se interpuso recurso extraordinario de revisión con base en que después de dictada la resolución de la Audiencia, el Ayuntamiento de Madrid requirió con fecha 20 de julio de 1979 al propietario para que reparase la red de desagüe del inmueble, y en 21 de agosto la misma Corporación comunicó la imposición de una multa por no haber realizado las obras ordenadas. La sentencia condenó al demandado a desalojar el local por haber causado daños dolosos en el mismo, habiéndose probado que el recurrente tuvo conocimiento de la denuncia presentada por la Comunidad de Propietarios de la finca colindante con anterioridad a la sentencia que se trata de revisar, estando probada la reiterada negativa del recurrente a dar acceso al local para reparar las tuberías averiadas por su actuación dolosa, así como que una vez lanzado del local han cesado las humedades. Los propuestos documentos recobrados después de la sentencia firme no tienen el carácter de tales, pues la resolución recaída en un expediente administrativo iniciado con anterioridad a ser dictada la sentencia que se impugna, no puede calificarse de documento recobrado en el sentido del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni puede hablarse de fuerza mayor que impida conocer este documento, la resolución de un expediente administrativo cuando éste conocía los hechos originadores del expediente. Este expediente en nada desvirtúa los fundamentos de la sentencia impugnada para decretar el desahucio por daños dolosos en la finca, por lo que no son documentos decisorios a los efectos del citado precepto, sin que tampoco exista maquinación fraudulenta, que ha de referirse a hechos ocurridos fuera del pleito y no a pruebas en él practicadas.

RESOLUCION DE CONTRATO.—EL ARRENDAMIENTO ES DE INDUSTRIA, EXCLUIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. LA PRORROGA TACITA ES POR EL PLAZO SEÑALADO EN EL ARTICULO 1.581 DEL CODIGO CIVIL Y NO POR EL FIJADO COMO DURACION DEL MISMO EN EL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1981).

Se promueve ante el Juzgado de Azpeitia demanda de resolución del arrendamiento, conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos, por obras que modificaban la configuración de la finca arrendada, desestimando en su integridad la demanda por inadecuación del procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto; pero la Audiencia la revocó en parte, absolviendo al demandado y declarando que el contrato es de arrendamiento de industria, constituyendo la pluralidad de objetos o bienes que lo integran una unidad contractual. Después se entabla demanda de resolución por expiración del plazo ante el mismo Juzgado, que desestimó la nueva demanda; pero la Audiencia de Pamplona la revocó, condenando al demandado a dejar libre la bodega, planta baja, patio, sidrería y piso primero de la

casa que ocupaba, es decir, todo lo que constituye el objeto del arrendamiento.

El recurso de casación no prospera. La afirmación de la Sala de que el contrato es un arrendamiento de industria no se basa en la literalidad de los términos del mismo, sino que lo hace con fundamento en un conjunto de elementos de prueba, pues el objeto arrendado es un conjunto de elementos coordinados y unidos para desarrollar inmediatamente la industria de bar-sidrería, como lo denota la preexistencia del negocio arrendado, la entrega de elementos suficientes para su desenvolvimiento, su explotación anterior por el propietario cedente y la vida propia de la unidad patrimonial. Hay que tener en cuenta que esta calificación de arrendamiento de industria ya fue hecha por el Juez de instancia en el primer pleito y fue básica para rechazar la demanda por inadecuación de procedimiento, y que el recurrente se aquietó ante esta resolución siéndole perjudicial la calificación que excluía el contrato de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si esta sentencia no produce excepción de cosa juzgada dada la distinta causa de pedir, sí que la produce por lo que a la calificación contractual se refiere. La circunstancia de haberse subrogado el demandado en los derechos arrendaticios que a su padre, como titular, correspondían, no es suficiente a calificar por este simple hecho cuál sea la naturaleza del arrendamiento, ya que el hecho de que la Ley de Arrendamientos Urbanos establezca este derecho de subrogación con carácter obligatorio para el arrendador, no impide que en los arrendamientos excluidos de aquélla puedan aceptarlo y convenirlo voluntariamente los interesados. La prórroga tácita del contrato ha de entenderse por el plazo señalado en el artículo 1.581 del Código y no por el de nueve años que señala el recurrente, según unánime y reiterada jurisprudencia, que determina que esta prórroga sea por esos plazos y no por el estipulado en el contrato originario de la conducción, ya que el contrato que renace sólo varía con relación al primitivo respecto al tiempo, que lo es el del citado artículo 1.581.

DECLARACIONES.—SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y COMO TAL EXCLUIDO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, POR LO QUE NO ES ADECUADO EL PROCEDIMIENTO EMPLEADO (SENTENCIA DE 11 DE ENERO DE 1982).

El arrendador de la planta baja de un edificio, dedicada a sala de fiestas y cafetería, pidió el corte de energía eléctrica, cuyo suministro era común para el arrendatario y para el dueño. El arrendatario pidió, en demanda dirigida al Juzgado de Mieres, que el propietario ejecute las obras necesarias para instalar los servicios de energía eléctrica de los locales arrendados, y si no realizase tales obras, puedan ser efectuadas por el arrendatario con derecho a repercutir el importe de las mismas al arrendador. El Juzgado estimó la demanda íntegramente, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior, declarando inadecuado el procedimiento seguido.

No triunfa el recurso de casación. Para determinar la naturaleza del contrato hay que conjugar el examen del documento con el de las restantes pruebas, estimando la Sala que el contrato es un arrendamiento de industria y, por tanto, inadecuado el procedimiento escogido por los re-

currentes para ejercitar su acción. El apartado 2.º del artículo 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que considera la locación como de local de negocio, no es de aplicación cuando el arrendamiento lo fuere de industria, y la sentencia impugnada sienta que se trata de un arrendamiento de industria, sin que esta afirmación haya sido impugnada por la vía procedente, habiendo de permanecer incólume, por consiguiente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PROCEDE LA SUBROGACION HECHA POR EL ESTADO, AL AMPARO DE LA LEY DE REFORMA POLITICA DE 1977, SIN AUTORIZACION EXPRESA DEL ARRENDADOR. TAMPOCO PROCEDE LA INDEMNIZACION PEDIDA POR EL PROPIETARIO POR FALTA DE RECLAMACION PREVIA EN VIA GUBERNATIVA (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1982).

Se incoa demanda ante el Juzgado número 1 de Valladolid pidiendo la declaración de que el Ministerio de Cultura y el Instituto de la Juventud no son arrendatarios de los pisos que ocupan en una casa arrendada en 1940 a la Jefatura Provincial de FET y de las JONS, condenando a entregarlos a la actora con el abono de los daños y perjuicios. El Juzgado desestimó la excepción propuesta por el Abogado del Estado de falta de reclamación previa en vía gubernativa y también la demanda, absolviendo al Estado español y al Instituto de la Juventud de las pretensiones contra ellos formuladas. La Audiencia declara extinguido el arrendamiento, absolviendo a los demandados del resto de las peticiones.

El recurso de casación del Abogado del Estado no prosperó. Al extinguirse el Movimiento Nacional por la Ley de Reforma Política de 1977, la Administración del Estado pasó a ocupar estos departamentos sin que para ello constase el consentimiento de la demandante, titular dominical del inmueble, por lo que la Sala estimó que ni el Estado ni el Instituto de la Juventud eran arrendatarios, sin acoger la reclamación del abono de las rentas que se hubieran podido producir desde el 8 de febrero de 1979 hasta el día en que sean entregados. Al decir el Real Decreto-ley de 1 de abril de 1977 que los fondos, derechos y obligaciones de contenido económico, cuya titularidad correspondía al Movimiento Nacional, se integrarían en la Hacienda Pública, no determina que los vínculos arrendaticios puedan ser adscritos a la Administración para ser ocupados por otros organismos estatales, sin contar con la voluntad del propietario arrendador, según los requisitos de la legislación arrendaticia. Por otra parte, tal consentimiento no puede ser exigido cuando la personalidad del arrendatario ha sido eliminada de la vida real por decisión del Estado, ya que, como indicó la Sentencia de 3 de diciembre de 1971, un organismo que ha dejado de existir no puede llevar a cabo la cesión en la forma requerida por la ley. Si no puede producirse la subrogación en el vínculo jurídico arrendaticio pretendido por la Administración, no puede reconocerse en favor de ésta titularidad arrendaticia alguna. Los artículos 59 y 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exigen la existencia de cónyuge, descendientes o herederos, sin que quepa su aplicación analógica en este caso, porque aquí no hay este aspecto personal que hace que la ley conceda la subrogación a personas que por su relación con el arrendatario son merecedoras de continuar la personalidad del mismo.

En cuanto al recurso de la actora, la indemnización de daños y perjuicios solicitada no es procedente, porque es requisito esencial en toda demanda contra el Estado que previamente éste conozca y decida en vía administrativa el fundamento de la acción que judicialmente se intenta promover, por lo que, a falta de acto de conciliación, se exige la reclamación previa en vía gubernativa antes de entablar demanda contra el Estado, excepción contenida en el número 7.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ha de ser íntegramente recogida en este supuesto, como pretende la representación del Estado.

