

## II. Sentencias del Tribunal Supremo

### 1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

#### I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

**PROPIEDAD HORIZONTAL: CLAUSULA DE LOS ESTATUTOS INSCRITA PREVIENDO LA AGRUPACION DE LAS PLANTAS BAJAS DE TRES EDIFICIOS COLINDANTES MEDIANTE LA CONSTITUCION DE SERVIDUMBRE DE PASO Y DIAFANIDAD DE TODA LA NAVE. GALERIA DE ALIMENTACION CON PUESTOS INTERIORES: OBRAS QUE PUEDE REALIZAR EL PROPIETARIO. PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL: ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. SOCIEDAD DE GANANCIALES: EL MARIDO ES EL TITULAR DEL PODER DE DISPOSICION, NO EXISTIENDO DEFECTO DE LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO POR NO HABER SIDO DEMANDADA LA ESPOSA (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1976).**

*Hechos.*—Los Presidentes de las tres Comunidades de Propietarios de los edificios números 75, 77 y 79 de la calle Alonso Cano de Madrid interponen demanda contra los constructores de los edificios, contra el titular de las plantas bajas y de dos tiendas, contra el titular de la Galería de Alimentación existente en dichas plantas, señor Mayo Alonso, así como contra los ocupantes de los puestos de la Galería, fundando la demanda en que a los tres locales comerciales se habían unido las dos tiendas, cosa que no estaba prevista en los Estatutos de las Propiedades Horizontales, que sólo se referían a la agrupación de los locales, habiéndose realizado obras y transformaciones sin conocimiento ni consentimiento de las tres Comunidades de Propietarios, de donde resultaba su ilegalidad, suplicando se dicte sentencia condenando a los demandados a restituir los tres locales y dos tiendas al ser y estado que tenían cuando se edificaron las fincas, a que reconstruyan los muros de separación entre ellos, desapareciendo el acceso directo a los locales comerciales y a que realicen la demolición de las obras realizadas, para que la situación real de las cinco fincas coincida con su descripción en las escrituras de constitución

de los tres edificios en régimen de Propiedad Horizontal y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La parte demandada se opone alegando que en el Registro consta inscrita la cláusula que prevé el destino de los locales para agruparse, constituyéndose a tal fin servidumbre de paso a lo largo de toda la medianería. Además, el señor Mayo alega la falta de legitimación pasiva procesal, pues adquirió los locales por compra y, al ser bienes gananciales, debió ser demandada también su esposa.

El Juez de Primera Instancia número treinta de los de Madrid dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando que se deben independizar las dos tiendas sin mantener comunicación alguna con los locales comerciales, construyendo para ello los muros o tabiques medianeros que se precisen, que se deben ajustar las obras exteriores a las exigencias de la armonía que los edificios requieren, derribándose aquellas que la alteran y que se debe limitar la utilización de los servicios comunes a la usual y racional que a los locales corresponda, mediante la aplicación de las normas legales que la Ley de Propiedad Horizontal establece en sus artículos 8.º y 5.º, y caso de ser restrictiva la solución, se procederá ejecutoriamente a su limitación.

Apelada la anterior sentencia por ambas partes, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso de la parte demandada y estimando parcialmente el de los demandantes. En ella se condena al demandado, no sólo a reconstruir los muros delimitadores de las dos tiendas, sino también los divisorios de las casas números 77 y 79 de la calle Alonso Cano y a que proceda a demoler todas las obras ejecutadas con la finalidad de dividir materialmente y formar otros locales más reducidos en los tres locales de negocio sitos en las tres casas ya repetidas, los que dejará con la misma estructura y configuración tal como se describe en las escrituras de división de la Propiedad Horizontal y en la de compraventa.

El demandado interpone recurso de casación por infracción de ley, fundándose en los siguientes motivos:

*Primero.*—Error de derecho en la apreciación de la prueba, acreditado por la certificación del Registro de la Propiedad, que hace constar con fe plena que los locales comerciales son bienes gananciales.

*Segundo.*—Infracción por violación del artículo 1.407 del Código civil, estando corroborada, además, en este caso por la presunción de ganancialidad por el Registro de la Propiedad.

*Tercero.*—Error de derecho en la apreciación de la prueba, acreditado por las escrituras de división en Propiedad Horizontal y certificación registral, que constituyen prueba de valor privilegiado conforme a los artículos 1.218 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria, de las que resulta que se estableció una servidumbre de paso a través de toda la longitud de las medianerías de los edificios, previéndose la diafanidad de toda la nave.

*Cuarto.*—Aplicación indebida de los artículos 7, 8, 11, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, pues no se ha tenido en cuenta que el titular de los locales tenía la facultad dispositiva consistente en convertirlos en nave diáfana, prevista en la división horizontal, todo ello de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad.

*Quinto.*—Infracción por violación del artículo 3, párrafo a), de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la infracción por violación del artículo 348 del Código civil, pues el dueño de la nave comercial podía dividirla con arreglo a los usos racionales de un buen propietario, sin necesidad de solicitar ningún permiso previo de la Junta, toda vez que la construcción de los puestos componentes de la Galería de Alimentación no supone, en modo alguno, una alteración material de los locales para

formar otros más reducidos e independientes, ni tampoco una modificación de sus elementos arquitectónicos.

