

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA RESOLUCION CONTRACTUAL PROVOCA LA EXTINCION DEL CONTRATO CON EFECTOS RETROACTIVOS (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando ciertamente, y en tesis general, la resolución contractual haya de ser concedida sobre la base de un incumplimiento esencial por alguna de las partes, significativo de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, si la resolución sobreviene, arrastraría consigo la extinción de las relaciones contractuales no sólo para el futuro, sino con efectos retroactivos y buscando una *in integrum restitutio*, reproduciendo en lo posible la situación anterior al contrato, con la consecuencia de haber de reintegrarse cada contratante de las prestaciones efectuadas por el contrato, al igual que en los casos de rescisión por lesión (art. 1.295), de anulabilidad (1.303) e incluso de condición resolutoria expresa, de tal suerte que la liquidación habría de hacerse aplicando para regular la mutua restitución las reglas del artículo 1.122.

LA LEGITIMACION ENLAZA LA CAPACIDAD JURIDICA Y LA DE OBRAR (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La legitimación es una figura jurídica de Derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar, en términos generales, a dudas, ya que se trata de un *instituto* que tanto en sus manifestaciones de Derecho sustantivo —*legitimatio ad causam*—, como adjetivo —*legitimatio ad processum*—, constituyen una

especie de concepto puente en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad jurídica y la de obrar —capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el Derecho adjetivo— y la claramente real y efectiva de «disposición» o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras, que son cualidades estrictamente personales, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta. La infracción referida a supuestos de personalidad ha de ser alegada por el cauce del recurso de casación por quebrantamiento de forma, mientras que las cuestiones de legitimación deben serlo a través de la casación por infracción de ley y de doctrina legal.

ARBITRAJE: SE REQUIERE LA CONCURRENCIA DE LA TOTALIDAD DE LOS ARBITROS NOMBRADOS PARA PODER CUMPLIR LA FUNCION ARBITRAL (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Es preciso que el laudo arbitral no se halle afectado de nulidad absoluta por resultar contrario a la ley; podrá accederse a nulidad cuando «se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos y falte alguno esencial en el evento de que se trate»; en el presente caso, dado que el artículo 21 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 determina imperativamente que «los árbitros serán siempre en número uno, tres o cinco», y que el auto que formalizó judicialmente el compromiso precisó que los árbitros de equidad actuaran colegiadamente en número de tres, no cabe otorgar validez al laudo arbitral en cuya elaboración y dictado se infringió un precepto legal de tanta relevancia como el que afecta a la composición del órgano colegiado que lo emitió, toda vez que aun cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, baste la mayoría de votos para dictar el laudo, es obvio que se requiere la concurrencia de la totalidad de los nombrados para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó, y que cuando, como sucede en el presente caso, la renuncia anticipada de uno de sus miembros reduce a sólo dos el órgano colegiado, no puede reputarse válidamente dictado el laudo arbitral.

DAÑOS Y PERJUICIOS: DECLARADO EL DOLO DEL OBLIGADO, NO ES POSIBLE MODERAR SU RESPONSABILIDAD (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La redacción dada por el legislador de 1889 al artículo 1.107 del Código Civil, ofrece una doble dimensión en orden a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones; en primer lugar, la del deudor de buena fe, aspecto cua-

litativo caracterizado porque en él la determinación del *quantum* resarcitorio puede venir determinado por la voluntad de las partes o por ser consecuencia necesaria del incumplimiento, y, en segundo lugar, los supuestos de indemnizaciones derivadas de un específico *qual*, el dolo, cuya trascendencia en orden al *quantum* del resarcimiento no tiene otros límites para el legislador que la realidad y el valor del daño, del perjuicio o de ambos si se produjeran, no pudiendo, en consecuencia, venir mediatizada la determinación de su entidad pecuniaria por acuerdo ni pacto alguno, dada la terminante prohibición que a la renuncia de la acción por dolo se establece en el inciso segundo del artículo 1.102 del Código Civil. Declarado por la Sala de Apelación que la conducta del demandado ha sido dolosa, no resulta posible moderar sus consecuencias con base en la *aequitas*.

NO ES INEXISTENTE UN CONTRATO DE COMPRA DE TERRENOS POR EXTRANJEROS, EN ZONA ESTRATEGICA, QUE NO SE HA INSCRITO EN EL REGISTRO (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1982).

Hechos.—Una Compañía Urbanizadora vendió una parcela de terreno en Mallorca, a unos extranjeros, para que se edificaran un chalet. Surgidas luego ciertas discrepancias entre las partes, la Compañía demanda la nulidad del contrato, alegando la falta del requisito de inscripción. Los demandados fueron absueltos.

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia interpretación errónea de la Ley de 12 de mayo de 1960, que es la aplicable en atención a la fecha del contrato, relativa a la adquisición por extranjeros de inmuebles en zonas estratégicas del territorio nacional, alegándose que, de acuerdo con el precepto que se dice infringido, el contrato es nulo de pleno derecho, añadiéndose que además es inexistente, lo cual no se corresponde con la normativa legal, pues el contrato como tal existe, en cuanto que reúne los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, y la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad impuesta por la Ley de 1960 comporta, en caso de incumplimiento, una nulidad radical del artículo 6 del Código por contravenir un precepto de ley imperativa, si concurren los presupuestos que la misma contempla, pero nunca una inexistencia, como se pretende, siendo incluso dudosa la sanción de nulidad absoluta, pues nada impide que la inobservancia pueda ser subsanada con la posterior inscripción.

Tampoco puede decirse que concurren los supuestos requeridos por la Ley de 1960, pues exige la *previa autorización* del Ministerio de Defensa para la «adquisición por entidades o individuos de naturaleza extranjera de... fincas y terrenos siempre que dichas propiedades estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas...», por lo que la normativa referida no puede ser aplicable al supuesto contemplado, pues lo que se adquiere con el contrato es una parcela de terreno para construir un chalet dentro de una urbanización.

COMENTARIO.—Actualmente, la legislación aplicable a esta materia la constituye la Ley 8/1975, de 12 de marzo, y su Reglamento de 10 de febrero

de 1978, que tras establecer que «deberán necesariamente inscribirse en el Registro...» los actos por los que se constituyan derechos a favor de extranjeros sobre inmuebles sitos en las zonas de acceso restringido a la propiedad para ellos, fija el plazo de dieciocho meses para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los dichos títulos, pasado el cual se producirá de pleno derecho la nulidad de los mencionados actos y contratos.

LA NULIDAD DE UN TESTAMENTO CLAMA POR LA VIRTUALIDAD DEL TESTAMENTO ANTERIOR (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Para que se produzca la revocación tácita de un testamento anterior es necesario que el posterior sea perfecto, y como tal válido, según dispone el artículo 739 del Código Civil, lo que significa que habrá de tratarse de un negocio que ha de reunir todos los requisitos legalmente prevenidos, pues en otro caso se seguirá la carencia de efectos y, por tanto, habrá de ser descartada toda posibilidad de que se origine la revocación del anterior conforme a la regla *quod nullum est nullum producit effectum*, aun cuando la invalidez no deba ser confundida, obviamente, con la virtualidad de los llamamientos, de donde se sigue que la nulidad de un testamento y la consiguiente ineficacia de la voluntad revocatoria no se oponen, antes bien, claman por la plena virtualidad del testamento anterior válido.

EL RESARCIMIENTO DEBE COMPRENDER TODA CONSECUENCIA DEL ACTO LESIVO (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—La amplia dicción del artículo 1.106 del Código Civil produce que la entidad del resarcimiento, presupuesto del evento perjudicial y la conducta sancionable abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*).