C. R. R.

FAMILIA

EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO: *la adquisición por mujer casada de la nacionalidad de su marido; prueba de la nacionalidad; la ley extranjera como hecho en casación.*—**PUNTO DE CONEXION EN LAS RELACIONES ENTRE CONYUGES:** *ESTATUTO PERSONAL Y LEY NACIONAL DEL MARIDO; efectos y orden público español.*—**SUSTITUCION DE LA LEY EXTRANJERA POR LA LEX FORI:** *justa causa de separación ex artículo 105, 2.º, del Código Civil: KRAEMER c. PETERS (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1974).*

Antecedentes.—I. La DEMANDA se basaba en los hechos siguientes:

1) La colonia alemana de en España socorría con ropas y alimentos a varios soldados alemanes que pasaron la frontera franco-española sin documentación (todo ello en fecha indeterminada en la sentencia, pero *presumiblemente* después de 1945). Uno de tales soldados era el demandado, a quien la actora conoció en la cárcel. Conseguida la libertad, ambos mantuvieron relaciones normales y quedaron prometidos al partir él hacia Irlanda.

2) En 28 de febrero de 1949 ambos se casaron civilmente en Irlanda, de cuyo matrimonio nacieron dos hijos.

3) En 1954, el matrimonio y sus hijos regresaron a España, donde el marido colaboraba en el trabajo del padre de su esposa. Al poco tiempo comenzaron las desavenencias conyugales (en opinión de la *actora*, por causa del carácter dominante y violento del esposo demandado; según el *demandado*, por culpa de la esposa y de la excesiva influencia de la familia de ésta).

4) Al parecer, y de la prueba *documental* practicada, correspondiente a la partida de nacimiento del marido, *aparece* un matrimonio de éste celebrado el 4 de abril de 1942, pero *no* aparece el contraído con la actora.

La actora alegaba ser de *nacionalidad española*, y finaliza su demanda con la *súplica* de que se dicte sentencia: decretando la separación de los cónyuges litigantes, ordenando que los dos hijos del matrimonio sean puestos, en tanto sean menores de edad, bajo la potestad de la madre —a quien se declare cónyuge inocente—, declarando que el demandado —como cónyuge culpable— pierda lo que hubiera sido dado por la actora y conserve todo cuanto hubiera recibido del demandado, ordenando la separación de

los bienes de la sociedad conyugal —que se lleve a cabo en período de ejecución de sentencia—, así como la fijación de los alimentos que el demandado debe prestar a su esposa, con la adopción de las medidas cautelares necesarias para que puedan cumplirse dichas disposiciones, y condenando al demandado a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las costas del juicio.

II. El Ministerio Fiscal *contestó* a la demanda, negando los hechos en que se basaba por no constarle su autenticidad y suplicando se dictase sentencia declarando no haber lugar a la misma.

El demandado *contestó* a la demanda, negando los hechos antes expuestos bajo números 1 y 2. Terminaba con la *súplica* de que se dictase sentencia no dando lugar a la separación matrimonial solicitada por la actora, considerando al demandado inocente de los hechos que se le imputan en la demanda, acordando que los hijos del matrimonio continúen bajo la patria potestad del padre y no dando lugar a la separación de bienes matrimoniales ni a la adopción de medidas cautelares, con imposición a la actora del pago de las costas.

III. EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA dictó sentencia el 1 de abril de 1972, argumentando en sus CONSIDERANDOS: «*que debe reconocerse al demandado la nacionalidad alemana, declaración que implica la de que asimismo su esposa —demandante en autos— posee la misma nacionalidad, ya que, aun admitiendo que la misma fuera española de origen —hecho alegado, pero no acreditado— ..., es lo cierto que al contraer matrimonio adquirió la nacionalidad de su marido*, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil en la fecha de dicho matrimonio, *por lo que debe declararse que ambos litigantes... poseen la nacionalidad alemana*, y, en consecuencia, *debe aplicarse la ley nacional de la persona de que se trata, según el artículo 9.º del Código Civil*» (CDOS. 1.º y 2.º) (1); «*que la actora se personó en autos como española, y que resulta suficientemente acreditada la existencia de las sevicias denunciadas en la demanda como causa de la separación que se postula, malos tratos de obra y de palabra, con reiteración de frases injuriosas a la actora y a los hijos comunes, obligándola a abandonar el hogar conyugal, derribándola al suelo en varias ocasiones y creando con estas violencias un clima familiar insoportable que hace imposible la convivencia de los cónyuges*» (CDO. 4.º) (2). Concluye el Juzgado *estimando totalmente la demanda y declarando culpable al demandado de malos tratos de obra e injurias graves en la persona de su cónyuge*, y, en consecuencia, *decreta la separación matrimonial de ambos, con los efectos dispuestos en el artículo 73 del Código Civil, y que se llevaría a cabo en ejecución de sentencia, sin hacer declaración sobre las costas*.

IV. La AUDIENCIA TERRITORIAL resuelve el recurso de apelación del demandado por Sentencia de 24 de febrero de 1973, argumentando: «*que se acepta el primer CONSIDERANDO de la sentencia del Juzgado, por lo que debe declararse que ambos litigantes poseen la nacionalidad alemana; que se considera probado el no haberse proporcionado al Juzga-*

(1) Extraídos del motivo primero del recurso: subrayados míos (J. C. G.).

(2) Extraído del considerando único de la segunda sentencia del Tribunal Supremo: subrayados míos (J. C. G.).

do la legislación alemana existente en la materia de separación del matrimonio, o divorcio vincular en su caso, y que *faltan los presupuestos «de facto»* para aplicar la ley alemana, lo que hace imposible para la Sala de la Audiencia resolver la litis (3). Concuye la Audiencia *revocando* la sentencia del Juzgado y *desestimando* la demanda, *absolviendo* de la misma al demandado, sin hacer condena en costas.

V. Por la parte actora se interpone RECURSO DE CASACION por infracción de ley, con base en los siguientes *motivos*:

1.º Al amparo del artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la sentencia recurrida incide *en error de hecho en la apreciación de la prueba*, consistente en no haber apreciado la Audiencia que en *el poder a pleitos*, otorgado por la demandante, aquí recurrente, ante Notario, *comparece* la otorgante *como española* y provista de su Documento Nacional de Identidad. En el poder referido no se hace referencia a la nacionalidad por razones obvias: porque el Decreto de 22 de febrero de 1972 (Ministerio de Gobernación), que estableció la obligatoriedad de posesión del Documento Nacional de Identidad, expresa que se expedirá únicamente a los españoles; de manera que la actora, aquí recurrente, afirmó en su escrito de demanda su nacionalidad española y la probó, dado que en el poder de representación procesal exhibió su Documento Nacional de Identidad, y sabido es que los extranjeros en España tienen su Tarjeta de Residencia.

Tampoco *el Juzgado* pudo concluir que la nacionalidad de la recurrente sea la de su esposo por aplicación del artículo 22 del Código Civil, ya que dicho artículo, en su párrafo 1.º, ha de relacionarse con el artículo 23, número 3.º, a cuyo tenor «la española que contraiga matrimonio, si adquiere la nacionalidad de su marido, pierde la nacionalidad», *pero ello sólo en el supuesto de que adquiera la del marido*, extremo que en autos no aparece probado.

La actora acredita en autos la nacionalidad española y solicita —amparándose en su nacionalidad— la aplicación de las leyes nacionales de su país, pues, aunque el matrimonio se contrajo según la *lex loci actus*, existe el criterio favorable a la admisión de tal matrimonio y el Juez aceptó la competencia de jurisdicción para conocer y tramitar la litis, *lo que indica* que estaba reconociendo el matrimonio de tal forma contraído y aunque en el momento de contraerlo no se especificase nada sobre la nacionalidad de la esposa.

2.º Al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 22 del Código Civil, en relación con el artículo 23, 3.º, del Código Civil. La determinación del *alcance* de las normas cuya violación se denuncia ha de referirse al *supuesto* que señala el número 3.º del artículo 23 del Código Civil. No se puede afirmar de una forma rotunda —como hace la sentencia recurrida— que el hecho de contraer matrimonio con un extranjero *condiciona* la pérdida de la nacionalidad de la mujer para adquirir la del marido. Lo cierto es que *en el matrimonio de española con extranjero* —cuando la contrayente se halla *facultada* por la ley del marido a adquirir la nacionalidad de éste por simple opción o a declinar la adquisición por declaración al efecto— se recogerán dichas declaracio-

(3) Argumentaciones extraídas de los motivos del recurso: subrayados míos (J. C. G.).

nes en el acta de matrimonio y en la inscripción. Y en el presente caso *no consta* que por el hecho de contraer matrimonio la recurrente adquiriese otra nacionalidad, es decir, la de su marido, por lo que hay que estar a que conservó la suya. De toda la prueba practicada se ha demostrado: a) que el marido en la actualidad goza de la ciudadanía alemana; b) que en España fue considerado como apátrida hasta 1960; c) que *no consta* en forma alguna que la recurrente haya tenido ni tenga en la actualidad ciudadanía alemana.

3.º Al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos 9.º; 11, 3.º, y 14 del Código Civil: ya que la aplicación del estatuto personal del demandado acarrearía un problema de orden público, al no reconocer la ley alemana la separación de los cónyuges *sin* la disolución del vínculo. Las *certificaciones* obrantes en autos y que la sentencia recurrida tiene en cuenta son claramente *definitorias de la legislación alemana* aplicable a este caso. En consecuencia, el Juzgado dispuso de unos datos tales (no existencia de separación y sí de divorcio vincular) que hacen imposible la aplicación de la legislación alemana, por ser contraria al orden público español, que no reconoce el divorcio vincular: por lo que se ha violado el *alcance* de la norma contenida en el párrafo 3.º del artículo 11 del Código Civil, en relación con los artículos 9.º y 14 del mismo.