*Sexto.*—Infracción por violación del artículo 1.255 del Código civil e infracción por violación de las Sentencias de 16 de mayo de 1967 y 14 de marzo de 1968, en relación con la infracción por violación del párrafo tercero del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, porque el principio de la autonomía de la voluntad permite el pacto de agrupación de locales de edificios colindantes y la constitución de servidumbre de paso, que no es contrario a la legislación especial, sino que está previsto en la misma en su artículo 15, número 3.º

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara haber lugar al recurso, pero sólo por estimación de los motivos tercero y quinto:

«Considerando que, desde distintos ángulos, los motivos primero y segundo del recurso se dirigen a plantear el problema del litisconsorcio pasivo necesario de los dos cónyuges, que propugna el recurrente, cuando los bienes afectados por la demanda pertenecen a la sociedad legal de gananciales; problema resuelto ampliamente por la doctrina científica y la jurisprudencia (véanse las SS. de 17 de abril de 1967 y de 3 de junio de 1966), contestes en estimar que la comunidad de bienes de este tipo en nuestro Derecho es una mancomunidad entre marido y mujer, en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división y en la que el marido ejerce normalmente el poder de disposición por tratarse de un patrimonio especial vinculado al levantamiento de las cargas comunes, siendo titulares del mismo conjuntamente y por partes iguales, aunque con desigualdad de derechos el marido y la mujer; vinculación que impide su disolución así como los actos dispositivos de la propia parte y su gobierno administrativo por el sistema de la mayoría, porque todo ello es incompatible con los principios rectores de la institución familiar basada en la idea de organización jerárquica y presidida por un fin trascendente a los particulares de los medios que la integran; razones por las cuales hay que desestimar los dos indicados motivos del recurso.»

«Considerando que el motivo tercero denuncia, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el error de derecho en la apreciación de la prueba con violación del artículo 1.218 del Código civil y 38 de la Ley Hipotecaria, motivo al que hay que dar lugar porque en efecto se ha padecido el denunciado error en la sentencia recurrida, puesto que de los documentos públicos y fehacientes referenciados por el recurrente aparece, como destacaba la sentencia de primer grado en su considerando sexto, que desde la escritura inicial de declaración de obra y división material de la misma con asignación de cuotas de participación de cada finca independiente en los elementos comunes, se estableció, con respecto a la planta baja comercial, que los locales comerciales de las fincas uno y dos se destinan para agruparlos a los de las mismas casas colindantes y para ello constituyen servidumbre de paso con toda la extensión de las medianerías con dichas casas y facultad a los propietarios de aquellos locales para convertirlos en una nave diáfana para su mejor aprovechamiento; debiendo hacerse constar que la referida escritura de división material de la que derivan las restantes operaciones de demandantes y demandados fue inscrita en el Registro, según reconocen las entidades actoras en la súplica de su demanda, en la que se solicita que así se declare, y tuvo lugar el 17 de diciembre de 1964, es decir, el mismo año en que se adquirió el solar, que fue el 24 de enero.»

«Considerando que la aceptación del motivo anterior lleva como consecuencia la del motivo quinto que denuncia la violación del artículo ter-

cero, párrafo a), de la Ley de Propiedad Horizontal en relación con la del artículo 348 del Código civil porque, en efecto, se limita por la sentencia recurrida el alcance de los preceptos citados según los cuales el derecho de dominio no tiene más limitaciones que las establecidas en las leyes y tanto el artículo 394 del Código civil como el artículo 3.º de la Ley de 21 de julio de 1960 reguladora de la llamada propiedad horizontal, proclaman en su apartado a) el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado, y en su virtud el propietario de esta porción, individualizada como finca independiente, puede habilitarla para su mejor aprovechamiento que en este caso está expresamente reconocido y que ha de ser él, lógicamente, quien haya de decidirlo, como lo ha hecho, montando una galería de alimentación que se desarrolla unitariamente en varios departamentos, aunque sean fijos o de otra siempre que no se disponga de ellos convirtiéndolos en fincas jurídicamente comunes que determinan sus límites y respetando, como dice el apartado b) del citado artículo tercero, la copropiedad con los demás dueños de pisos o locales de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, que no puede alterar sin permiso de dichos copropietarios, debiendo rectificar en su caso cualquier extralimitación en ellos; por todo lo cual es procedente dar lugar al recurso de casación.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO.—Varias cuestiones destacan en esta sentencia:

1.º) *El problema del «litisconsorcio pasivo» respecto a fincas gananciales, cuando se demanda sólo al marido y no a la esposa.*—El recurrente entiende que existía defecto de litisconsorcio pasivo necesario porque no había sido demandada su esposa a pesar de que el suplico de la demanda implicaba la realización de actos dispositivos sobre bienes gananciales.

La sentencia, siguiendo la corriente de otras anteriores, como son las de 13 de marzo y 21 de abril de 1964 y las que cita la propia sentencia de 17 de abril de 1967 y 3 de junio de 1966, entiende, en cambio, que no hace falta demandar a la esposa. Se funda en que la sociedad de gananciales es en nuestro Derecho una mancomunidad entre marido y mujer en la que no hay atribución de cuotas ni facultad para pedir la división y en la que el marido es el que normalmente ejerce el poder de disposición, por tratarse de un patrimonio especial vinculado al levantamiento de las cargas comunes.

Declaraciones éstas que nada dicen respecto al problema de litisconsorcio pasivo planteado, pues lo que cuenta es la titularidad de ambos cónyuges sobre los bienes gananciales y la necesidad del consentimiento de la mujer para los actos dispositivos del marido. La sentencia no hace ya referencia a la equiparación del consentimiento «uxoris» a la antigua licencia marital, que era el argumento de las anteriores sentencias, pero en el fondo parte de una desvalorización jurídica del citado consentimiento, pues concentra el poder de disposición de modo exclusivo en el marido. A propósito de esto, viene a cuento el comentario de AMORÓS GUARDIOLA a la resolución de la Dirección General de 28 de marzo de 1969, en relación con una anotación de demanda sobre finca ganancial dirigida exclusivamente contra el marido, en que tiene ocasión de criticar acerta-

damente las citadas sentencias del Tribunal Supremo de 1964 (1). Crítica que puede hacerse extensiva a la presente sentencia.