LA CUANTIA DE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES CORRESPONDE FIJARLA AL TRIBUNAL DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1982).

Hechos.—Un autobús invadió la acera y atropelló a una niña, a la que causó graves lesiones de las que le han quedado permanentes secuelas. Se condenó a la empresa de autobuses a que indemnice con dos millones de pesetas. El padre de la perjudicada recurre, pero sin éxito.

Doctrina de la sentencia.—En los supuestos que versan sobre indemnización por daños causados por culpa extracontractual, la cuantificación de los mismos corresponde exclusivamente al Tribunal de Instancia; el artículo 1.902 no contiene norma o regla secundaria de valoración del daño, ni referencia al momento que ha de tenerse en cuenta para su estimación, por lo que estos datos han de ser conjugados por el Juez según el resultado de la prueba. La doctrina anteriormente sentada tiene aún una más ajustada aplicación cuando se trata de la indemnización por daños morales; estando constituido el daño moral por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y otros análogos; bienes que deben ser indemnizados discrecionalmente, en función del artículo 1.902 del Código Civil, como compensación a los sufrimientos del perjudicado, siendo su valoración cuestión de hecho de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de Instancia, debiendo hacerse constar que es precisamente el necesario respeto a esta libre y soberana apreciación el que impide a la Sala de Casación fijar, como tal vez sería justo, una más alta cuantificación de la indemnización a abonar al recurrente por los gravísimos daños físicos y morales causados.

NO TODA ENAJENACION DE BIENES INMUEBLES PRECISA LA EXPRESION DE LOS LINDEROS (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—El contrato pone de relieve con claridad el objeto vendido, al establecer las bases adecuadas para la posterior determinación cuantitativa del terreno a que, en definitiva, haya de alcanzar la venta realizada, y sin que a ello quepa objetar, cual hace la sentencia recurrida, que toda enajenación de bienes inmuebles precisa la expresión de sus linderos que signifique la línea poligonal esencial para la configuración de las fincas y su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, pues si ello es cierto, en manera alguna quiere decir que esa delimitación poligonal, creada por expresión de los linderos adecuados, haya de constatare precisamente en el documento formalizador de la compraventa, ya que la determinación precisa puede quedar supeditada a condicionantes también pactadas y, por tanto, sin precisar acudir a nuevos convenios entre las partes.

Constatada la compraventa citada en documento privado, con precio

aplazado, sin exigencia legal de inscripción registral, no es obstáculo la normativa hipotecaria, al no ser la inscripción en nuestro Derecho de alcance constitutivo.

LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESCISION RESTRINGEN EL AMBITO DEL PRINCIPIO QUE PROHIBE IR CONTRA LOS PROPIOS ACTOS
(SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—No puede oponerse la doctrina del acto propio invalidante al que insta la nulidad, por haber intervenido en el mismo; el susodicho principio no puede ser amparador de actos que por su ilicitud no han debido nunca existir, queriéndose decir que el sistema de las acciones de nulidad y rescisión, en cierto modo, restringen el ámbito del *venire contra factum proprium non valet*, porque al impugnar el negocio en el que se ha intervenido, se viene lícitamente contra los propios actos ante la revocación que se intenta, pero no que no se pueda oponer ese principio a quien, aun interviniendo en el acto o negocio defectuoso, lo haya después ratificado, confirmado o convalidado con su explícita conducta.

EL DECRETO-LEY SOBRE MODIFICACION DE DETERMINADAS LEYES DE LA COMPILACION DE NAVARRA, NO TIENE CARACTER RETROACTIVO (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Es hecho indubitado que el contrato de fianza discutido se convino en 1969, fijándose en esa fecha su carácter y naturaleza jurídica y su alcance personal y temporal, y si bien este contrato, no obstante ser anterior a la promulgación de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra de 1 de marzo de 1973, ha de regirse por esta ley, conforme a su norma general de retroactividad expresa contenida en la disposición transitoria primera, el Decreto-ley 19/1975, de 26 de diciembre, sobre modificación de determinadas leyes de la Compilación indicada, no contiene norma alguna de retroactividad expresa ni tácita, sino únicamente en su artículo 2, la específica acerca de su entrada en vigor el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, precepto que no puede admitirse entrañe criterio alguno de retroactividad, por lo que regirá el precepto, supletorio para el Derecho privado foral de Navarra, contenido en el artículo 2, apartado 3, del Código Civil, a cuyo tenor «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario», y, en consecuencia, el contrato de fianza concertado en el año 1969 ha de regirse por las normas contenidas en la Compilación a la fecha de su promulgación en 1973, sin que le afecte la modificación operada en su texto por el Decreto-ley de 1975, ya que seguir otro criterio implicaría contravenir la confianza y seguridad que los ciudadanos deben tener en el ordenamiento jurídico vigente al celebrar actos jurídicos, además de infringir el principio de irretroactividad reconocido en el artículo 2.º, apartado 3.º, del Código Civil.

Las disposiciones legales, si nada disponen en contrario, no ordenan más que para el porvenir, ni rigen más actos que aquellos que se producen con posterioridad a su promulgación, por lo que las situaciones jurídicas creadas al amparo de una norma no pueden ser alteradas sin que el legislador dé expresamente efecto retroactivo a la disposición derogatoria, dado que el respeto a los derechos adquiridos exige que la promulgación de nuevas normas jurídicas no impida que los actos realizados bajo el imperio y vigencia de las disposiciones anteriores puedan seguir produciendo efectos jurídicos durante el imperio de aquéllas, excepto si la norma posterior ordenare expresamente le retroactividad.

NO ES NECESARIO DEMANDAR A TODOS LOS RESPONSABLES SOLIDARIOS DE UN DAÑO PARA QUE QUEDE VALIDAMENTE CONSTITUIDA LA RELACION JURIDICO-PROCESAL (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Si bien resalta la errónea afirmación contenida en la resolución impugnada en orden a su afirmación de inexistencia de solidaridad entre el autor material del daño y aquel que por aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 1.903 del Código Civil deba responder por *culpa in vigilando o in eligendo*, ya que en estos supuestos la jurisprudencia de esta Sala viene proclamando con reiteración la solidaridad entre los responsables por uno y otro concepto, consagrando lo que la doctrina científica denomina «solidaridad impropia», no lo es menos que: a) el perjudicado por el acto ilícito puede plantear su pretensión articulándola conjuntamente contra el autor material del daño y contra el que deba responder por *culpa in vigilando o in eligendo*; b) puede demandar separadamente a cualquiera de ellos, precisamente por la solidaridad entre los mismos antes denotada, y c) no existe, en su consecuencia, un consorcio pasivo necesario entre los responsables de esta naturaleza que obligue a demandarles a todos para la válida constitución de la relación jurídico-procesal.

LA FACULTAD RESOLUTORIA DE LOS CONTRATOS PUEDE EJERCITARSE EXTRAJUDICIALMENTE (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Doctrina de la sentencia.—Con independencia de sus orígenes y de las pautas seguidas en el Derecho comparado, ya otorgando exclusivo carácter judicial al remedio resolutorio (Código Civil francés), bien subordinando la virtualidad de la declaración del acreedor al incumplimiento por el deudor en el plazo que discrecionalmente le fija (Código Civil italiano), la doctrina jurisprudencial enseña que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, a reserva —claro está— de que

sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada. La relación podrá ser resuelta cuando el examen de los hechos patentice la producción de un suceso obstativo, que impida el cumplimiento de manera absoluta, lo que acontecerá en la hipótesis de que al incumplimiento culposo del deudor se añade la imposibilidad de la prestación o de alcanzar el fin práctico del contrato.