4.º Al amparo del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, por no aplicación, de los artículos 73, 104, 105, 168 y 171 del Código Civil, que regulan la separación conyugal. La Audiencia no ha realizado la aplicación de los preceptos referidos sobre la separación conyugal. La actora se personó en autos como española y pide aplicar la legislación española; en todo caso, la prueba sobre la legislación extranjera incumbe al esposo, nunca a la recurrente, y el demandado *no* ha acreditado la vigencia en Alemania del matrimonio contraído en Irlanda ni tampoco ha aportado la legislación alemana al efecto. Por todo ello, *el Juzgado acertadamente aplicó la ley española*, teniendo presente que el divorcio vincular no existe en nuestra legislación, lo que hace imposible la aplicación de la legislación alemana por ser contraria al orden público español. En tanto que la Audiencia *no hace aplicación de la ley española* so pretexto de no haberse suministrado las normas del estatuto personal del demandado, por lo que ha violado —por no haberlos aplicado— los artículos citados del Código Civil.

5.º Al amparo del artículo 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por *defecto* en el ejercicio de la jurisdicción, *dejando de conocer cuando debería haberlo hecho*, ya que debería haber aplicado al caso objeto de la litis la legislación española sobre separación conyugal. La sentencia recurrida entiende que la actora ostenta la nacionalidad española y consta la competencia de la jurisdicción de los Tribunales españoles, sin hacer aplicación de las normas españolas sobre separación conyugal. Ha dejado de conocer cuando debía haberlo hecho, máxime teniendo en cuenta que la legislación alemana regula el divorcio vincular, pero no la separación de cuerpos y bienes.

VI. El Tribunal Supremo dicta sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, sentando esta doctrina (4):

(4) Mantengo la redacción literal de los considerados, por lo que luego se dirá, con subrayados míos (J. C. G.).

1.º *La primitiva redacción del artículo 22 del Código Civil decía rotundamente que «la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido», y sólo una vez disuelto el matrimonio podría recuperar la nacionalidad española cumpliendo determinados requisitos; pero este riguroso automatismo sufrió con la Ley de 15 de julio de 1954 una notable atenuación, porque según la nueva redacción del artículo 23 del mismo cuerpo legal, en su número tercero, sólo perderá nuestra nacionalidad la española que contraiga matrimonio con extranjero «si adquiere la nacionalidad de su marido», supuesto este último que ha de probar quien lo invoque, puesto que si el normal es el de mantener la nacionalidad, el marido que trate de contradecirlo es quien debe probar que, conforme a las leyes del país de donde él es nacional, le corresponde por el matrimonio adquirir la nacionalidad de su marido, extremo que no aparece comprobado ni declarado por la sentencia recurrida; y si la legislación extranjera se trata en nuestro Código (sic) como una cuestión de hecho, es visto que se ha producido un error de hecho en la apreciación de la prueba al dar por supuesta la nacionalidad alemana de la actora, si se tiene en cuenta que su condición de española antes de casarse no ha sido objeto de discusión en el proceso; razones por las cuales ha de darse lugar al recurso por los dos primeros motivos.*

2.º *Al margen por completo de la legislación privativa alemana relativa a la nulidad del matrimonio y al divorcio vincular, la legislación española regula una situación privativa distinta, que es la separación judicialmente decretada, que mantiene el vínculo con suspensión de los efectos del matrimonio previstos en el artículo 73 del Código Civil, que puede impetrar cualquier súbdito español de los Tribunales nacionales cuando se invoque por una de las causas legítimas de separación, todas ellas criminológicas, conforme al artículo 104 del propio cuerpo legal, como ocurre en los presentes autos, en que se apoya la demanda en el número segundo del artículo 105 del mismo Código, razón que viene a robustecer el criterio expuesto en el considerando anterior, con lo que basta para la casación de la sentencia recurrida.*

FALLO: Ha lugar.

SEGUNDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

CONSIDERANDO UNICO: *Que, como la propia sentencia de primera instancia recoge en su cuarto considerando, que se acepta y se da por producido (5)..., por lo que, constituyendo estos hechos la causa segunda del artículo 105 del Código Civil, procede confirmar la antedicha sentencia en todas sus partes, excepto en lo relativo al pago de costas a que se condena al demandado, quien habiendo solicitado el beneficio de pobreza no consta acreditado que le fuera concedido ni siquiera tramitado.*

FALLO: *Que debemos confirmar y confirmamos la parte dispositiva de la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de X., excepto en el pronunciamiento sobre costas, cuyo particular revocamos para condenar expresamente al demandado al pago de las costas de la segunda.*

(5) Se ha expuesto precedentemente en epígrafe III: véase nota 2.

NOTAS.—1. En otras ocasiones me he referido a la rehistorificación de los hechos litigiosos efectuada por los ponentes en las sentencias. En el caso de autos, la exposición efectuada ha sido confusa, fragmentaria y deficiente (6), y buena muestra de ello es la argumentación utilizada como *ratio decidendi* del fallo del Alto Tribunal. He preferido dejar toda la argumentación en su presentación original, sin más. Que esta breve crítica introductoria no es sólo personal mía, me es confirmado por la postura de otros autores de mayor solvencia, a que en seguida aludiré.

2. Para una mejor síntesis de los puntos tratados en este litigio voy a referirme muy brevemente a los siguientes: a) efectos personales del matrimonio y nacionalidad de la mujer casada; b) la ley extranjera como hecho en casación; c) relaciones entre cónyuges y estatuto personal; d) sustitución de la ley extranjera por la *lex fori*.

a) *Efectos personales del matrimonio y nacionalidad de la mujer casada*

De una manera *genérica* e indeterminada aluden a este punto la mayoría de nuestros tratadistas de Derecho civil (7) y, por supuesto, los especialistas del Derecho Internacional Privado (8).

De manera *concreta*, en relación exclusiva al presente litigio, con claridad, precisión y rotundidad, hay que aludir aquí al breve comentario de J. PUENTE EGIDO (9), de ineludible cita en este lugar.

El tema de la incidencia del matrimonio en la *nacionalidad* de la mujer casada ha sufrido en nuestro país una serie de vaivenes legislativos, pudiendo hablarse con propiedad de la situación *anterior* o *posterior a 1975* (10). Precisamente el caso de autos encaja, *genéricamente*, en la situación *anterior a 1975*, lo que remite, en principio, a la legislación de 1954, que reformaba el Código Civil en tema de nacionalidad. Si la situación se presentase en la actualidad, habría que estar a la Ley 51, de 13 de julio de 1982, nuevamente reformadora de la materia.

En el caso litigioso, como he expuesto, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial habían partido de la *base* de que el marido tenía la nacionalidad alemana y de que la esposa había adquirido dicha nacionalidad por el hecho del matrimonio.

Para PUENTE EGIDO, el razonamiento de ambas sentencias era erróneo, por desenfocado, «porque es absurdo afirmar la adquisición de la nacionalidad alemana en virtud del artículo 22 del Código Civil (redacción ori-

(6) Aun con una calificación benévola por mi parte, la reconstrucción de los hechos a la vista de la sentencia es dificultosa.

(7) Cfr., por todos, las referencias de CASTÁN TOBEÑAS (revisión de CASTÁN VÁZQUEZ-GARCÍA CANTERO): *Derecho Civil español, común y foral*, tomo V (Derecho de Familia), vol. 1.º (Relaciones conyugales), 9.ª ed. Ed. Reus, Madrid, 1976, págs. 246 y ss., especialmente pág. 248 (referencia al nuevo sistema tras la Ley de 2 de mayo de 1975), y 10.ª ed., 1983, págs. 244 y ss., especialmente página 246 (referencia al nuevo sistema de la Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982); también José Luis LACRUZ, en LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia (conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 173 y ss., especialmente págs. 188 y ss.

(8) Así, E. PÉREZ VERA: *Derecho Internacional Privado (Parte Especial)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1980, págs. 48 y ss. y 199 y ss. Con mayor profundidad, SIMÓ SANTONJA: «La nacionalidad de la mujer casada», en esta Revista, núm. 496, mayo-junio 1973, págs. 611 y ss.

(9) Cfr. su magistral aportación *Derecho Internacional Privado Español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Ed. Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981, Sentencia núm. 150, págs. 579 y ss.

Véase también la breve nota de J. DÍEZ DEL CORRAL en *Anuario Derecho Civil*, 1974, pág. 1072.

(10) Después de la reforma de 1975 es de obligada consulta la circular de la Dirección General de Registros y Notariado de 22 de mayo de 1975, la Instrucción de la misma Dirección General de 26 de noviembre de 1975 y las reformas posteriores del Reglamento del Registro Civil.

ginaria)» (11). Pero también estaba desenfocado el razonamiento del *recurso de casación* por «reprochar la violación de una norma (el referido artículo 23, 3.º, del Código Civil) que no existía en el momento de la celebración del matrimonio y que, por consiguiente, no pudo tener influencia alguna sobre la nacionalidad de la mujer. En este mismo defecto incurrió el Tribunal Supremo» (12).

Lo curioso es que, tras la profunda reforma introducida en el año 1975, se han suprimido en el articulado del Código Civil todos aquellos preceptos que *presuponían que la nacionalidad de la esposa es la del marido*, aplicando el principio de igualdad conyugal, luego devenido constitucional. Pero no se ha derogado el *artículo 14, 4.º, del Código Civil*, que atribuye a la mujer casada la regionalidad de su marido (13), tema polémico y, en mi opinión, a zanjarse con una lectura del artículo 14, 4.º del Código Civil, con valor «aplicativo» directo de la Constitución, que lo deja prácticamente derogado.

b) *La ley extranjera como hecho en casación*

Dicen los internacionalistas que «los medios de prueba de la nacionalidad —incluso cuando se trata de una nacionalidad extranjera— deben arbitrase de acuerdo con nuestras leyes procesales... Ello no implica olvido del principio fundamental, rector en el tema, que exige que cuando se trate de adquisición o pérdida de una nacionalidad *extranjera*, se apliquen las leyes del Estado en cuestión. Tal situación se producirá cada vez que la nacionalidad, eventualmente extranjera, se consagre como punto de conexión»... (14).