En mi opinión, el problema tendría que plantearse y resolverse así:

a) Si se trata de una demanda solicitando se condene a la realización de actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales, hay que demandar también a la esposa cotitular de los bienes, y aunque se entendiera que el aspecto sustantivo es distinto del procesal, y que en éste no puede apreciarse defecto de litisconsorcio por haberse demandado exclusivamente al marido, entonces no habría más remedio que dejar a salvo los aspectos sustantivos, con la consecuencia de todo quedaría en la esfera obligacional del marido y el acto no tendría acceso al Registro sin mediar el consentimiento de la mujer. Solución ésta que de puro chocante obliga a apreciar ese defecto de litisconsorcio.

b) Si la demanda tiene, en cambio, por objeto la realización de actos de administración sobre un patrimonio ganancial o de actos dispositivos sobre muebles, entonces basta demandar exclusivamente al marido, que es el que ostenta las facultades de administración conforme al vigente artículo 1.412 del Código civil.

Por tanto, la presente sentencia merece crítica desfavorable al no haber tenido en cuenta la distinción apuntada.

2. *El principio de legitimación registral.*—Aunque la sentencia no cita de modo nominal el principio de legitimación, su doctrina parte de dicho principio, pues se apoya en que la cláusula estatutaria de la propiedad horizontal «fue inscrita en el Registro» y la misma parte actora solicitó en la demanda que así se declarase. Esta es una de las consecuencias del principio de legitimación registral: mantener la eficacia de lo que consta en los asientos mientras no se solicite y obtenga su nulidad. Para confirmar que la doctrina de la sentencia tiene relación con la legitimación registral, hay que tener en cuenta que se estima el motivo del recurso en que se había denunciado violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, la sentencia de la Audiencia no había tenido en cuenta lo que resultaba de los asientos registrales. Ahora bien, ¿qué es lo que resultaba de tales asientos? Ello conviene estudiarlo con más detenimiento en el apartado siguiente.

3. *Cláusula estatutaria de propiedad horizontal referente a la posibilidad de agrupación de locales de distintos edificios colindantes, constituyéndose servidumbre de paso en toda la extensión de las medianerías y facultando para la conversión del conjunto en una nave diáfana.*—En el Registro constaba inscrita una cláusula de estos términos incluida en los Estatutos de la Propiedad Horizontal de tres edificios, cuya constitución en tal régimen se efectuó simultáneamente. Como no se discutió en el pleito la validez de tal cláusula, el Tribunal Supremo parte en esta sentencia de la existencia de la misma y de su inscripción en el Registro para deducir una serie de consecuencias que ahora señalaremos. Pero el intérprete tiene que preguntarse si realmente debió o no ser inscrita la cláusula, o mejor dicho, si debe o no considerarse inscribible, fuera ya del supuesto concreto planteado, una cláusula en que, como la cuestionada, se mezclan diversos conceptos heterogéneos. Y se debe preguntar también si la presente sentencia contiene doctrina acerca de la totalidad del contenido de la cláusula.

Contestando primero a esto último, nosotros creemos que mal puede servir esta sentencia para apoyar la inscripción en el Registro de la agrupación de locales de edificios colindantes. La sentencia no tiene ocasión de ocuparse del supuesto de agrupación, pues la que se daba en el caso

(1) Véase en R. C. D. I., núm. 475, págs. 1669 y ss.

no era una agrupación en sentido jurídico de formación de una sola finca jurídicamente independiente, sino una mera agrupación fáctica o diáfana de plantas bajas, que nada tiene que ver con la agrupación en sentido técnico. Por tanto, la sentencia no se ocupa del problema de la agrupación de locales de distintos edificios colindantes. Por otro lado, hemos visto que la sentencia parte del supuesto de que la cláusula pactada se había inscrito en el Registro, sin que los demandantes hubieran opuesto nada a la misma, pero no se plantea el problema de si la cláusula debió o no ser inscrita y en qué términos. En fin, lo que el Tribunal Supremo deduce de la repetida cláusula es que existiendo y estando inscrita la misma no puede ser condenado el titular de los locales de planta baja a cerrar los muros de separación. Y también deduce de la misma que habiendo realizado el titular obras en toda la nave diáfana consistentes en la formación de distintos puestos de alimentación, no puede ser condenado a volver las cosas a su estado primitivo, salvo las obras que puedan afectar a elementos comunes. A propósito de esta última deducción, el Tribunal Supremo distingue entre la formación meramente material de varios puestos de alimentación dentro de la planta baja total, cosa permitida a su titular, y la formación de varias fincas jurídicamente independientes mediante la división del conjunto formado por toda la galería de alimentación, cosa no permitida, pero que no es el supuesto planteado.

Pero todas estas consideraciones nada tienen que ver con el problema de si es o no posible la agrupación registral y jurídica de locales pertenecientes a distintos edificios, por lo que mal podrá ser alegada y traída a colación esta sentencia en defensa de tal posibilidad.