El principio de conservación del contrato, que rebasa el ámbito de la teoría contractual para extenderse a la de todo el negocio jurídico, de tanta importancia en materia de interpretación de las declaraciones de voluntad y del que es un aspecto la regla *utile per inutile non vitiatur*, si bien resulta aplicable en nuestro ordenamiento como encuadrable en el más amplio de la buena fe objetiva (*favor negotii*) y ha sido aludida por la jurisprudencia (Sentencia de 30 de octubre de 1944 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de junio de 1965), obviamente, no impide ni excluye el juego propio de las pretensiones resolutorias cuando se ha frustrado el fin del contrato y media incumplimiento esencial y culposo imputable a una de las partes.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

SOCIEDAD DE GANANCIALES. PATRIMONIOS SEPARADOS. COMUNIDAD HEREDITARIA. ADMINISTRACION DE LA HERENCIA. ALBACEAZGO. Artículos 398, 902, 1.424 (antiguo) y 1.431 (antiguo) del Código Civil (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1982).

Las facultades de conservar y custodiar llevan consigo las de administrar. El cargo de comisario equivale al de albacea universal.

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 los actores y apelantes contra la sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, fundamentando el fallo en las siguientes consideraciones:

Que en el motivo primero y por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia violación por inaplicación de la norma contenida en el 1.424 del Código Civil, en la redacción anterior a la reforma de 1981, entonces vigente, a cuyo tenor, «hechas las deducciones en el caudal inventariado, el remanente del mismo caudal constituirá el haber de la sociedad de gananciales», argumentando que el causante de los hoy recurrentes, de cuya sucesión se trata, estaba casado en segundas nupcias, de las que no tuvo descendencia, diciéndose que los bienes existentes a la muerte de la primera mujer constituyen un patrimonio autónomo que permanecerá en indivisión hasta que se realicen las operaciones particionales, coexistiendo, «al menos, dos comunidades sobre

el conjunto total del patrimonio»; lo cual es incomprensible en cuanto a planteamiento, tanto fáctico como jurídico, porque se trata de la herencia de una persona, cuyo haber patrimonial constituye una sola comunidad hereditaria surgida con su muerte, al abrirse la sucesión, incompatible de suyo con la pretendida separación de dos patrimonios autónomos, justo porque todavía no se ha realizado la partición que lleva consigo el inventario y la liquidación a los que se refiere el precepto invocado como infringido, que se complementa precisamente, a estos efectos, con lo dispuesto en el artículo 1.431 del Código (también en la anterior redacción), que contempla el supuesto de la ejecución simultánea de la liquidación de los bienes gananciales de «dos o más matrimonios contraídos por una misma persona», admitiéndose toda clase de pruebas «para determinar el capital de cada sociedad», índice bien elocuente de que hasta que llegue ese momento liquidatorio, ni hay posibilidad de conocer la parte de cada una, ni mucho menos de hablar de patrimonios separados y autónomos, como el recurso pretende; pero es que, además, el alegato en la forma como se presenta, con apoyo en el citado artículo 1.424 del Código Civil, no lo fue en el período debido de la instancia, sino que lo es ahora por vez primera, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva que tiene vedado su acceso a la casación por imperativo de lo dispuesto en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento, incidiendo en causa de inadmisión, que en el actual trance decisorio lo es de desestimación.

Que el motivo cuarto —que por razones de sistema debe examinarse a continuación—, también por la vía del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alega aplicación indebida del 398 del Código Civil, relativo a la administración y mejor disfrute de la cosa común, para lo que serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, combatiendo la afirmación de la sentencia recurrida de que el acuerdo de 5 de marzo de 1976 que suscribió la viuda del testador junto con tres de sus hijos (ahora recurrentes), por el que se concedió la administración de los bienes que integraban la sociedad conyugal a un tercero, «está vacío de contenido», por lo que se le declara nulo; y se añade que la infracción se demuestra «por los siguientes motivos que se derivan de un *error en los hechos* de la sentencia al referirlos a la norma general que contiene el precepto», en armonía con lo cual, se limita a alegar una serie de hechos que, en su decir, evidencian lo contrario de lo proclamado por el Tribunal *a quo*, tales como que la viuda otorgó también el poder al referido tercero y que aunque lo revocó el 12 de julio del mismo año 1976, produjo efectos durante ese tiempo, y ella, junto con los demás terceros intervinientes, representaban la mayoría de las participaciones, teniendo que ser obligatorios para todos los acuerdos relativos a la administración de la herencia; datos de hecho, los mencionados, contrarios a los declarados probados en instancia, que sólo podían haberse invocado por la vía del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, aduciendo un error de este tipo en la apreciación de la prueba, con lo que incide en la causa de inadmisión novena del 1.729 de la misma ley, que en el presente trámite lo es de desestimación; siendo de advertir, por otra parte, que la sentencia recurrida podría decirse que lo interpretó con error, pero no que aplicó indebidamente el artículo 398 del Código, ya que la resolución de primer grado (cuyos considerandos acepta totalmente la que ahora se impugna) pone en duda la válida aplicación del precepto y con razón,

habida cuenta la especialidad de la comunidad hereditaria, que parte de la doctrina asimila, incluso, a la germánica o en mano común, a la que sólo serán aplicables las normas de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, propios de la comunidad por cuotas partes, en la medida que permitan las características especiales que aquélla ofrece; y la conclusión, sin duda correcta, a que llegan ambas sentencias es la de que aun aplicando el 398, no serviría, en este caso, para amparar el acuerdo de aquella parte de los herederos, que no representaban la mayor cantidad de intereses exigida en el párrafo segundo del mismo, en cuanto que la viuda revocó el poder —como se dijo—, y según el testamento, que, aunque impugnado en instancia, quedó válido, con validez que aquí no se cuestiona, uno de los hijos del causante (actual recurrido), que además de su porción legítima fue instituido heredero exclusivo de los tercios de mejora y de libre disposición, no sólo no participó en el acuerdo de referencia, sino que lo impugnó en todo momento; razones todas que conducen a la desestimación del motivo examinado.

Que demostrando cuanto antecede que los herederos no están de acuerdo en orden a la administración de la herencia, ni han instado el procedimiento judicial adecuado, es evidente, como afirma la sentencia recurrida, que es el albacea quien debe ejercitar las facultades de administrar, en virtud de lo establecido en el número cuatro del artículo 902 del Código Civil, lo cual se impugna en los motivos dos y tres, amparados asimismo en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, que deben ser analizados de modo conjunto porque ambos denuncian infracción del referido precepto, en un caso, por interpretación errónea, y en el otro, por aplicación indebida, el segundo de los cuales viene a ser un simple corolario del anterior, pues lo que en realidad se impugna no es su aplicación, sino el alcance de los términos del precepto, respecto de si en él pueden considerarse incluidas las facultades de administrar del albacea, es decir, la interpretación del mismo, de lo que es consecuencia su posible aplicación, volviéndose a hablar en dicho tercer motivo, improcedentemente, de la liquidación de la sociedad conyugal, que dice no se efectuó y, en efecto, no lo fue, pero, como antes se dijo, porque no se practicó la partición de la herencia, una de cuyas fases es precisamente la liquidatoria aludida, que no es previa, sino consiguiente a la misma; siendo de observar que, respecto del tema que se plantea de las facultades del albacea, y concretamente el de si dentro de ellas puede considerar incluida la de administración de los bienes de la herencia, caben dos posibilidades: la primera se refiere al caso de que el testador lo determine expresamente en el testamento, y a ello habría que estar por ser su voluntad la que rige la sucesión testamentaria, interpretando, si a ello hubiere lugar, las dudas que pudieran surgir, con arreglo a la normativa genérica del artículo 675 del Código; la segunda, afecta al supuesto de que el testador nada hubiera dispuesto al respecto, acerca de lo cual la ley nada dice en concreto, que es precisamente el que contempla el artículo 902, según el que, con una vaguedad e imprecisión que dio lugar a las discusiones surgidas, «no habiendo el testador terminado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las siguientes: 4.ª, tomar las precauciones necesarias para la *conservación y custodia de los bienes*, con intervención de los herederos presentes», que es, como antes se anunció, lo que los recurrentes estiman que se infringió.