En el caso de autos, he subrayado el *inciso* correspondiente del CONSIDERANDO 1.º, que es denunciado también por PUENTE EGIDO (15), quien entiende que la sentencia extrae una base de estimación del recurso precisamente por haberse cometido *error de hecho* en la apreciación de la prueba, pero que esa estimación del recurso de modo claro es errónea al fundarse en que la ley extranjera es una cuestión de hecho, y en que hubo una aplicación inexacta de la ley extranjera estimando la nacionalidad alemana de la mujer.

c) *Relaciones entre cónyuges y estatuto personal*

Los internacionalistas —a diferencia de los civilistas— suelen caracterizar *negativamente* los efectos personales del matrimonio, entendiendo por tales «aquellos que no inciden directamente sobre el régimen de bienes en el matrimonio» (16). Definición que, al decir de E. PÉREZ VERA, si bien no evita totalmente los problemas de calificación, establece, al menos, el criterio rector que debe presidir la búsqueda de su solución.

(11) Véase *op. cit.* en nota 9, pág. 580. Para DÍEZ DEL CORRAL, *op. cit.*, el Juzgado debió rechazar la *prueba* del matrimonio civil porque no reunía los requisitos del artículo 2 de la LRC.

(12) Véase PUENTE EGIDO: *Op. et loc. cit.* en nota 11.

(13) Sobre este punto véase la alusión de LACRUZ: *Op. cit.*, pág. 190; el comentario breve de R. BERCOVITZ: «La adquisición y pérdida de la vecindad civil en el nuevo Título Preliminar del Código Civil» (en *Conferencias sobre Derecho Foral*, 1975-76, Facultad de Derecho de San Sebastián, Zarauz, 1978, pág. 35); y con mayor detalle, PUIG FERRIOL: «Incidencia del nuevo Derecho Interregional en el Derecho Civil de Cataluña» (en *Conferencias sobre Derecho Foral*, cit., págs. 47 y siguientes, especialmente págs. 53 y ss.).

(14) Véase E. PÉREZ VERA: *Op. cit.*, págs. 98 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

(15) Véase *Op. cit.*, pág. 580: ... dice erróneamente «se trata en nuestro Código (?) como cuestión de hechos».

(16) Así, PÉREZ VERA: *Op. cit.*, págs. 199 y ss.

La determinación de la ley aplicable la establece en la actualidad el artículo 9.º, 2.º, del Código Civil: «*Las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio, y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración*» (17).

El Juzgado aplica dicho estatuto personal, o sea, la ley nacional del marido, y aprecia la existencia de causas justificativas de la separación conyugal, por lo que, en consecuencia, decreta la separación y estima la demanda. La Audiencia, partiendo del mismo presupuesto, estima que la ley aplicable era la ley alemana y no la española, pero que no se ha podido probar la ley alemana, por lo que, consecuentemente, revoca el fallo y desestima la demanda. Tanto una como otra sentencia «*tenían* —señala PUENTE EGIDO (18)— *un punto de partida común*, ya que —*con independencia* de la nacionalidad de la mujer—, conforme al Derecho conflictual español, el Derecho aplicable a las *relaciones personales* de ese matrimonio venía determinado por la ley nacional del marido», a pesar de que *en el resultado final* una y otra llegaban a soluciones bien dispares.

Los efectos de la aplicación del estatuto personal, o sea, la ley nacional del marido, llevaban a la introducción en aquel entonces del *divorcio vincular*, conforme a la ley alemana, lo cual era *contrario* al vigente *orden público interno español* en 1974. Todo ello denunciado en el *motivo 3.º* del recurso, que ni es aludido por el ponente.

d) *Sustitución de la ley extranjera por la lex fori*

Entiende PUENTE EGIDO que «el Juzgado operó, con acierto técnico indiscutible, una *sustitución* de la ley extranjera aplicable... *por* la ley española que regulaba la sola separación», y que «el Tribunal Supremo, en cambio, mantuvo otro criterio, aunque sin razonarlo: el artículo 73 del Código Civil puede ser *invocado* por cualquier súbdito español; *constando la nacionalidad española de la demandante*, y *no constando* la nacionalidad alemana; *constando* igualmente la existencia de las *causas* que en el Derecho español dan lugar a la separación, la sentencia, que desestima la demanda, en este sentido da base a la estimación de un recurso de casación». Sigue diciendo dicho autor, con crítica exacta de la doctrina de la sentencia anotada, que «el razonamiento (del Tribunal Supremo) es *inexacto*: *no se trata*, en primer lugar, *del artículo 73 del Código Civil*, que es el que regula los *efectos* de la separación, *sino del artículo 105, 2.º, del Código Civil*, que es el que fija como causa de separación *los malos tratos*. Por otra parte, *los mencionados artículos no tienen por qué ser invocados únicamente por los españoles*, *ni tampoco son susceptibles de invocación por todos los españoles*. Teniendo en cuenta que *ésta es una cuestión de estatuto personal* —y concretamente perteneciente a la ley reguladora de las *relaciones personales*—, *no es la nacionalidad del cónyuge o de los cónyuges la que define, sino el punto de conexión que en el Derecho español sea relevante para la determinación de la ley personal en el matrimonio*» (19).

(17) Véanse los Comentarios a este artículo de la doctrina: MARÍN LÓPEZ en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, tomo I, págs. 43 y ss.; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: «Comentarios al artículo 9.º, 2.º del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirección de M. ALBALADEJO, EDERSA, Jaén, 1978, págs. 146 y ss.

(18) Véase *Op. cit.*, pág. 580 (subrayados míos: J. C. G.).

(19) Véase *Op. cit.*, págs. 580-581 (subrayados míos: J. C. G.).

Poco más cabe añadir aquí a las brillantes observaciones críticas de tratadista tan agudo y exacto, críticas que comparto y hago mías.

El ponente apenas entra en el *motivo* 4.º del recurso —ni alude al *motivo* 5.º— y despacha sumariamente el tema en su CONSIDERANDO 2.º sin entrar en detalles y con cierto confusiónismo, denunciado —como he expuesto— por la doctrina.

3. *Recapitulación parcial.*—De lo expuesto hasta aquí cabe extraer algunas consideraciones a modo de recapitulación, como sigue:

1.ª La exposición de hechos y la fundamentación jurídica de la sentencia son fragmentarias y deficientes.

2.ª Dada la fecha de celebración del matrimonio en Irlanda (1949), e independientemente de cuál fuera la nacionalidad del marido, lo que es evidente es que la legislación española en tema de nacionalidad era la consignada en la redacción originaria del Código Civil en 1889 y no la de 1954.

3.ª Por aplicación directa de aquella legislación española de 1949, la mujer casada —aquí, la demandante, y luego recurrente— adquiriría la nacionalidad de su marido, o sea, la alemana.

4.ª La legislación alemana debía haberse probado conforme a nuestras técnicas probatorias procesales, pero no se acreditó formalmente.

5.ª La aplicación de la ley alemana debía conducir al divorcio vincular, contrario entonces al orden público español.

6.ª El estatuto personal que rige las relaciones entre cónyuges no estaba consagrado por el Código Civil hasta la reforma del Título Preliminar operada por Decreto de 31 de mayo de 1974, de manera que en el caso de autos había que aplicar directivas doctrinales y/o jurisprudenciales al respecto.

7.ª Existían causas suficientes de separación conyugal conforme a la legislación española entonces vigente, singularmente la del artículo 105, 2.º, del Código Civil.

4. *Resumen final.*—A la hora de finalizar estas notas, hay que aludir a los puntos concretos sugeridos por esta sentencia, como sigue:

1.º El Juzgado operó con gran técnica una sustitución de la ley extranjera teóricamente aplicable por la *ley fori*, o sea, la española.

2.º Para el Derecho conflictual español —cualquiera que fuere la fecha de la sentencia—, lo decisivo era y es *el punto de conexión* relevante en cada momento para la determinación de la ley personal del matrimonio.

3.º La fundamentación de la sentencia es bastante endeble y no atiende a la verdadera *ratio decidendi*, consistente en la existencia probada de malos tratos justificativos de la separación conyugal ex artículo 105, 2.º, del Código Civil.