Precisamente, ahora contestamos a la otra pregunta que nos hacíamos acerca de si debe o no tener acceso al Registro una cláusula en que se prevea la posibilidad de tal agrupación. Nosotros entendemos que no, de acuerdo con la opinión generalizada. Basta destacar lo que dice acertadamente VENTURA TRAVESET: «Es frecuente que al hablar de la posibilidad de agrupación se indique: con otros locales estén o no en el mismo inmueble. El artículo 8.º es terminante en este punto, la agrupación sólo puede tener lugar con otras entidades del mismo edificio. La agrupación con locales colindantes sólo podrá realizarse de hecho y resolverse a base de constitución de servidumbres lo más amplias y completas que se desee. Registralmente no cabe tal agrupación de dos entidades en régimen de propiedad horizontal y sitas en diferentes edificios» (2). Tiene razón este autor, dada la claridad del artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal. Pero, aunque el artículo 8.º no dijera nada, el principio de especialidad impediría en cualquier caso tal agrupación, por dar lugar a un complejo heterogéneo que no se aviene con las características de la cuota y con la independencia de cada edificio en propiedad horizontal. Tal agrupación llevaría consigo una fusión de cuotas de participación que hacen referencia a distintos inmuebles, por lo que más que fusión sería una verdadera confusión y mezcla de conceptos heterogéneos. Además, si no se hiciera la correspondiente segregación o separación de uno de los locales del edificio respectivo para insertarlo en el otro edificio, la cuota resultante excedería del ciento por ciento. Y puestos a imaginar esta solución, sólo estaría permitido formar ese engendro arquitectónico en los casos de edificios empotrados o a caballo, a base de la constitución de una medianería horizontal, supuesto excepcional que no cabe imaginar en principio y del que ya nos ocupamos detenidamente en otra ocasión (3).

Por tanto, no cabe agrupar locales de distintos edificios, salvo el supuesto excepcional de la medianería horizontal. Ahora bien, para con-

(2) VENTURA TRAVESET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, 1976, 3.ª ed., pág. 241, nota 1.

(3) En el comentario a la Sentencia de 28 de abril de 1972, en el núm. 496 de la R. C. D. I., año 1973, págs. 1239 y ss.

seguir la finalidad de una diaphanidad de todos los bajos de edificios colindantes, puede utilizarse otro mecanismo jurídico, que es, como nos acaba de decir VENTURA TRAVESET, el de constitución de servidumbres. Precisamente la cláusula que estudiamos también prevé la servidumbre. Pero como lo hace mezclándola con la agrupación, no existe el rigor técnico deseable. Hay que evitar de hablar de agrupación, pues aunque se entendiera que es en sentido vulgar o de hecho, como en lenguaje jurídico tiene un sentido preciso y determinado de formación de una sola finca, tal expresión de agrupación induce a pensar que se pretende llegar a ese concepto técnico-jurídico. Y como hemos visto que tal agrupación no es posible, debe prescindirse de emplear esta palabra. En cambio, la constitución de servidumbre de paso es perfectamente posible.

La presente sentencia tampoco llega a profundizar ni a desarrollar esta idea de la servidumbre. Se limita simplemente, como hemos visto, a deducir una serie de consecuencias de la citada cláusula compleja o heterogénea. No obstante, puestos a elegir entre la agrupación y la constitución de servidumbre de paso para fundamentar las deducciones de la sentencia, nosotros nos quedamos con la referencia a la servidumbre, aunque la sentencia no diga nada explícitamente.

De todos modos, advertiremos que no nos parece el lugar adecuado para la constitución de una servidumbre los Estatutos de la Propiedad Horizontal, sino una cláusula independiente en la escritura con la intervención del titular o titulares de los respectivos edificios colindantes. Los Estatutos son normas de cada edificio y de todo lo que está dentro de sus límites, pues se refieren «al uso o destino del edificio» y de «sus diferentes pisos o locales» (4). Si la servidumbre se prevé en los Estatutos del edificio, habría que completarla con los Estatutos del otro edificio colindante, pues cada normativa sólo llega hasta el límite del edificio respectivo. Eso no sería propiamente constitución de servidumbre, sino regulación del uso de la zona o elemento común medianero en cada propiedad horizontal, lo que puede dar lugar de hecho a una regulación coincidente o no, según las posteriores vicisitudes de cada Estatuto, con la institución de la servidumbre. Aparte de ello, la constitución de servidumbre en una cláusula de la escritura distinta de la que recoge los Estatutos, permitirá que conste en el Registro con separación y con la debida claridad el gravamen de servidumbre, en lugar de quedar englobado y disimulado dentro de los Estatutos.

Pero de todo este desarrollo no se ocupa la presente sentencia, lo que hace que nos parezca bastante insípida la doctrina de la misma, por lo menos a efectos de una posible clarificación de los conceptos contenidos en la cláusula estatutaria en cuestión.

**DOBLE INMATRICULACION EN QUE EL ESTADO (GERENCIA DE URBANISMO) ES DECLARADO TERCER HIPOTECARIO. SE DESESTIMA EL RECURSO DE CASACION DE LA OTRA PARTE POR DEFECTOS FORMALES, SIN ENTRAR EN EL FONDO (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1976).**

*Hechos.*—D. Marcos Ruiz de L. interpone demanda contra la Administración General del Estado y doña María Eguluz P. y sus hijos, ante la venta realizada por éstos a la Gerencia de Urbanismo de una finca que afirma ser de su propiedad, suplicando se dicte sentencia acordando:

1.º) Que se ordene, de conformidad con el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, al Registrador de la Propiedad de Miranda de Ebro que

(4) Confróntese la redacción del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, párrafo penúltimo.

extienda nota de doble inmatriculación en la finca inscrita a favor del actor y en la inscrita a favor de la Gerencia de Urbanización; 2.º) Que se declare que la finca es de la propiedad del actor, ordenándose la cancelación de la inscripción a favor de la Gerencia, así como la previa de la que trae causa, practicada a favor de los señores Eguiluz; 3.º) Que se declare nula de la venta o transmisión de dicha finca realizada entre los señores Eguiluz y la Gerencia de Urbanismo, condenando a los demandados a que devuelvan las 443.800 pesetas percibidas, debiéndose entender las diligencias de limitación del polígono con el actor.