Que para llegar a esta conclusión impugnatoria, el recurso sostiene que

dichas facultades del número cuatro del artículo 902 son «subsidiarias» y que únicamente pueden entenderse conferidas si el albacea hubiera sido nombrado «sin facultades expresas y especiales», lo que no sucedió en este caso, en que se atribuyeron las de contador-partidor, ordenándole, en relación con los legados en metálico, que ingresase su importe en una cartilla de ahorros a nombre de cada uno de los legatarios; siendo de observar, sin embargo, que en el presente supuesto la designación del albacea en el testamento es como «comisario-contador-partidor», sin conceder facultades especiales, pero sin prohibir ninguna, lo que impide reducir las a las de contar y partir, como sostiene el recurso, pues ello es índice del cargo o función atribuido, no de facultades concretas, y forzosamente comprende las de conservar y custodiar, del discutido precepto, que llevan consigo las de administrar, sin las que aquéllas no podrían realizarse; pero además, el recurso silencia que al albacea se le designa también «comisario», lo que, como con acierto se dijo en la sentencia de primera instancia (aceptada, según se dijo, íntegramente en su fundamentación por la recurrida en este trámite), significa tanto como un auténtico nombramiento de albacea *universal* de entre las dos clases que permite el artículo 684 del Código, porque al ser designado de esta forma, viene investido de todas las facultades necesarias para cumplir la voluntad del testador y no sólo de una o varias atribuciones concretas señaladas por éste, lo que lleva consigo no sólo la facultad de ejecución en sentido estricto, sino asimismo las relativas a la gestión de los bienes y representación de la herencia, en cuanto sea necesario para ultimar completamente la sucesión, lo que, evidentemente, incluye la administración de los bienes de la herencia.

COMENTARIO.—Es vidriosa y poco clara la cuestión de determinar qué facultades corresponden al albacea, comisario y contador-partidor a falta de atribución expresa por el testador. De la sentencia comentada parece desprenderse que para atribuir mayores o menores facultades puede atenderse al título invocado por el testador, y que según éste sea sólo o cumulativamente el de albacea, comisario y/o contador-partidor tendrá mayores o menores facultades y que el comisario equivale al albacea universal. Ello puede tener una justificación histórico doctrinal, pero carece de una base concluyente en nuestro Código Civil, que, por un lado, contempla como sinónimas las figuras del contador-partidor y del comisario en el artículo 1.057, párrafos segundo y tercero, y por otro, dedica al albacea los artículos 892-911 del Código Civil.

Las dificultades tienen causas diversas. Una de ellas es la de que en nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en el Derecho anglosajón, la institución de ejecutor testamentario, o mejor, hereditario, no es esencial, pudiendo coexistir sus funciones con las de los herederos, imponerse a éstos o faltar. En cambio, en el Derecho anglosajón, la institución es esencial, porque el sucesor no puede nunca liquidar la herencia por sí solo; esta misión corresponde al ejecutor, y como los bienes no pasan directamente del causante a los sucesores, sino por medio de los ejecutores, de ahí su carácter necesario. Este punto de vista facilita el proceso liquidatorio y cumple, en la práctica, la misma función que nuestra aceptación a beneficio de inventario, garantizando al propio tiempo los derechos de los acreedores, sin perjuicio para los sucesores, quienes evitan la confusión de patrimonios, y se justifica por razones históricas muy acordes con el conservadurismo jurídico anglosajón. De una parte, históricamente, el pa-

trmonio de una persona muerta no podía obtenerse sino mediante una concesión de la autoridad pública, según la vieja fórmula *le mort saisit son seigneur*; de otra, el Derecho anglosajón tradicional contempla la muerte como un hecho contrario al orden público: muerte y quiebra son dos situaciones análogas, que exigen idéntica medida, la liquidación. Las principales dificultades dimanar de la falta de expresa regulación legal, a diferencia de lo que sucede en alguna de las regiones forales que, como Cataluña, se ha cuidado de traer a su Compilación las normas adecuadas.

Un sector importante de nuestra doctrina se esfuerza por distinguir al comisario del contador-partidor y del albacea, atribuyendo al primero plenos poderes de ejecución testamentaria, fundándose en las siguientes consideraciones:

A) De tipo histórico. Así, FRANCISCO CARPIO (*Tractatus de executoribus et comisariis testamentariis*) distingue entre el mero ejecutor, al que sólo corresponde el acto ejecutivo y no el dispositivo, y el comisario, al que le corresponde poder dispositivo-atributivo.

B) El artículo 1.057 del Código Civil, cuyo primer párrafo habla de la persona a la que el testador ha encomendado *la simple facultad de hacer la partición*, con lo que alude al contador-partidor, mientras que su párrafo tercero se refiere expresamente al comisario, a quien, por la referencia que hace al artículo 1.056 («lo dispuesto en este artículo y en el anterior...»), parece atribuirle, además de las facultades simplemente particionales, las que al mismo testador corresponden conforme a dicho artículo 1.056, teniendo todas las facultades precisas para cumplir totalmente la voluntad del testador y dejar completamente ultimada la a veces complicada distribución de la herencia. En este sentido, el cargo de comisario equivale al de albacea universal —según la sentencia—, reconocido en el artículo 894 del Código Civil, y con tal carácter —el mismo nombre de *universal* lo indica— tendrá *todas* las facultades precisas o convenientes para cumplir la voluntad del testador, esto es, le corresponderán las facultades del albacea universal de realización y de entrega previstas en la Compilación catalana, según su artículo 237. En efecto, admitido que existe un vacío normativo en el Código Civil acerca de las facultades del albacea universal, parece no existir obstáculo insuperable para aplicar supletoriamente principios recibidos en el Derecho catalán. No es obstáculo el artículo 902, que puede entenderse referido al albacea particular o de facultades limitadas. Este modo de ver las cosas facilitaría mucho la labor de quienes redactan los testamentos, evitando la atribución expresa de facultades a los nombrados como comisarios o albaceas universales. Claro está que seguirá siendo aconsejable esta enumeración de facultades —vender bienes muebles o inmuebles para pago de impuestos y gastos de partición; interpretar el testamento con los pertinentes asesoramientos técnicos, en su caso; pagar legítimas en dinero; retirar depósitos, saldos de cuentas bancarias; entregar o pagar legados, etc.—, de modo semejante a lo que sucede en los poderes. Lo único que no se puede atribuir es la función propia del albacea de confianza.

C) La jurisprudencia se muestra favorable a la distinción que se recoge, además de por la sentencia que comento, por las de 24 de marzo de 1928, 3 de diciembre de 1931, 18 de mayo de 1932, no precisamente de ahora.