4.º El resultado final del litigio es probablemente justo en el *fondo*, aunque haya reparos *formales* a esta decisión por lo expuesto.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TITULOS NOBILIARIOS. MEJOR DERECHO. Partida 2.ª, Título XV, Ley 2.ª
(SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1982).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 18 de esta capital, conforme a los siguientes razonamientos:

Que promovida ante el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid por doña M. O. M., Marquesa de A., demanda de juicio ordinario de mayor cuantía sobre uso y posesión de títulos nobiliarios contra don F. O. M., con fecha 21 de abril de 1980 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid en la que, revocando parcialmente la dictada por el Juzgado en 6 de julio de 1978, se hace extensivo el pronunciamiento estimativo de la demanda que ésta contenía en cuanto a los títulos de Marqués de Almazán, Marqués de Montemayor, Conde de Monteagudo de Mendoza, Conde de Santa Marta y Conde de Vallehermoso al de Vizconde de Iznajar, que la resolución del Juzgado rechazó; sentencia contra la que se interpuso por la representación del demandado el presente recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, y en la que se sientan como probados los siguientes hechos, que por no haber sido impugnados al amparo del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de ser reputados como inamovibles: A) que los títulos anteriormente citados han sido poseídos legal y realmente por don V. O. M., bisabuelo del demandado, hoy fallecido, y tatarabuelo de la demandante; B) que la demandante tiene documentalmente acreditado su procedencia por línea directa descendente de don V., como bisnieta de don J. O. M., que era el primogénito varón de don V.; C) que «las líneas descendentes en que se asientan las partes con el ascendiente común don V., quedan sintetizadas en el árbol genealógico y acreditan la procedencia inmediata de don V., a través de su hijo primogénito, de la actora, en tanto que el demandado lo es a través de una hija»; D) que hubo caducidad de los títulos y rehabilitación a favor del demandado, hoy fallecido; E) que la documentación aportada por ambas partes acredita que el título de Vizconde de Iznajar, aunque coincidiera en la persona que ostentara los títulos de Conde de Cabra y, sobre todo, de la dignidad de Duque de Baena, no tenía vinculación jurídica alguna con ellas; F) que la actora, si bien religiosa en el momento de formular su demanda, ingresó ya viuda, lo que significa que estuvo casada, constando que tuvo sucesión, y G) que no consta en absoluto de qué reinos proceden los títulos a que se refiere la litis.

Que los cuatro primeros motivos del recurso, amparados todos ellos en el ordinal primero del artículo 1.692 y basados, el primero y el tercero, en la infracción del artículo 1.214 del Código Civil y doctrina legal interpretativa del mismo, y el segundo y cuarto, respectivamente, en la infracción del «artículo 8.º, número 2.º, del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, y el ar-

título 3.º, letra g), del Real Decreto de 8 de julio de 1922, restablecidos y confirmados los dos por la Ley de 4 de mayo de 1948», y en la interpretación errónea de «la Ley 2.ª, Título XV, Partida 2.ª, tal como ha sido interpretada en la doctrina legal», tienen como propósito y finalidad común la de denunciar la falta de prueba por parte de la actora de la existencia de un parentesco con el fundador de los títulos (motivos primero y segundo), de la clase de este parentesco (motivo tercero) y, consiguiente, del orden de suceder aplicable, orden que se alega debe depender de la clase del parentesco que une con el fundador el título (motivo cuarto); motivos todos ellos que deben ser, en gracia a un mayor rigor sistemático, objeto de estudio y de rechazo conjunto por las siguientes razones: primera: porque aun cuando es cierto que las normas citadas en los motivos segundo y cuarto del recurso aluden al parentesco con el fundador de los títulos, también lo es que, como acertadamente se razona en la resolución recurrida, «el Real Decreto de 8 de julio de 1922 clasifica en sus artículos 3.º y 4.º las personas por razón de parentesco a efectos de sucesión, convalidación y rehabilitación en las dignidades nobiliarias, coincidentemente con su complementaria disposición legal, la Real Orden de 21 de octubre de 1922 (artículo 11), y cuando aquel Decreto, en su artículo 4, grupo A), correspondiente a descendientes directos, hermanos y descendientes directos de hermanos del último poseedor legal de la merced pretendida, hace hincapié en el último poseedor legal, no hace sino anticipar el énfasis de su artículo 7, coincidente con el artículo 12 de la citada Real Orden de 1922, cuando expresa que en todo caso deberá justificarse que la persona de quien se derive el derecho del solicitante poseyó efectiva y legalmente la dignidad solicitada»; segunda: que en supuestos como el presente, en los que se halla no sólo acreditado, sino también admitido por las partes la posesión legal y efectiva de los títulos nobiliarios por un ascendiente común —en este caso, el aludido don V. O. M.—, conformidad ésta que se deriva del reconocimiento de hechos verificado en la contestación a la demanda, y que en modo alguno puede verse afectada por lo consignado en el escrito de conclusiones de la demandada recurrente, cuando una vez transcurrido, y, consiguientemente, precluido, el período de alegaciones, no pueden ya ser modificados los hechos sobre los que descansa el litigio, no es preciso acreditar el parentesco con el fundador del título, y así lo proclama la doctrina de esta Sala, al decir que «reconocido por las partes contendientes que fue poseedor legal de la dignidad nobiliaria controvertida un ascendiente común de ambos, del cual la actora es descendiente por línea directa de varón primogénico y la demandada y recurrente de hembra segundona, sin que, por añadidura, exista el menor atisbo de que el título desde su fundación no haya seguido el orden regular, es obvio que, ante esta escueta realidad fáctica, al declarar la sentencia impugnada el mejor derecho genealógico de la primera, ha aplicado rectamente la Ley 2.ª, Título 15, de la Partida 2.ª» (Sentencia de 3 de mayo de 1963), y que «no hace falta llegar hasta la persona del cesionario o fundador del título, sino que basta referirse al último poseedor, cuando de él se derive asimismo el parentesco invocado» (Sentencia de 16 de febrero de 1968); por todo lo cual deberán desestimarse los cuatro primeros motivos del recurso.

Que los motivos quinto y sexto, autorizados por el ordinal primero del artículo 1.692 y basados, respectivamente, en la infracción por interpretación errónea del artículo 13 de la Ley Desvinculadora de 11 de octubre

de 1820, el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948 y la correspondiente doctrina legal, y en la infracción por violación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, pretenden combatir la aplicación que la resolución recurrida hace a los títulos nobiliarios objeto de la litis de la legislación relativa al orden sucesorio de la Corona, aplicación que se alega fundada en la vía de la presunción; motivos éstos que habrán igualmente de decaer con base en los siguientes argumentos: primero: que si se admite, como pretende el recurrente, que la resolución recurrida ha llegado a la conclusión de que la legislación aplicable a los supuestos sucesorios de autos es la Ley de la Corona como consecuencia de una presunción, para que la misma quede sin efecto sería preciso que se acreditara, de acuerdo con una constante doctrina de esta Sala, que el juicio lógico del Tribunal de Instancia se halla notoriamente falto del enlace preciso y lógico que la ley exige entre el hecho probado —en este caso, la falta de constancia del reino de que proceden los títulos, así como del orden sucesorio impuesto por el acto fundamental— y la conclusión de la aplicabilidad de la legislación de la Corona, lo que en modo alguno puede sostenerse que se halle acreditado por el recurrente; segundo: que, contrariamente a ello, cabe subrayar que una reiterada jurisprudencia, que cristalizó, entre otras, en Sentencias de 4 y 26 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964 y 9 de junio de 1965, etc., aclara que «ha de tenerse presente como legislación que se ha de aplicar en todos los casos en que debe discernirse el mejor derecho a la posesión de los títulos y dignidades nobiliarias, que ello se ha de realizar, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, en primer término, por lo establecido en el acto soberano de concesión, y a falta de precepto expreso, por las normas que regulan la sucesión a la Corona, contenidas en las Leyes de Partidas, la Novísima Recopilación, la Constitución Política de 30 de junio de 1876, hoy derogada, pero que recoge en su artículo 60 —y por ello se cita— las inspiraciones del Derecho histórico en la materia, y como disposición actual lo estatuido en la Ley de 4 de mayo de 1948»; razones ambas por las que procede la desestimación de los aludidos motivos quinto y sexto.

Que los motivos séptimo y octavo denuncian, respectivamente, la infracción «por errónea interpretación de la Ley 45 de Toro, que es la Ley 1.ª del Título XXIV del Libro XI de la Novísima Recopilación», y la violación de la «Ley 41 de Toro, que es la Ley 1.ª del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación», y a través de los mismos se intenta combatir las afirmaciones contenidas en el apartado c) del considerando 2.º de la resolución recurrida, que se refieren tanto a la atribución, según la Ley de Toro, de la posesión civilísima, no sólo al heredero único, sino a quien tenga mejor derecho, como la relativa a la imprescriptibilidad de los derechos sucesorios en dignidades nobiliarias; procediendo igualmente el rechazo de ambos motivos, no sólo con base en que tratándose de simples razonamientos hechos en un considerando de la sentencia, sin que en manera alguna pueda atribuírseles influencia decisiva en el fallo, no cabe, según constante doctrina de esta Sala, intentar contra ellos un recurso de casación por infracción de ley que sólo contra el fallo o parte dispositiva de la sentencia puede mantenerse, sino también porque en dicho razonamiento no se hace otra cosa que sostener criterios ya mantenidos por el Tribunal Supremo, cuando en Sentencia de 30 de marzo de 1970 declara que «según constante y reiterada jurisprudencia el privilegio de la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro le corresponde no sólo al óptimo sucesor o heredero único del Mayo-

razgo, sino también al proclamado legítimamente, es decir, al que tenga un mejor derecho, si bien con la diferencia de que en tanto al primero le asiste ese privilegio con carácter absoluto, *erga omnes*, frente a todos los demás aspirantes, en cambio, el segundo sólo lo tiene con carácter relativo, esto es, en relación con quien ostenté un derecho de categoría inferior, constituyendo esa posesión civilísima la base y fundamento de la imprescriptibilidad de los títulos y grandezas», razones por las que habrán de perecer también los motivos séptimo y octavo del recurso.