Los señores Eguiluz se oponen alegando que la inscripción del actor se practicó a través de una escritura simulada de compra con desfiguración de algunos detalles descriptivos, lo cual sin duda permitió la inmatriculación como finca distinta a nombre del demandante como inscripción primera. Formula reconvencción para que se declare la nulidad de ese título y la cancelación de la inscripción del actor.

El Abogado del Estado se opone también a la demanda alegando que el expediente administrativo se tramitó con quienes eran los titulares registrales y que desconoce y no le consta la existencia de doble inmatriculación.

El Juez de Primera Instancia de Miranda de Ebro dictó sentencia estimando la demanda en lo fundamental.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó en parte la del Juzgado, absolviendo a los demandados de los pedimentos contra ellos formulados.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, teniendo en cuenta el rigor de la técnica formal de este recurso extraordinario, destacando los «considerandos» 2.º y 5.º:

«Considerando que la aplicación de esa doctrina (incumplimiento de requisitos formales del recurso) al presente recurso provoca la desestimación de los motivos segundo, en que se cita la aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, octavo—indebida aplicación e interpretación errónea del artículo 36 de la propia ley—y décimo—violación y aplicación indebida del artículo 36 de dicha ley—, por acumular distintos fundamentos en un solo motivo, contravieniendo lo establecido en el párrafo segundo del citado artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que afecta a la claridad que se exige en su párrafo primero, así como la desestimación del motivo undécimo que alega un error de Derecho sin denunciar la norma probatoria en que se fecunda ni el concepto de la infracción y del motivo decimotercero que denuncia una incongruencia en que es inexcusable la cita del artículo 359 de la Ley procesal civil, de carácter sustantivo a efectos del recurso, ni el concepto de su infracción.»

«Considerando que firmes los hechos declarados probados y no combatida eficazmente la declaración de tercero hipotecario del Estado, los demás motivos, primero, cuarto, sexto, séptimo y noveno, son asimismo desestimables al incurrir cada uno de ellos en una petición de principio al fundarse en hechos y declaraciones contrarios o distintos a los de la sentencia recurrida, pretendiendo que prevalezca el criterio subjetivo del recurrente sobre el objetivo e imparcial del Juzgador, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

J. M. G. G.



## II. DERECHOS REALES

*FINCA DE PROPIEDAD PARTICULAR ENCLAVADA EN MONTE PÚBLICO. USUCAPION POR POSESION INMEMORIAL DE LOS SUCESIVOS TITULARES DE LA MISMA. CONGRUENCIA DE SENTENCIA. APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA POR PARTE DEL TRIBUNAL «A QUO»: NO CABE DESARTICULARLA EN CASACION (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1976).*

*Hechos.*—Doña Angela y doña María Luisa Pardo C. formulan demanda contra el Ayuntamiento de Neira de Jusa, la Excm. Diputación Provincial de Lugo e Icona, suplicando se dicte sentencia declarando que las parcelas de la finca «Cerrado de Picato», de 18 Has., 91 as., y 30 cas., son de la plena propiedad de las actoras y se hallan dentro del perímetro del monte público Picato o Sierra de Picato; que en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia, si se hubiere comprendido en él, se proceda a declarar la nulidad de la catalogación en cuanto a las parcelas mencionadas, así como nulas y sin valor las inscripciones realizadas por el Ayuntamiento de Neira de Jusa en el Registro de la Propiedad de Bece-reá y, subsidiariamente, que las demandantes tienen derecho a continuar en régimen de consorcio con el Patrimonio Forestal del Estado o declarar que las plantaciones efectuadas lo han sido de mala fe en terreno ajeno, perdiendo lo plantado por los demandados sin indemnización.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose y formula reconvencción de modo subsidiario para que los actores abonen los gastos consiguientes a la plantación realizada de buena fe.

El Juez de Primera Instancia número uno de Lugo dictó sentencia desestimando la demanda, por lo que tampoco había lugar a la reconvencción formulada para el caso de que se estimase la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca la sentencia del Juzgado y estima parcialmente la demanda en cuanto a una de las parcelas de la finca. Al mismo tiempo desestima las reconvencciones de los demandados.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de ICONA, destacando lo siguiente:

«Considerando que... el motivo séptimo del recurso denuncia vicio de incongruencia amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no puede prosperar porque no tiene su amparo en el número segundo, sino en el tercero, y aunque así no fuera, el resultado sería idéntico, porque la congruencia no exige que el Tribunal se ajuste estrictamente a las peticiones de las partes, sino a su esencia, como aquí ocurre.»

«Considerando que bastaría para desestimar los restantes motivos tener en cuenta que la sentencia recurrida se funda para reconocer la usucapion en la posesion inmemorial por los causantes de las actoras de las parcelas reivindicadas con la fecha inicial de 28 de mayo de 1887, cuya situacion continuaba en el año 1884, según documento aportado también a los autos que sirvieron de base al convenio celebrado en 28 de mayo de 1919 entre partícipes del «Monte Picato», en el que se determinó la porción que correspondía al causante inmediato de las reivindicaciones, frente a cuyos títulos el Ayuntamiento de Jusa no justifica nada hasta el año 1950, hechos que no se impugnan eficazmente.»