La diferencia fundamental para distinguir la figura del albacea de la del contador-partidor en nuestro Derecho es la de que mientras el primero

sólo puede ser testamentario, el segundo puede ser, además, dativo, esto es, nombrado por el Juez.

Entiendo que el camino puede ser el apuntado, ya marcado, además de por esta jurisprudencia favorable, por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1962 y 2 de diciembre de 1964, que admitieron que el comisario puede utilizar la facultad del artículo 1.062 del Código Civil, sin estarle atribuida expresamente por el testador, cuando hay un solo bien en la herencia y es indivisible o cuando existe una sola finca que no admite cómoda división.

PARTICION.—NULIDAD.—DEFENSOR JUDICIAL.—APROBACION JUDICIAL.—PRINCIPIO «FAVOR PARTITIONIS».—Artículo 1.060 del Código Civil (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO 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 Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esa capital, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan claramente los hechos.

Que para el examen del presente recurso y según los datos obrantes en autos, son de tener en cuenta los siguientes extremos: por Auto de diez de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, se declararon herederos *ab intestato* a los hoy recurrentes junto con su padre, en la herencia de la madre y esposa respectivamente, que había fallecido el veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, procediéndose a la partición de la herencia, previo el nombramiento de un defensor judicial a los cinco hijos, menores de edad, lo que se hizo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo ciento sesenta y cuatro del Código Civil (actual ciento sesenta y cinco) con el Auto de seis de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, siendo designado un hermano de doble vínculo de la causante; efectuadas las operaciones particionales, fueron aprobadas judicialmente por el Auto de veinticinco del mismo mes y año, siendo de destacar que todo el haber hereditario estaba integrado por una participación social en la entidad denominada «Maquinarias y accesorios limitada» (ANIVI) con un importe de sesenta y cinco mil pesetas y el ajuar de la casa, adoptándose la fórmula de entregar lo primero al cónyuge superstite, en su totalidad, habida cuenta el carácter de la sociedad, como liquidación de la mitad de gananciales y pago de la cuota usufructuario, comprometiéndose a dar en efectivo a sus hijos, por quintas e iguales partes, la cantidad de treinta y un mil setecientas cincuenta y ocho pesetas con cincuenta y cuatro céntimos para satisfacer lo que a éstos correspondía en la herencia de la madre; el padre contrajo segundas nupcias en mil novecientos cuarenta y nueve, de las que tuvo un nuevo hijo y falleció en mil novecientos setenta y ocho, período de tiempo en el que incrementó su patrimonio hasta el punto de que supone ahora muchos millones de pesetas en el decir de los recurrentes, los cuales nada hicieron hasta mil novecientos setenta y nueve, fecha en

que afirman fue cuando se enteraron de todo, reaccionando entonces, no en reclamación de la parte correspondiente en la partición de mil novecientos cuarenta y siete, que su padre no les había satisfecho, a lo que ni siquiera hacen referencia, sino contra la partición en sí, respecto de la cual ejercitan una primera acción tachándola de nulidad absoluta, con referencia fundamental a la relatada atribución a su padre de la participación en la sociedad limitada que también se referenció y que parece haber sido el punto de partida del incremento patrimonial al que pretenden tener derecho; acción que complementan con otras dos, formuladas en conexión con aquella, una que llaman declarativa del carácter privativo de las participaciones o acciones de la sociedad relatada y otra que, con la también calificación de declarativa, se refiere a la indemnización por resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda; acciones, las tres, que aunque conectadas entre sí, según se ha dicho, con decisión pendiente de la que se dé a la primera, deben examinarse por separado, como a continuación se hace.

Que a la primera de las acciones mencionadas que directamente trata de impugnar la partición de mil novecientos cuarenta y siete, se dedican los ocho primeros motivos del recurso, todos ellos formulados con amparo procesal en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de enjuiciamiento, poniéndose como cobertura genérica la afirmación de que se está en presencia de una nulidad absoluta o radical que vicia el acto de manera total, porque lo que es nulo *nullum effectum producit* y es imposible de convalidarse con el tiempo (*quod ab initio nullum est, non potest tractu tempore convalescere*), siendo la acción imprescriptible, sin que, por otra parte, pueda declararse de oficio la prescripción, pues se precisa que el alegato se haga por el demandado, lo que aquí no sucedió, por lo que resultó violada por inaplicación, la doctrina legal en que todo ello se proclama (motivos primero y segundo); siendo de recordar, con el mismo carácter genérico, que, como ya se dijo en la sentencia de seis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, el Código Civil carece casi en absoluto, de normas relativas a la nulidad de las particiones hereditarias, lo que confirma el propio recurso, al no citar en este punto, como infringido, ningún precepto legal, sino solo la indicada doctrina jurisprudencial, olvidando que ésta, a partir de las sentencias de veinticinco de marzo de mil novecientos catorce y siete de enero de mil novecientos treinta y dos, afirmó la necesidad de respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico, *muy restrictivo* en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones «como se deduce de los artículos mil setenta y nueve, mil ochenta, mil cincuenta y seis y mil cincuenta y siete del Código Civil», en el sentido de no dar lugar a la invalidez sino cuando no haya más remedio, para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía una nueva partición, doctrina que se confirmó en las sentencias de diecisiete de abril de mil novecientos cuarenta y tres, nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, diecisiete de marzo y cinco de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco, treinta de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, entre otras; añadiéndose, además, que cuando la partición tenga naturaleza de contrato —que es el supuesto que se contempla en que fue hecha por los interesados de común acuerdo— habrá de serle aplicable el Derecho común

de los contratos, con la consiguiente distinción entre nulidad absoluta o radical y anulabilidad o nulidad relativa, rigiendo para la segunda lo establecido en los artículos mil trescientos al mil trescientos catorce (Sentencias de veintiséis de marzo de mil novecientos cuarenta, siete de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, nueve de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete, veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho, trece de octubre de mil novecientos sesenta, veinticinco de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco, veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y seis, veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro y siete de enero de mil novecientos setenta y cinco, entre otras), con el prescriptivo plazo de cuatro años que, para la acción, establece el artículo mil trescientos uno; siendo de precisar por otra parte que, en contra de lo que se afirma en el recurso, los Juzgadores de instancia no se apoyaron en dicha prescripción para rechazar la pretensión actora, pues lo que declara al respecto la Sentencia de primer grado es que «el Juzgado no puede atender exigencias desbordadas por el paso de los años, *sin otro fundamento* y bien que, en todo caso discutible, que el de la *pura técnica hereditaria*» (Considerando quinto) y a su vez la actualmente recurrida, habla de las operaciones particionales que adquirieron una fuerza formal »... que al cabo de treinta años no puede ser atacada y declaradas nulas por cuanto que ello llegaría a producir una inseguridad jurídica, máxime, cuando *se observaron todos los requisitos formales*» (Considerando tercero); pero no estimaron *ex officio* la prescripción, lo que hubiese implicado el rechazo *ad limine* de la demanda, sin entrar a conocer del fondo del asunto, puesto que lo hicieron, refutando todas y cada una de las pretendidas causas de nulidad.