Que no mejor suerte habrán de alcanzar los motivos noveno y décimo, en los que con referencia únicamente al título de Marqués de Montemayor, se denuncia la violación del artículo 13 de la Ley Desvinculadora de 11 de octubre de 1820, pretendiéndose en el primero de ellos combatir la afirmación que la resolución recurrida hace en el apartado C) del considerando tercero, de la distinta naturaleza de las instituciones jurídicas del Título y el Mayorazgo, en tanto que el décimo sostiene que las cláusulas XXXIV y XXXV del Mayorazgo impedían a la actora, por su carácter de religiosa, ostentar tal dignidad; motivos igualmente desestimables no sólo en cuanto al primero, porque al igual que sucedía con los motivos séptimo y octavo, el que nos ocupa parece querer combatir una afirmación contenida en el considerando, que no alcanza consecuencias jurídicas en el fallo, único que puede ser objeto de recurso de casación por infracción de ley, sino también porque siendo la interpretación de las citadas cláusulas función atribuida al Tribunal sentenciador, nada hay en la postura sustentada por la resolución recurrida en este punto que pueda ser tachado de absurdo o ilógico, sino que, por el contrario, parece coincidir con los criterios permisivos sustentados por esta Sala en supuestos análogos, como el contemplado por la Sentencia de 3 de mayo de 1963, en la que se sostiene que «la renuncia que, acorde con la prohibición que impone el canon 515 del Código de Derecho Canónico, hacen los religiosos en razón a la perfección a que aspiran, limitada al uso de títulos nobiliarios, cuya renuncia, por implicar algo que se tiene y posee pone de manifiesto que precisamente para que tenga el valor de verdadero desprendimiento no puede comprender la del ejercicio de la acción dirigida al reconocimiento del mejor derecho genealógico al uso y posesión del título nobiliario discutido, a lo que, cumpliendo los requisitos que el Derecho canónico establece para dotarla de plena e indiscutible capacidad procesal, se ha limitado la demandante, sin mengua, sino, por el contrario, haciéndola viable, de cumplir la renuncia en los términos que en ella se concreta, estando autorizada para defender sus derechos con la condición de que inmediatamente haga cesión de los mismos a sus hijos».

Que ningún problema habrá de plantear la desestimación de los motivos undécimo y duodécimo, referidos ambos al Vizcondado de Iznajar, y de los cuales, el primero, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692, y alegando violación de la Ley de 11 de octubre de 1820, pretende, por una vía no apropiada, combatir un hecho sentado como probado en la resolución recurrida, el de que el título de Vizconde Iznajar, aunque coincidiera con la persona que ostentare los títulos de Conde de Cabra y de Duque de Baena, no tenía vinculación jurídica alguna con ellos, en tanto que el segundo, que alega la violación de la misma norma, insistiendo en la existencia de dicha vinculación entre tales dignidades, pretende la aplicación a la

primera de las normas de sucesión aplicables a las segundas, por lo que debe ser igualmente desestimado.

USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER Y SUSTITUCION FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.—*Artículos 467; 675, párrafo 1.º; 781; 785, párrafo 1.º, y 787 del Código Civil (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1982).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Trujillo, que, a su vez, había estimado en parte la demanda, por los siguientes fundamentos:

Que el punto fundamental y podría decirse único de la impugnación del recurso, es el relativo a la institución que la testadora doña T. C. B. hace en el testamento de catorce de mayo de mil novecientos veintinueve, en favor de su marido, que según la letra de dicho acto testamentario que acogió la sentencia de primer grado y sostienen actualmente los recurrentes, fue de un usufructo vitalicio, frente a la tesis de la sentencia recurrida de que se trata de una sustitución fideicomisaria de residuo, la que se combate, ante todo, utilizando argumentos en relación con la prueba practicada en la instancia, a través de un triple procedimiento: primero: en el motivo primero y por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación por inaplicación de los artículos mil doscientos dieciséis y mil doscientos diecisiete del Código Civil, en relación con el primero, párrafo uno, de la Ley del Notariado de veintiocho de mayo de mil ochocientos sesenta y dos y doscientos veintiuno y concordantes del Reglamento Notarial de mil novecientos cuarenta y cuatro, con referencia al testamento mismo notarialmente autorizado, por entender que no se dio al acto discutido el alcance que establecen los señalados preceptos; segundo: el motivo segundo, utilizando el cauce del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, denuncia error de derecho en la apreciación probatoria, con pretendida inaplicación del mil doscientos veinte, párrafo primero, del Código Civil, en relación con el quinientos noventa y siete de la Ley de Enjuiciamiento, referido igualmente al texto del testamento en cuestión; tercero: y, finalmente, el motivo tercero, asimismo amparado en el ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, alega error de hecho en la referida apreciación de la prueba, aduciendo, para cumplir el mandato legal, la copia notarial autenticada del testamento de referencia y la también copia autenticada de la escritura de aprobación y protocolización de las operaciones particionales mencionadas de diecinueve de julio de mil novecientos cuarenta y ocho; motivos los tres que son improspérables, porque todos ellos basculan sobre el último, que, sin duda, tiene razón cuando afirma que la sentencia recurrida no transcribe íntegramente el párrafo de la cláusula tercera del testamento, en el que se instituye heredero al marido de la testadora, omitiendo que lo era en usufructo vitalicio; pero, a su vez, el recurso omite la parte referente a las facultades que se conceden de enajenar y de disponer, que es lo realmente importante, no el

mero nombre en su expresión literal, que por sí solo no demuestra lo contrario de lo declarado por el Juzgador, en cuanto que la existencia de aquellas facultades entraña un problema de interpretación, como el propio recurso reconoce, impugnando incluso la efectuada en la sentencia, pero, lógicamente, en otros motivos cuya sola formulación evidencia que el llamado error de hecho, y, naturalmente, las consecuencias que de él se quieren obtener en los dos primeros motivos, carecen de la entidad suficiente para lograr el fin pretendido.

Que del tema interpretativo, al que se acaba de hacer referencia, se ocupan los motivos octavo y noveno, que también por razones de sistemática, deben analizarse alterando el orden trazado en el recurso, donde en ambos casos, por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia, respectivamente, interpretación errónea del párrafo primero del seiscientos setenta y cinco del Código Civil y violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo que cita, que, en el decir del recurso, determina la metodología a regir para interpretar los testamentos en casos de duda, lo cual es cierto, pero sin olvidar que lo que dice el indicado precepto sustantivo en el párrafo que se denuncia como infringido es que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, *a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador*», lo que se complementa con el inciso segundo del mismo párrafo primero, donde se dispone que «en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento», lo cual, con independencia de la dicción literal del testamento, conlleva la ineludible necesidad de analizar cuantos elementos puedan permitir discernir con claridad la verdadera voluntad de la testadora, como hizo la sentencia recurrida, que dio al precepto la interpretación debida, por lo que los dos motivos deben ser desestimados; en efecto, lo que literalmente dice la cláusula discutida es que «instituye y nombra por su único y universal heredero de todos sus bienes, derechos y acciones, en *usufructo vitalicio* y relevación de fianzas, a don T. D. P., pero facultándole expresamente para poder *enajenarlos* si lo creyese conveniente, sin que tenga necesidad de hacer ninguna justificación, así como también podrá *disponer* de los mismos bienes que adquiriera en esta sucesión por testamento o *mortis causa*. Y *para el caso* de que no hiciera uso de dichas facultades, o haciéndolo no dispusiera de todos los bienes que adquiere por este testamento, nombra herederos nudo-propietarios y por cabezas a sus sobrinos...», lo cual pone de relieve que la llamada institución de heredero tiene de usufructo sólo el nombre, pues esta posibilidad que permite el artículo setecientos ochenta y siete del Código, comporta el dejar a una persona el todo o parte de una herencia y a otra el usufructo, es decir, un derecho de propiedad y otro derecho real sobre cosa ajena, pero ambos en forma de llamamientos *simultáneos*, mientras que aquí son *sucesivos*, pues la institución de herederos nudo-propietarios lo es exclusivamente *para el caso* de que el denominado usufructuario no hiciera uso de las facultades dispositivas que se le conceden, o haciéndolo, no dispusiera de todos los bienes, a lo que no puede ser obstáculo lo establecido en la cláusula primera como obligación de los nudo-propietarios respecto de misas y construcción de un panteón, ni tampoco la falta del tecnicismo apropiado, pues muerto el heredero no cabe hablar de nudo-propietario,

por la inevitable consolidación del pleno dominio si a ello hubiera lugar; por otra parte, es cierto que cabe la hipótesis del llamado, según la terminología alemana, «usufructo de disposición», que permite el artículo cuatrocientos sesenta y siete, como excepción al viejo principio de *salva rerum substantia*, si lo autoriza la ley o el título de constitución, pero no es menos cierto que en el caso que se examina, las facultades no son solamente para enajenar o disponer *inter vivos*, sino también para disponer de los mismos bienes que adquiriera en esta sucesión, por testamento o *mortis causa*, lo que es incompatible con el usufructo, justo porque su titular no lo es del dominio y porque, según el artículo seiscientos cincuenta y nueve, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte», y sabido es que, a tenor del artículo quinientos trece, primero, el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, lo que significa la imposibilidad de transmitir algo a los efectos del artículo seiscientos cincuenta y siete, en un momento en que no le pertenece; razones todas que obligan también a la desestimación de los motivos cuarto y quinto, formulados ambos por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, con denuncia de violación por inaplicación, en un caso, de los artículos setecientos ochenta y siete y cuatrocientos sesenta y siete en relación con los cuatrocientos setenta y cinco, seiscientos cincuenta y nueve, cuatrocientos ochenta y seis, quinientos trece, cuatrocientos sesenta y ocho, ochocientos seis (párrafo tercero) y novecientos treinta y siete, todos del Código Civil, y en el otro, de la doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo que cita, referida al mencionado «usufructo de disposición».