«Considerando que, independientemente de ello, el motivo primero que denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba con infracción del artículo 1.218 del Código civil, no puede prevalecer porque, frente a la apreciación conjunta de la prueba, no es válido en casación desarticularla para dar a uno de sus elementos el catastro mandado formar por el marqués de la Ensenada en los años 1752 y 1753 una fuerza preponderante...»

**CENSO ENFITEUTICO MALLORQUIN (ALODIO): EL CENSUALISTA PUEDE EJERCITAR LA ACCION REAL REIVINDICATORIA FRENTE A LOS POSEEDORES O DETENTADORES DE LA FINCA, NO CONSTATANDO EXISTENCIA DEL DUEÑO UTIL (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1976).**

*Hechos.*—Don José Cabrera H. ejercita una acción reivindicativa contra unos detentadores o poseedores, basándola en primer lugar en que por documento privado de 11 de octubre de 1971 había comprado a un súbdito británico—que a su vez traía causa de otra británica que tenía inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad desde el año 1933 el dominio útil—la finca consistente en un terreno sito en Son Buit (Palma de Mallorca), y en segundo término, en que, por escritura pública de 21 de junio de 1972 adquirió el dominio directo de la indicada finca, habiendo tenido conocimiento poco después de que en ella se introdujeron unos detentadores—que son los demandados—que incluso habían llegado a litigar entre sí promoviendo un interdicto de recobrar la posesión. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el actor es dueño del solar descrito en la demanda y que se le restituya en la quieta y pacífica posesión del mismo, dejándose sin efecto la sentencia recaída en el juicio de interdicto de recobrar.

Los demandados se oponen alegando que el actor no ha probado ser titular del dominio útil y que la adquisición del dominio directo no le confería ningún derecho a la posesión y disfrute del solar litigioso.

El Juez de Primera Instancia número dos de los de Palma de Mallorca dictó sentencia y estimó la demanda, salvo en lo referente a la pretensión de dejar sin efecto la sentencia del interdicto, estableciendo que se cumplían los tres requisitos de la acción reivindicatoria y que no podía prevalecer la impugnación del demandado acerca de la falta en el demandante del dominio útil, porque quien la hace no alega su condición de enfiteuta.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revocó la sentencia del Juzgado, declarando que el dominio directo, único que se había probado por el actor, no facultaba a su titular para ejercitar la acción reivindicatoria.

El actor interpone recurso de casación por violación del artículo 1.623 en relación con el 1.605 del Código civil.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso, siendo de destacar lo siguiente:

«Considerando que... dos datos de singular importancia (en este caso) son, de un lado, la falta de constancia de quien o quienes sean, caso de existir, los titulares del dominio útil, y de otro, la intromisión en la finca de unos terceros, extraños por completo a la relación contractual de censo, que alegan una posesión de hecho, de la que dicen no pueden ser privados por quien lo pretende, siendo la consecuencia de todo ello la de

que el único tema de casación que se plantea es el de si aquél—actual recurrente—que, preciso es decirlo una vez más, solamente es titular del dominio directo, está o no en condiciones de ejercitar la acción reivindicatoria en la forma utilizada.»

«Considerando que el indicado problema se suscita en el recurso en su motivo primero, donde por la vía procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación por inaplicación del artículo 1.623 en relación con el 1.605 del Código civil, en cuanto que la sentencia recurrida ignoró que el titular del dominio directo—o sea el hoy recurrente—tenía acción real sobre la finca gravada con el censo o «alodio» cuyas consecuencias se discuten, para cuya valoración es forzoso recordar que el primero de los preceptos citados establece que «los censos producen *acción real* sobre la finca gravada», lo que sin duda alguna—según reconoció la doctrina tanto científica como jurisprudencial—se refiere a los dos titulares de la relación, entre los que se encuentra el concedente, censalista o titular del dominio directo, puesto que el propio artículo añade seguidamente que «*además de la acción real*, podrá el censalista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiere lugar a ello», carácter de la acción concedida, en toda su variada gama de posibilidades, que está en perfecta consonancia con la definición que de la figura se contiene en el artículo 1.605 también de nuestro primer Código sustantivo, a cuyo tenor el censo es enfiteútico «cuando una persona *cede* a otra el dominio útil de una finca, *reservándose el directo* y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual *en reconocimiento de este dominio*», índice bien elocuente de que, cualquiera que sea la postura que se adopte respecto de la naturaleza jurídica de la institución, el censalista o titular del dominio directo tiene una protección en su condición de concedente, incluso frente al censatario o enfiteuta que reconoce su dominio, en virtud de la relación contractual surgida, por encima de una simple titularidad de derecho real sobre cosa ajena, consideración que se agudiza en el típico Derecho mallorquín que sirve de precedente a la vigente Compilación de 1961, lo cual, por supuesto, no alcanza a la posibilidad de ejercicio de la acción reivindicatoria frente al mismo, pues implicaría la ruptura de la indicada relación, pero sin duda alguna cuando personas extrañas al contrato perturban la quieta y pacífica posesión llegando a discutir la propiedad del objeto censado, sin constancia ni presencia de aquel concesionario, enfiteuta o titular del dominio útil que era quien podía ejercitarla, ante cuya inactividad el dominio de aquél renace en su plenitud, sin que pueda ser permisible que los referidos perturbadores, ajenos al vínculo, puedan ni siquiera estar autorizados a discutir el alcance del ejercicio de la mentada acción por el censalista.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

**Comentario.**—Esta sentencia, a través del examen del caso concreto de si el censalista o titular del dominio directo puede o no ejercitar la acción reivindicatoria frente a quienes no ostentan el dominio útil, confirma la doctrina de que la naturaleza jurídica del derecho del censalista no es de un simple derecho real en cosa ajena, sino que se trata de un verdadero titular de dominio.