Que habiéndose vuelto a plantear en el recurso las mismas cuestiones que lo fueron en instancia, forzoso es recordar, de acuerdo con cuanto antecede y la teoría general de los contratos referida que, para la existencia de la nulidad radical que se pretende, se requiere, bien que el acto carezca de alguno de sus requisitos esenciales que, por aplicación analógica del artículo mil doscientos sesenta y uno del Código Civil tendrán que ser el consentimiento, el objeto o la causa, a tener en cuenta en esta materia especialmente el primero, dada su propia naturaleza, a las que será de añadir la forma si es exigida *ab substantiam*, para su validez; o bien, que se haya realizado en contra de lo dispuesto en la Ley, según el artículo cuarto del Código, o en su anterior redacción, expresado más técnicamente en la vigente del artículo sexto, tres, diciendo que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, son *nulos de pleno derecho*...»; siendo de observar que ninguno de los dos supuestos concurre en el presente caso, pues al primero solo alude el recurso en el motivo sexto que luego se verá, pareciendo centrarse en torno del segundo, en los motivos tres, cuatro y cinco, denunciando diversas infracciones de Ley, pero con tan poca consistencia y razón que no logra confirmar el aserto de que la discutida partición se hubiese hecho en contra de lo dispuesto legalmente; en efecto: el tercero, alega violación por inaplicación del artículo ciento veintiuno del Código de Comercio, en relación con los pactos sexto y undécimo de los Estatutos de la sociedad limitada antes mencionada, siendo así que el precepto mercantil dice únicamente que «las Compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos y en cuanto en ellos no esté determinado y previsto, por las

disposiciones de este Código» y los pactos estatutarios aludidos, no acreditan la divisibilidad de las participaciones que quieren los recurrentes, pues aparte de no afirmarlo éstos expresamente —según confirma el propio recurso que dice que, de ellos, se «desprende»—, la verdad es que evidencian lo contrario, pues el sexto establece que «no podrán transmitirse participaciones en el capital por actos «inter vivos», si bien queda autorizado Don M. V. para ceder a sus hijos las participaciones que estime... debiendo en tal caso, designar *una sola persona* que le represente... y tendrá *un solo voto* en las deliberaciones de la Junta» y el undécimo añade que si son varios los herederos, en caso de fallecimiento de un socio «deberán designar *una sola persona* que les represente»; lo que es de aplicar al motivo cuarto que insiste en el concepto de divisibilidad de las participaciones, al denunciar aplicación indebida del ciento cuarenta y tres del Código de Comercio, primero de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de mil novecientos cincuenta y tres y mil sesenta y dos del Código Civil, con la particularidad de que este último permite la atribución de una cosa a uno de los herederos no solo cuando sea indivisible, sino también cuando «desmerezca mucho por su división».

Que en el motivo quinto, lo que se alega es interpretación errónea del artículo ochocientos treinta y ocho del Código Civil, en su anterior redacción (actual ochocientos treinta y nueve) cuya simple lectura demuestra la sinrazón de la denuncia, pues expresamente permite a los herederos satisfacer al cónyuge viudo su parte de usufructo, asignándole «una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo», siendo esto último lo efectuado al asignar, a estos fines, las referidas participaciones societarias, ajenas por completo al carácter de bienes *in natura* de que habla el recurso, en cuanto índices representativos de la participación de un capital, actuando de común acuerdo como establece el precepto y además con la aprobación judicial que confirió el Auto de veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y siete; y el motivo sexto, como antes se anunció, se refiere a las formalidades legales de la partición que sostiene fueron inobservadas, denunciando violación por inaplicación de los artículos mil doscientos cincuenta y cinco y mil doscientos cincuenta y nueve del Código Civil, en relación con el mil cincuenta y ocho del mismo Cuerpo legal, concretando el alegato en el «pacto» entre el cónyuge viudo y el defensor judicial de los menores, que dice no estaba facultado legalmente para ello, con lo cual y con la referencia al mil doscientos cincuenta y nueve, parece aludirse más bien a una falta de consentimiento que no a un defecto de forma, olvidando no solo la facultad que concede el artículo mil doscientos cincuenta y cinco, siempre que no se vulnere el triple límite que contiene, sino también lo dispuesto en el mil sesenta que es el de aplicar en este caso, en cuanto que los herederos eran menores de edad, habiéndose observado lo que en él se establece, pues estuvieron representados por el defensor nombrado al efecto, supuesto en el que no era, por tanto, necesaria la aprobación judicial no obstante lo cual, ésta se obtuvo según se ha dicho repetidamente; razones todas que conducen a la desestimación de los seis motivos examinados y con ellos, como obligado corolario, el séptimo formulado *ad cautelam* de los anteriores en el que se denuncia inaplicación de la doctrina legal relativa al enriquecimiento injusto, hipótesis inconciliable con cuanto queda expuesto; y el octavo, donde el alegato es también de inaplicación del pá-

rrafo primero del artículo cuatro del Código, en relación con el setecientos noventa y siete párrafo segundo del mismo, pues valiendo en su plenitud la partición discutida, carece de todo sentido la acción de petición de herencia de que extemporáneamente se habla.

Que a la segunda de las acciones al principio enunciadas, es decir la referente a la declarativa del carácter privativo de las participaciones o acciones adquiridas por el cónyuge viudo, padre de los hoy recurrentes, en las sucesivas ampliaciones de capital de la sociedad actualmente denominada «Maquinaria ANIVI, S. A.» con posterioridad a su segundo matrimonio, se dedican los motivos nueve y diez amparados asimismo en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, así como el once que lo es por la vía del ordinal séptimo del mismo precepto, ninguno de los cuales es tampoco susceptible de estimación; en efecto, el últimamente citado, alega error de derecho en la apreciación de la prueba con violación del artículo mil doscientos veinticinco del Código Civil, siendo así que la Sentencia recurrida no dio valor de documento público al cuaderno particional realizado por el padre de los actores, que se dice no fue reconocido, pues se limita a afirmar que en él figuran determinados bienes como privativos, lo que es un simple argumento en el razonar que, por otra parte, no se combate en debida forma por el recurso; y a su vez el nueve y el diez denuncian respectivamente violación por inaplicación del artículo cuatro, primero, del Código Civil en relación con el cuarenta y uno de la Ley de Sociedades Anónimas y veinticuatro de la de sociedades de responsabilidad limitada y aplicación indebida del mil cuatrocientos uno, tercero, del Código Civil (en su anterior redacción), donde se impugna la declaración de la sentencia recurrida sobre la consideración de bienes gananciales de los beneficios, emisión de nuevas acciones y ampliaciones de capital de la primitiva sociedad limitada (convertida después en anónima) a partir de la fecha del segundo matrimonio (que tuvo lugar el diecisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve), respecto de lo cual es preciso distinguir, pues en cuanto a los «beneficios» es indiscutible su configuración de frutos, no en el sentido de contraprestación al disfrute por otros de una cosa (cual sucede en el usufructo), pero sí como resultado de una actividad productiva de una organización económica coordinadora de una serie de elementos materiales y personales, para que «fructifiquen» y desde luego incluibles en el número tercero del artículo mil cuatrocientos uno del Código Civil (en su versión anterior); mientras que por lo que se refiere a la suscripción de nuevas acciones o a las ampliaciones del capital societario, aunque tengan su fundamento y origen en la cualidad de socio, es cierto que no pueden considerarse frutos o rendimientos del capital, como a veces se sostuvo y a los efectos que aquí interesan, tendrán que tener la naturaleza del capital con el que se efectuaron, según establece la nueva redacción del artículo mil trescientos cincuenta y dos del Código, siendo privativos si dicho capital tenía ese carácter; lo cual, sin embargo deberá acreditarse cumplidamente y no con simples argumentos dialécticos como hace el recurso, estando en otro caso cubiertos por la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes en el matrimonio, del artículo mil cuatrocientos siete, en la redacción entonces vigente, que coincide con la actual del mil trescientos sesenta y uno; y, consiguientemente, bien porque no se probó de modo directo que son privativos, o bien porque funcionó la

presunción, el valor satisfecho será ganancial, que habrá de reembolsarse a los bienes comunes, pero manteniendo ese carácter con todas sus consecuencias, si como aquí sucede, no se llegó a hacer efectivo el reembolso.