Que igual suerte desestimatoria que los anteriores, y también como consecuencia de la interpretación del discutido testamento, amparada en el artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, deben correr los motivos sexto y séptimo, que, por el cauce del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, alegan, de un lado, aplicación indebida de los setecientos ochenta y uno; setecientos ochenta y tres, párrafo segundo, y setecientos ochenta y cinco, párrafo primero, del Código Civil, y de otro, violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en una extensa serie de sentencias de este Tribunal Supremo que cita, todo ello encaminado a combatir la aplicación de la otra solución interpretativa, al principio enunciada, que acoge la sentencia recurrida, en el sentido de estimar que lo instituido en el testamento de referencia fue una *sustitución fideicomisaria* de las llamadas *de residuo*, que, sin duda, es la que más se acomoda, al margen de los términos literales, a la verdadera voluntad de la testadora, pues los llamamientos son sucesivos, no simultáneos, y al titular del que se denomina usufructo, como se ha visto, no se le atribuye un derecho real de goce en cosa ajena, sino la propiedad, aunque sea en concepto de fiduciario, lo que implica, según el artículo setecientos ochenta y uno del Código, la obligación de conservación y transmisión de todo o parte de la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones, según el párrafo segundo del artículos setecientos ochenta y tres, que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, *salvo el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa*, posibilidad que permite no sólo disponer por acto *inter vivos*, que constituye la regla general, sino incluso *mortis causa*, siempre que conste de modo expreso, según proclamó la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de la que son ejemplo, entre

otras, las Sentencias de once de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, siete de enero de mil novecientos cincuenta y nueve y dos de diciembre de mil novecientos sesenta y seis; supuesto el segundo, que es el aquí concurrente, en el que la cláusula de residuo en la forma de *si quid supererit* da un matiz propio a la figura, que ciertamente agudiza las dudas que reflejó la doctrina científica y, sobre todo, la jurisprudencia sobre el encaje de la institución, con la fórmula *de eo quod supererit*, dentro de las sustituciones fideicomisarias, llegándose a decir que no encaja del todo en el marco genuino de éstas (Sentencias de trece de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta), con base, sin duda, en la repercusión para el fideicomisario, que si en el primer caso vendría a tener condicionado no su derecho, pues el orden sucesorio sucesivo subsiste, pero sí el *quantum*, que sería incierto, en cambio, en el segundo caso, podría tener condicionado el derecho mismo, lo que pudiera contradecir la norma del artículo setecientos ochenta y uno; siendo, sin embargo, de recordar que, según el artículo seiscientos cincuenta y ocho, la voluntad del testador es la decisiva en la sucesión testamentaria, pues declara que «la sucesión se defiere por la *voluntad* del hombre manifestada en testamento, y a falta de éste, por disposición de la ley», como lo es también para su interpretación según el seiscientos setenta y cinco, en consonancia con lo cual el artículo setecientos ochenta y tres, párrafo segundo, permite que el testador disponga cosa distinta respecto de la obligación del fiduciario, que se establece en el párrafo primero, y estando incluido este precepto en la normativa de la sustitución fideicomisaria es indudable que cualquiera de las dos posibilidades que ordene el testador, lo será respecto de dicha sustitución fideicomisaria, que en estos casos, sobre todo el segundo, se presenta como forma especial, pero no excepcional, de lo que constituye la regla general en la materia.

COMENTARIO.—Bajo el nombre de disposiciones testamentarias de residuo se conocen aquellas por las que el testador designa a una persona como heredero o legatario —por tanto, como verdadero propietario de los bienes en que consisten—, ordenando que los bienes de que no haya dispuesto pasen a su muerte a otro heredero o legatario. Ofrecen dos modalidades, según que el testador faculte al primer heredero o legatario para disponer de los bienes sin trabas de ningún género, esto es, libremente (fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*), o bien limite los poderes dispositivos del primer llamado de tal forma que siempre los ulteriores sucesores deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad del testador (fideicomiso de residuo *de eo quod supererit*). Ambas modalidades han sido reconocidas por la jurisprudencia (Sentencias de 7 de enero de 1959 y 20 de octubre de 1962), si bien se discute si estas disposiciones son modalidades de la sustitución fideicomisaria o, por el contrario, se trata de instituciones autónomas. A favor de la primera solución se aduce la existencia de un doble llamamiento y la trayectoria predeterminada de los bienes, si bien falta la obligación de conservar, bien en absoluto, bien en una parte, y de restituir los bienes.

Esta diferencia puede, sin embargo, salvarse por el inciso final del artículo 783 del Código Civil («... salvo el caso de que el testador...») y, en consecuencia, estimarlas como verdaderas sustituciones fideicomisarias, caracterizadas por la obligación de entregar el remanente, caso de existir.

A su vez, la principal diferencia entre estas sustituciones y el usufructo con facultad de enajenar estriba en que el usufructuario no es dueño de los bienes y, por tanto, nunca podrá consolidar la plena propiedad en su persona, por lo que, caso de fallecer o fallar los ulteriores llamados al goce de los bienes, se abrirá, en su caso, la sucesión intestada, pero no podrá el usufructuario, en virtud de su llamamiento al usufructo, adquirir el pleno dominio de los bienes usufrutuados; en cambio, en el caso del fiduciario de residuo (y lo mismo del fiduciario simple), en el supuesto de faltar los fideicomisarios, podrá adquirir la propiedad libre de los bienes y transmitirla a sus sucesores, por cuanto ya tenía la propiedad de los mismos, si bien limitada *ad tempus* o con las modalidades establecidas por el fideicomitente. Y todo ello con independencia de que el llamamiento sea a título universal (herencia) o particular (legado), si bien, como es sabido, en principio, y desde el punto de vista institucional, el usufructuario, aunque lo sea de una universalidad, viene considerado en el Derecho sucesorio como legatario, no como heredero. Ello es un argumento más y corrobora que carezca de la fuerza expansiva del llamamiento a título universal o de herencia. Además, y ello resulta de lo dicho, en el usufructo hay un doble llamamiento simultáneo a favor de distintas personas, atribuyendo a cada una de ellas, desde el momento de la muerte del testador, un derecho de distinta naturaleza —usufructo a una, y nuda propiedad a otra—, es decir, hay atribución *simultánea* de derechos de naturaleza distinta. Mientras que en la sustitución fideicomisaria hay un doble llamamiento sucesivo —no simultáneo— a favor de distintas personas, atribuyendo a cada una de ellas, después de la otra, cuando se dé el supuesto previsto, idéntico derecho de propiedad sobre los bienes relictos o lo que de ellos quede, es decir, existe una atribución *sucesiva* de derechos de la misma naturaleza (propiedad).

En el caso de la sentencia comentada parece que la intención de la testadora —a la que habrá de atenderse antes que a la literalidad de los términos empleados, y ello aunque el redactor de la escritura fuese un Notario— es la de atribuir al primer llamado con el nombre de usufructuario el goce y la plena disposición, no sólo por actos entre vivos, sino incluso por testamento o *mortis causa*, de los bienes heredados, y *únicamente* para el caso de que no hiciera uso de dichas facultades de libre disposición de los bienes o haciendo uso de ellas no hubiera dispuesto de todos los bienes heredados, nombre herederos nudo propietarios (*sic*) a sus sobrinos. La piedra de toque se encuentra, en definitiva, en la diferencia últimamente apuntada con anterioridad: mientras en la institución en usufructo y nuda propiedad hay llamamiento *simultáneo*, en la sustitución fideicomisaria el llamamiento es *sucesivo*. Y en el supuesto objeto de la sentencia aparece clara la voluntad de la testadora, consistente en que los sobrinos no adquieran la propiedad de los bienes al abrirse la sucesión, sino únicamente después del primer llamado, don T. D. P., y para el caso de que no hubiese dispuesto de los bienes heredados por actos entre vivos o *mortis causa*. De donde resulta que los sobrinos tienen que esperar necesariamente a la muerte de don T. D. P. para saber si adquieren algo, no teniendo hasta que ésta ocurra más que una simple expectativa, que ni siquiera les faculta

para pedir medidas de aseguramiento por cuanto son omnímodas las facultades de disposición de don T. D. P. Y ello corrobora la tesis de la Audiencia y del Tribunal Supremo, pues tan amplísimas facultades se compadecen mal con el carácter de usufructuario. Lo que unido al título universal del llamamiento, como heredero, y además único heredero, determinan que sea completamente acertada tal calificación.