Con ello se confirma a su vez que en la institución del censo existe un dominio dividido, tema éste muy discutido en la doctrina. Ciertamente que la sentencia no quiere entrar en la naturaleza jurídica de dicha institución, pues dice: «cualquiera que sea la postura que se adopte respecto a la naturaleza jurídica». Pero dice esto porque no tiene ocasión de estudiar la titularidad correspondiente al dominio útil, que no se planteaba en el caso. Y como lo que actualmente suscita dificultades en la doctrina

es la naturaleza del derecho del censalista y no la del censatorio o titular del dominio útil, a la que se asigna por todos carácter dominical, al considerar esta sentencia que el censalista ostenta la acción reivindicatoria y que su titularidad no es la de un simple derecho real sobre cosa ajena, apoya la doctrina de que el censo tiene la naturaleza de dominio dividido, a saber: el dominio útil, cuyo titular no intervenía en el presente caso, y el dominio directo del censalista, que es también verdadero dueño, según se desprende de la sentencia.

El Tribunal Supremo se apoya en dos artículos fundamentales del Código civil en materia de censos: el 1.623 y el 1.605. Y dice que tal consideración del derecho del censalista como dueño «se agudiza en el típico Derecho mallorquín, que sirve de precedente a la Compilación de 1961». En todo caso, contemplando sólo lo dispuesto en el Código civil ya resulta el carácter de dueño del censalista.

En cuanto al artículo 1.623, recordemos que dice lo siguiente: «Los censos producen acción real sobre la finca gravada. Además de la acción real podrá el censalista ejercitar la personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiere lugar a ello». La sentencia subraya las palabras *acción real*, que sin duda alguna se refiere a los dos titulares de la relación y no sólo al titular del dominio útil, y subraya también que al censalista se le concede *además de la acción real* otra personal, acción real que hay que interpretar en toda su variada rama de posibilidades, entre las que se encuentra la acción reivindicatoria.

Para llegar a esta última conclusión, enlaza esas expresiones del artículo 1.623 con la definición del censo enfiteútico prevista en el artículo 1.605, en que claramente se alude a «dominio directo» y al «reconocimiento de ese dominio».

Considero totalmente acertada la doctrina de esta sentencia, que va a suponer un freno para todas aquellas tendencias que sólo ven titularidad dominical en el enfiteuta y no en el censalista. Además, el argumento del artículo 1.623 es nuevo, pues nadie que sepamos había imaginado que la acción real del censalista podía ser distinta de la que se concede para el cobro de las pensiones. La sentencia entiende esa acción real en sentido amplio, en toda la gama de posibilidades, lo que significa que no sólo concede la acción real para reclamar al enfiteuta el pago de las pensiones, sino también la acción reivindicatoria frente a terceros detentadores de la finca.

Una lectura detenida del artículo 1.623 confirma esta interpretación. En dicho artículo hay dos párrafos. Algunos autores sólo ven la acción real del censalista para reclamar las pensiones atrasadas, pero esta interpretación sólo podría prevalecer si no existiera más que el párrafo segundo del precepto, en que se prevé la acción personal como paralela a la acción real. Pero se olvida entonces que en el párrafo primero se habla de «los censos», expresión amplia que comprende el derecho del enfiteuta y el del censalista, y se alude a la acción real sobre la finca gravada, de un modo genérico que no hay por qué limitar a la acción para reclamar las pensiones. De modo que tenemos un primer párrafo general que se refiere a censalista y a enfiteuta y que concede acción real en sentido amplio. Y después un segundo párrafo que se refiere específicamente a la *acción personal* para el pago de las pensiones atrasadas, que *podrá el censalista ejercitar, además de la acción real*. Y efectivamente, enlazando este precepto con el artículo 1.605 que define el derecho del censalista como *dominio directo*, nosotros leemos lo siguiente en el artículo 1.623: «*Además de la acción real para defender el censalista su dominio directo, que puede ser la reivindicatoria del mismo o la de reclamación de pensiones, según los casos, podrá el cen-*

sualista ejercitar la acción personal para el pago de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses cuando hubiere lugar a ello».

Esta naturaleza del derecho del censalista y la consiguiente configuración del censo como dominio dividido se aviene además perfectamente con la legislación hipotecaria, como se desprende de la interpretación del artículo 377 del Reglamento Hipotecario.

En favor de dicha configuración puede verse en la doctrina la exposición de argumentos que señala acertadamente ALBADALEJO (Derecho Civil, III, volumen II, 1974, págs. 160 a 165), que, al exponer las razones alegables en pro de las distintas soluciones, advierte que «juzgándolas globalmente, es más acertado concluir que la enfiteusis es un caso de dominio dividido entre el enfiteuta y el censalista».