Que a la tercera y última de las acciones ejercitadas —de las que al principio se dijo— se dedica el motivo duodécimo formulado con amparo en el número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, para denunciar violación por inaplicación del ordinal primero del mil trescientos noventa y seis, en relación con el también número uno del mil cuatrocientos uno ambos del Código Civil en su anterior redacción, así como también inaplicación de los números tercero y cuarto del citado artículo mil trescientos noventa y seis, todo ello, en torno de la cantidad percibida por el padre de los recurrentes (tres millones de pesetas), por la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda del que era arrendatario antes del segundo matrimonio; motivo, que debe seguir igual suerte desestimatoria que los anteriores, porque desfigura los datos utilizados, afirmando que la sentencia recurrida niega el carácter privativo del derecho arrendaticio del que aquel era titular y no tiene en cuenta el principio de subrogación real, lo cual no es exacto, pues la resolución que se impugna se limita a señalar que dicha cantidad ni está prevista en la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni supone una consecuencia necesaria del contrato, que puedan permitir la pretendida subrogación, a lo que debe añadirse que constituye una especie de contraprestación onerosa, voluntariamente pactada, por el hecho de acceder el arrendatario al cese de la relación locativa, ajena por completo a los supuestos de los números tercero y cuarto del artículo mil trescientos noventa y seis e incluye en la ganancialidad del artículo mil cuatrocientos uno, ambos en su anterior redacción.

COMENTARIO.—Resulta chocante la afirmación contenida en el considerando cuarto expresiva de que cuando los menores interesados en la partición están representados por el defensor nombrado al efecto —defensor judicial— no es necesaria la aprobación judicial. Y esto incluso con referencia al Derecho o situación legal anterior a la reforma introducida en el artículo 1.060 del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Dice así la Sentencia: «...olvidando... lo dispuesto en el mil sesenta que es de aplicar en este caso, en cuanto que *los herederos eran menores de edad*, habiéndose observado lo que en él se establece, pues *estuvieron representados por el defensor nombrado al efecto, supuesto en el que no era, por tanto, necesaria la aprobación judicial*, no obstante lo cual ésta se obtuvo según se ha dicho repetidamente».

Esta interpretación del antiguo artículo 1.060 del Código Civil está en contra de la mayoría de la doctrina. Así CASTÁN TOBEÑAS (Derecho Civil, tomo VI, vol. 1.º, 7.ª edic., pág. 285) expresa: «Menores sujetos a la patria potestad que no están representados por su padre o madre, en razón a la existencia de intereses opuestos. Como para este caso ya no rige la declaración del Código Civil, es aplicable el principio general de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece el requisito de la aprobación judicial (Resoluciones de 18 de diciembre de 1894, 24 de noviembre de 1898, 25 de mayo de 1906 y 20 de abril de 1912)». Los profesores LACRUZ y ALBALADEJO escriben: «Si entre los coherederos hubiese menores de edad pero que no pudieran ser representados por el padre o madre... procederá el nombramiento de un defensor judicial. La duda en esta hipótesis es, si ade-

más, se requerirá para esa partición la aprobación judicial. El artículo 1.060 del Código Civil a contrario *sensu* interpretado, abona por la afirmativa; y también el artículo 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en este caso, no puede considerarse derogada por el artículo 1.060 del Código Civil. Así lo han entendido el Tribunal Supremo (Sentencias de 31 de enero de 1913 y 27 de marzo de 1917) y la Dirección General» (*Derecho de sucesiones. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1961, pág. 520). En el mismo sentido se manifiesta el resto de la doctrina (ESPÍN, *Derecho civil español*, vol. V, 1964, p. 136; PUIG BRUTAU, *Elementos de Derecho civil*, t. V, volumen 3.º, 1964, pág. 579, como muestra de este rotundo sentido afirmativo: necesidad de la aprobación judicial de la partición verificada con intervención del defensor judicial de menores).

Después de la reforma de 1981, VALLET en las notas redactadas a raíz de la misma, se muestra partidario —aunque no se expresa con toda claridad— de la necesidad de la aprobación judicial de la partición en ese supuesto, dado que no se puede decir que los menores estén «legalmente» representados, sino que lo están «dativamente», valga la expresión, por el defensor nombrado judicialmente. En cambio, el mismo autor en la ponencia más extensa dice: «Tampoco hará falta la aprobación judicial en el supuesto del artículo 1.057, hoy párrafo 3.º (que era el anterior párrafo 2.º del mismo 1.057), en relación con el artículo 1.060, de haber menores o incapacitados. Este nuevo artículo 1.060 deroga el criterio de exigir la aprobación judicial de las particiones en que los menores estén representados por defensor judicial».

MEJORA. Artículos 808 y 823 del Código Civil (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1982).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena y López, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena, conforme a las siguientes consideraciones:

Que el problema sustancial al que el recurso se contrae, que fue objeto de la controversia en la instancia, se centra en el de la eficacia del testamento otorgado por doña María C. D., otorgado ante el Notario de Cartagena don Joaquín Cortés García, en siete de marzo de mil novecientos setenta y dos, y la partición que la testadora verifica, con específica atribución de bienes a cada uno de los herederos, su hijo D. J. F. C. y a los dos hijos de éste, y por ende nietos de la testadora, doña E. F. G. y don J. F. G., a los que instituye herederos por partes iguales, ordenando ciertos legados, unos a favor de personas en ese momento no determinadas y de sus biznietos L., E. y A. M. F., hijos de su precitada nieta doña E. F. G., a más de los que lega a determinadas órdenes religiosas, a los que ha de adicionarse la disposición que hace referencia a las alhajas y ropas que ordena sean entregadas a su mentada hija y mobiliario y