F. C. L.

TITULOS NOBILIARIOS.—NOVACION.—*Cabe la novación o modificación de los primitivos términos de la concesión* (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, confirmatoria de la del Juzgado número 2 de Badajoz, en base a las siguientes consideraciones:

Considerando que constituyendo el objeto del presente recurso, el debate sobre la titularidad de una merced nobiliaria, concretamente la del Marquesado de M., es preciso partir del principio básico e indeclinable en testamentaria, de la atribución de su origen a la potestad real de la que todas emanan, como prerrogativa del Soberano en su condición de Jefe Supremo del Estado, al modo como consta en el Código de las Siete Partidas (Ley segunda, Título XV, de la Partida II) y se mantuvo en las Leyes de Toro (Leyes XL y XLV), Novísima Recopilación (Ley veintiocho, Título I, del Libro IV), Leyes Desvinculadoras (especialmente la de once de octubre de mil ochocientos veinte), hasta llegar al Decreto de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho (artículo quinto) e incluso a la vigente Constitución de mil novecientos setenta y ocho, en cuyo artículo sesenta y dos, al señalar las facultades del Rey, menciona, en la letra f), la de «...conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes»; potestad regia, que por su propia naturaleza, no se limita a la concesión u otorgamiento, sino que también comprende la pérdida y la modificación posterior, según admitió la Ley veinticinco del Título I, Libro IV, de la Novísima (Pragmática de Carlos IV de mil ochocientos cuatro), cuando al referirse a las mercedes ya concedidas, dispone que su naturaleza «se estime según el fin de la concesión o *permiso* para su venta o enajenación, que *después* hubiese yo concedido»; modificación o alteración que, como se ve, comprende hasta el caso de venta o enajenación, y que jurídicamente produce una *novación* de los términos en que se hizo la concesión primitiva en lo referente al orden sucesorio por incompatibilidad del antiguo con el nuevo, que lleva consigo el encabezamiento de nueva línea que produce el desplazamiento del anterior, el cual deja de tener consideración jurídica, en cuanto a la referencia del «mejor derecho» sucesorio, que habrá de conectarse, a partir de entonces, con la nueva línea instaurada, porque la precedente dejó de tener derecho alguno, ni mejor, ni peor.

Considerando que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo interpretó estrictamente esta doctrina cuando tuvo que aplicarla a los casos que

podieran verse implicados en ella, como comenzó haciendo en las Sentencias de veintidós de noviembre de mil ochocientos noventa y dos y veintisiete de junio de mil ochocientos noventa y seis, con criterio que se mantuvo en la de veinte de junio de mil novecientos ocho, donde se declara que «cabe el supuesto de que, respecto de las dignidades nobiliarias y con intervención del Monarca, se *altere* o *modifique* el orden regular y ordinario de la sucesión, sin que por ello se pueda entender vulnerado ningún derecho de los llamados a aquella merced», y la de veintiocho de enero de mil novecientos veintiocho, que proclamó que ello «implica, en esencia, una *novación* en los términos o reglas con que fue concedida la merced..., por el principio de que la Corona es fuente de estas mercedes»; interpretación que, más modernamente, sigue la Sentencia de primero de diciembre de mil novecientos sesenta y siete, que admitió expresamente la concesión *modificativa*, hecha por el Soberano, del orden sucesorio ordinario, y asimismo la de veintiséis de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, en la que con gran precisión se proclama que «la potestad real es fuente de toda dignidad nobiliaria, y emanando una Real Carta de un acto soberano, a ella debe estarse en cuanto expresión de la voluntad del Real, y aun en el supuesto de que fuera *modificativa* de un orden señalado, siempre tendría propia virtualidad..., pues es primordial admitir que quien es creador de las dignidades nobiliarias tiene potestad soberana para suprimirlas y asimismo para *modificarlas*, aun alterando el orden sucesorio inicial...»; doctrina igualmente acogida en las Sentencias de veinticuatro y veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y siete, y también en todas aquellas de las que puede ponerse como muestra la de treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho, en las que se afirma la intangibilidad de las cesiones debidamente *aprobadas* en tanto no se acredite su nulidad, y que debe ser mantenida no sólo porque está perfectamente acomodada a la normativa legal vigente, sino también porque contribuye a paliar, al menos, en parte, la incertidumbre y consiguiente inseguridad jurídica a que conduciría la interpretación contraria.

Considerando que la normativa e interpretación jurisprudencial que se acaban de exponer, a la que ninguna de las dos sentencias de instancia incomprensible e indebidamente hacen ni siquiera alusión a pesar de haber sido alegadas desde la contestación a la demanda, son de aplicar al presente caso teniendo en cuenta los datos de hecho acreditados en autos, según los que el Marquesado de M., que es, como se dijo, la dignidad nobiliaria que ahora se discute, fue creado por el Rey Carlos III en mil setecientos sesenta y uno en favor de don J. D. para sí, sus hijos y *descendientes*, y al morir sin descendencia la tercera Marquesa en mil ochocientos sesenta y ocho son dos los que aspiran a la sucesión, ninguno de los cuales, según se dice en el informe del Ministerio de Gracia y Justicia, procedía *derechamente* de los primitivos concesionarios, añadiéndose que «no hay otros individuos que puedan ostentar mejor derecho o por lo menos no lo han ejercitado», lo cual es exacto; lo segundo, porque no existía entonces ni ha aparecido alguno en el largo transcurso de más de cien años, y lo primero, porque el causante originario de los actuales titulares tenía parentesco de consanguinidad, por parte de madre, con dicha tercera Marquesa, mientras que aquél de quien trae causa el actual recurrido era un *cesionario* de un pariente suyo que entroncaba con la segunda línea de los concesionarios primitivos por el procedimiento de subir al tronco común para después

descender (llamado vulgarmente procedimiento de «sifón»), el cual, además, prometió desistir y separarse de su reclamación si se rehabilitaba a su favor el Marquesado de V., perteneciente a la misma casa de M., que estaba vacante por desuso, como en efecto sucedió, quedando, por tanto, apartado de la primera pretensión, lo que le impide transmitir algo que no tiene, pues es sabido que *nemo dat quod non habet*, ya que la renuncia fue condicionante de la rehabilitación que otorga el Regente del Reino, como lo fue de la sucesión otorgada en el Marquesado de M. el treinta y uno de marzo de mil ochocientos setenta en favor del causante de los actuales titulares (ahora recurrentes); con lo cual no se dirime un pleito, inexistente por otra parte, sino que el Regente, en su condición de Jefe Supremo del Estado (según precisa el informe del Ministerio), se limitó a utilizar las facultades discrecionales que la ley le concedía para el otorgamiento y modificación de estas mercedes nobiliarias, novando el primitivo orden sucesorio (prácticamente imposible de mantener en su pureza, puesto que se limitaba a los hijos y descendientes del concesionario, que no existían) por otro diferente que encabeza una nueva línea, que debe reputarse válido con todas las consecuencias legales; a lo que no puede ser obstáculo la circunstancia de que en la carta de sucesión figure la consabida fórmula de «sin perjuicio de tercero de mejor derecho», que en este caso tiene la simple consideración de cláusula de estilo, habida cuenta lo que se dice en el propio informe ministerial, que sirve de motivación a la decisión regia, respecto de la ausencia de otros que puedan ostentar mejor derecho.

Considerando que, con base en cuanto antecedente, debe ser estimado el primer motivo del recurso, donde por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia violación de la Ley veinticinco, título primero del libro VI de la Novísima Recopilación, del artículo trece de la Ley desvinculadora de once de octubre de mil ochocientos veinte, del artículo quince de la Ley desvinculadora de once de octubre de mil ochocientos veinte y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de este Tribunal Supremo que cita; estimación que conlleva la del recurso en su totalidad, procediendo, sin necesidad de examinar los restantes motivos que también se formularon, la casación y anulación de la sentencia recurrida, con devolución del depósito constituido, según preceptúa el artículo mil setecientos cuarenta y cinco del mismo texto legal y sin que sean de apreciar méritos que permitan hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite.

Y en la segunda sentencia resuelve de conformidad con las razones transcritas.

El primer motivo del recurso, que acepta el Tribunal Supremo, dice así:

Primero. Autorizado por el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida infringe por violación la Ley veintiséis del título segundo del libro sexto de la Novísima Recopilación, del artículo trece de la Ley desvinculadora de once de octubre de mil ochocientos veinte, el artículo quinto del Decreto de cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y ocho y la doctrina legal, sentada, entre otras, en las Sentencias de veintisiete de diciembre de mil ochocientos setenta y tres, veintisiete de junio de mil ochocientos noventa y seis, veintidós de noviembre de mil ochocientos noventa y dos, veinte de

junio de mil novecientos ocho, veintinueve de mayo de mil novecientos setenta y siete, veintiséis de marzo de mil novecientos sesenta y ocho y veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y siete, entre otras. La sentencia recurrida se apoya esencialmente en la consideración de que el título debatido de Marqués de M. es de carácter regular y no ha sufrido durante su historia modificación alguna, y sobre la base de la inmodificabilidad general y carácter vinculante de los títulos considera a don J. J. N. primer poseedor del título, como único punto de referencia para la determinación del parentesco y de la preferencia genealógica. La sentencia recurrida, sin embargo, no ha tenido en cuenta para nada la alegación hecha por esta parte desde el primer momento de que el título de Marqués de M. había sido objeto de una novación, por la que se constituyó a don C. S. S. cuarto Marqués, en nueva cabeza de línea, como consecuencia de la carta de sucesión que le fue expedida por el Regente en treinta y uno de marzo de mil ochocientos setenta. La sentencia de Primera Instancia se ocupa de la cesión por testamento, también alegada, para negar su existencia, pero tampoco menciona siquiera la alegación de la novación producida por una decisión soberana de quien tenía facultades para adoptarla. La sentencia recurrida, al afirmar con carácter general la inalienabilidad y el carácter vincular de los títulos, se olvida que la posibilidad de que el Rey otorgue privilegios en materia nobiliaria con alteración de las propias cláusulas de la fundación y, por tanto, prevaleciendo sobre las normas generales (Ley cuarenta del Toro), con dispensa de las propias leyes en los casos concretos (Ley segunda, título dieciocho, partida tercera), está reconocida como principio general del Derecho nobiliario por la Ley veinticinco del título primero del libro sexto de la Novísima Recopilación (Pragmática de Carlos IV de mil ochocientos cuatro).

F. C. L.