cuadros que atribuye a su nieto e hijo, respectivamente, produciéndose la discordancia entre los contendientes, el hijo heredero como demandante y los dos nietos como demandados, al entender el primero, que ha sido prácticamente desheredado al no concedérsele por la testadora más que un tercio de la legítima, no obstante ser el único heredero forzoso, al que por ministerio de la Ley han de corresponderle los dos tercios de la herencia, que cifra en ciento quince millones novecientas noventa y cuatro mil cuatrocientas cuarenta y siete mil pesetas, de los cuales solo habría de percibir dos millones trescientas seis mil cuatrocientas cuarenta y siete pesetas, habida cuenta de que, además, gran parte de los bienes que la testadora le adjudica, en la partición verificada en el testamento, han sido enajenados en el espacio que medió entre el otorgamiento de su última voluntad y la fecha de su fallecimiento, siendo por ello por lo que, aparte de otros pedimentos, en orden a la declaración de propiedad a su favor del chalet número sesenta y seis de la calle de Alcántara de Madrid y a que la finca «La Humbría» y el solar de la Alameda de San Antón, que la testadora atribuía al demandante, habían sido enajenados antes de la muerte de la causante, postulaba la declaración de nulidad o de la inoficiosidad de la partición practicada en dicho testamento y de la cláusula quinta del mismo, o alternativamente inoficiosa la partición, completándose la legítima de la accionante hasta el límite de los dos tercios, colacionando lo colacionable, especificando la distribución del resto, abriéndose la sucesión intestada para los bienes que resultaran fuera de los dichos legados; pretensiones a las que la demandada comparecida doña E. F. G. se opuso, no obstante admitir, tanto en su contestación a la demanda, como en su reconvencción —que en la instancia se tuvo por no formulada en auto firme de seis de septiembre de mil novecientos setenta y ocho—, que era necesaria una nueva partición practicada judicialmente y en trámite de ejecución de sentencia, pero de acuerdo con el testamento otorgado por la causante, cuyo clausulado había de mantenerse, excepto en el extremo referente a la partición, en los términos aludidos; recayendo la primera sentencia en la que el Juzgado de Primera Instancia número uno de Cartagena establece: Primero. Que no procede declarar que el chalet de la calle de Alcántara número sesenta y siete de Madrid pertenece al demandante; Segundo. Que la finca denominada «La Humbría» y los solares números cuarenta y veintinueve de la Alameda de San Antón de Cartagena fueron vendidos por la testadora en el espacio de tiempo comprendido entre la fecha del último testamento y su fallecimiento; Tercero. Que el testamento otorgado por aquélla en siete de marzo de mil novecientos setenta y dos, es válido; Cuarto. Que en el mismo se contiene una institución de herederos por partes iguales, entre el actor y los codemandados; Quinto. Que no procede la apertura de la sucesión intestada de dicha causante; Sexto. Que el demandante es el único heredero forzoso de su madre doña M. C. D. y que su legítima es de las dos terceras partes de la herencia aumentada en el importe de las donaciones intervivos de la testadora que a ese solo efecto de la fijación de legítima se colaciona; Séptimo. Que la testadora no ha mejorado a ninguno de sus descendientes; Octavo. Que el caudal hereditario asciende a la cantidad de ciento diez y seis millones seiscientas noventa y un mil sesenta y nueve pesetas, que las donaciones colacionables importan doce millones quinientas noventa mil ciento ochenta pesetas, que la legítima del actor se fija en ochenta

y seis millones ciento ochenta y siete mil cuatrocientas noventa y nueve pesetas y que la parte de libre disposición se concreta en treinta millones quinientas tres mil quinientas setenta pesetas; Noveno. Que las donaciones declaradas colacionables no son reducibles por inoficiosas; Décimo. Que los legados importan veintitrés millones cuatrocientas treinta y cuatro mil sesenta y nueve pesetas, no son reducibles y deben pagarse con cargo al tercio de libre disposición de la herencia por caber en ella, la que quedará reducida después de tales pagos a la suma de siete millones sesenta y nueve mil quinientas una pesetas, que corresponde por mitad, a cada uno de los herederos voluntarios doña E. y don J. F. G.; Onceavo. Que se practique en ejecución de sentencia las adjudicaciones de bienes pertinentes según las bases sentadas en los considerandos de la sentencia, quedando sin efecto la partición verificada por la testadora en el anterior documento; sentencia que recurrida por la demandada doña E. F. G., fue íntegramente confirmada por la Audiencia Territorial de Albacete.

Que contra esta última resolución se alza, siempre por la demandada referida, el presente recurso de casación, integrado por ocho motivos, denunciando el primero de ellos, articulado por la vía del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la interpretación errónea de los artículos ochocientos seis, ochocientos siete, ochocientos ocho párrafo segundo, ochocientos quince, ochocientos diez y ocho, ochocientos veinticinco y ochocientos veintiocho del Código Civil, al mantener la recurrente que el motivo «tiende a poner de relieve que la testadora doña M. C. D., que instituyó herederos por partes iguales a su hijo don J. F. C. y a sus nietos don J. y doña E. F. G., estableció a favor de los dos últimos una mejora indirecta expresa o, subsidiariamente, una mejora tácita sobre el segundo tercio de la herencia destinada a tal fin», con lo que trata de combatir los razonamientos contenidos en los considerandos séptimo de la primera sentencia y segundo y tercero de la segunda, en los que, tanto el Juzgado como la Sala, mantienen que no existe mejora expresa, ni tampoco tácita, ya que los legados caben dentro del tercio de libre disposición, razonamientos determinantes de los pronunciamientos sexto y séptimo de la primera resolución, íntegramente confirmada por la segunda, que declaran que el actor es el único heredero forzoso de su madre la testadora, siendo su legítima las dos terceras partes de la herencia aumentada en el importe de las donaciones intervivos hechas por la testadora y que ésta última no ha mejorado a ninguno de sus descendientes.

Que establece el artículo ochocientos ocho del Código Civil, que «la legítima de los hijos y descendientes legítimos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre», añadiendo que «sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos», especificándose en el artículo ochocientos veintitrés del propio Cuerpo legal, «el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas», denominándose a «esta porción mejora», a la luz de cuyos preceptos se deduce que como quiera que en tales supuestos la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del

testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; si bien este último está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos ochocientos veinticinco y ochocientos veintiocho, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos mil doscientos ochenta y uno y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gramaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora.

Que en el caso enjuiciado, existe un precedente comprobado y perfectamente admitido por las partes contendientes, el testamento otorgado por la causante doña M. C. D., en uno de febrero de mil novecientos sesenta y tres, en la que instituye «por su único y universal heredero de todos sus bienes a su hijo don J. F. C.», testamento que es expresamente revocado, en la cláusula undécima del otorgado en siete de marzo de mil novecientos setenta y dos, casi nueve años después, en cuya cláusula quinta, «instituye herederos, en la proporción que resulten serlo, según las adjudicaciones que hace más adelante, a su hijo don J. F. C., y a sus nietos doña E. F. G. y don J. F. G., con sustitución por sus respectivos descendientes legítimos», verificando la testadora la partición de sus bienes, en la cláusula siguiente, con concreta atribución a cada uno de los herederos instituidos, el primero como forzoso y los otros dos como voluntarios, de los bienes que integran su herencia, disposición testamentaria lo suficientemente clara y expresiva de que la voluntad de la testadora, era la de que sus bienes fueran distribuidos por terceras partes, entre su único hijo y los dos hijos de éste y nietos de aquélla, declaración testamentaria que viene también expresamente ratificada en la cláusula séptima al ordenar que el metálico existente en cuentas corrientes bancarias sea repartido «entre el hijo y nietos de la testadora, por terceras e iguales partes», manifestación distributiva que reitera en la cláusula décima, al ordenar la venta del solar número veintinueve del plano» que posea «la testadora, sito en la Alameda de San Antón de Cartagena», y «que su importe sea repartido por terceras e iguales partes» entre sus citados hijo y nietos.

Que la mentada disposición testamentaria obviamente viene a evidenciar la voluntad expresa de la testadora, manifestada, al dejar sin efecto un testamento anterior designando heredero universal de sus bienes, y atribuir en el último válidamente otorgado, la condición de herederos por terceras partes iguales a los aquí contendientes padre e hijos, presupone

una clara voluntad expresa de distribuir igualitariamente su haber, institución que, al implicar una voluntad de mejorar expresa, dable dentro de sus facultades dispositivas de última voluntad, con las que no priva al heredero forzoso demandante de la cuota de legítima estricta, el tercio señalado en el artículo ochocientos ocho del Código Civil, voluntad de la testadora que es Ley de la sucesión y que ha de ser mantenida, de acuerdo con el artículo seiscientos setenta y cinco del mismo Código que marca el criterio interpretativo que ha de darse a las cláusulas testamentarias, y que es el que se ha seguido en la antes verificada del testamento de la causante; razonamientos que conducen a la estimación del primer motivo del recurso que se examina, dado que lo razonado anteriormente, corrobora la errónea interpretación que en la sentencia impugnada se hace de las normas sustantivas que se citan como infringidas.

... Y en la segunda Sentencia resuelve congruentemente.

F. C. L.