Y si del Código civil pasamos al *alodio del Derecho* mallorquín, al que se refiere la sentencia en los términos ya vistos, se confirma la naturaleza jurídica apuntada. En primer lugar, porque los artículos 1.605 y 1.623 del Código son aplicables en Mallorca, ya que el artículo 55 de la Compilación dice que «los censos, alodios y derechos de naturaleza análoga se regirán por el Código civil, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes». En segundo lugar, porque el artículo 63, que se ocupa de la redención del alodio, alude claramente al «dueño útil» y al «dueño directo». Y en tercer lugar, porque ese mismo precepto prevé el pago al dueño directo de «dos laudemios y dos tercios de laudemio del valor de la finca», lo que implica reconocer una participación en el valor del inmueble, en el que incluso se computan las mejoras introducidas o edificaciones realizadas en ella con posterioridad a la fecha del título constitutivo del alodio.

Por todo lo dicho, no participamos de la opinión de Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, que en sus *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II, pág. 261, 1974, si bien advierten que «la regulación positiva de la enfiteusis en el Código civil es fluctuante entre la concepción del dominio dividido y la puramente censal», entienden que «la enfiteusis debe concebirse como un censo que grava a una finca, cuyo dominio se ha transferido al enfiteuta a cambio del derecho a percibir un canon o pensión periódica».

**PROPIEDAD DE AGUAS: AGUAS PUBLICAS PERTENECIENTES A AYUNTAMIENTO DESDE TIEMPO INMEMORIAL. DERECHOS ADQUIRIDOS. EL DERECHO A TALES AGUAS ES BIEN PATRIMONIAL NO EXCEPTUADO DE INSCRIPCION (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1976).**

*Hechos.*—Don Valentín Aparicio J., titular de la finca «El Baldío» interpone demanda contra el Ayuntamiento de Pasarón de la Vera, suplicando se dictara sentencia declarando: que ninguna servidumbre de aguas ni de acueducto a favor de la Corporación municipal demandada grava la finca «El Baldío»; que al actor, como dueño del fundo, le asiste frente a la Corporación demandada, derecho a la posesión, uso y disfrute de cuantas aguas nacen y discurren en y por entre los límites de su referida propiedad; que es nula la sentencia interdictal dictada en el año 1953 en autos dictados contra el ahora actor por el señor alcalde de Pasarón de la Vera, y que por dicha sentencia interdictal no resultaron afectadas las aguas que ahora se discuten; declarando también que son nulas y carecen de eficacia jurídica tanto la inscripción posesoria, convertida luego en inscripción de dominio, hecha a favor del Ayuntamiento demandado en relación a aguas de la finca «El Baldío», como el acta de

notoriedad de fecha 19 de mayo de 1950 relativa al aprovechamiento de tales aguas, extendiendo al efecto mandamiento judicial bastante para la cancelación al señor Registrador de la Propiedad de Jarandilla y también al señor Notario de Jaraiz de la Vera para que extienda diligencia a continuación o al margen del acta de notoriedad, haciendo constar haber sido declarada nula dicha acta.

El Ayuntamiento de Pasarón de la Vera contestó a la demanda, oponiéndose a la misma y articulando excepciones.

El Juez de Primera Instancia de Plasencia dictó sentencia por la que, estimando parcialmente la demanda, declaró la nulidad y carencia de eficacia jurídica del acta de notoriedad protocolizada, ordenando se cursara el oportuno mandamiento judicial al señor Notario a fin de que extendiera la diligencia solicitada en la demanda; absolviendo al demandado de los demás impedimentos de la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por el actor, con adhesión del Ayuntamiento de Pasarón de la Vera, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres desestimó el recurso del actor y revocó en parte la sentencia del Juzgado, absolviendo a la expresada Corporación Municipal, adherida a la apelación, de los pedimentos contenidos en la demanda, declarando válida y eficaz el acta de notoriedad.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» 2.º y 3.º:

«Considerando que firme la declaración expresada (sobre utilización de aguas desde tiempo inmemorial) tampoco han sido impugnados por el cauce adecuado los demás elementos probatorios de la apreciación en su total conjunción de las pruebas aportadas a autos que sirvieron al Tribunal «a quo» para su calificación de aguas públicas a las debatidas, a saber: a) Que en su origen nacen en lo alto de una divisoria de sierra, proceden de lluvia o nieve y discurren desde otras fincas o nacen en el «Baldío», pero son contrariadas en su caminar, por el cauce que las cambia de dirección; b) Que por su naturaleza fueron de derecho público, ya que tales fincas eran de bienes de propio o comunes de los municipios de Garganta de la Olla y Pasarón de la Vera (de ahí su distribución entre ambos), la desamortización vino a cambiar la titularidad de las fincas, entre ellas el «Baldío de las Regaderas» en cuanto pasaron a propiedad privada, pero no fueron vendidas las aguas; por ello, ningún título de propiedad del «Baldío» habla de fuentes o aguas o cauces; y c) Por su utilización y aprovechamiento al ser una utilización comunitaria, pero de comunidad de vecinos, ya que el Ayuntamiento, ente público, distribuye éstas y nombra guardas, nunca, pues, han sido aguas privadas.»

«Considerando que la subsistente calificación de aguas públicas hace ineficaces los motivos primero, segundo, tercero y quinto del recurso que denuncian infracción de diversos preceptos del Código civil y de la Ley de Aguas sobre las privadas, pues estas legislaciones han venido a respetar los derechos adquiridos, máxime cuando tienen carácter inmemorial, por lo que todos estos motivos hacen supuesto de la cuestión, sin que tampoco pueda prevalecer el motivo sexto por no estar comprendido el derecho cuestionado entre los exceptuados de inscripción, conforme a los términos del apartado sexto de la Ley Hipotecaria de 1909 y artículo 11 del Reglamento de 1915, por considerarse tal derecho entre los bienes patrimoniales del artículo 344 del Código civil, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso con devolución del depósito constituido «ad cautelam» por no ser conformes las sentencias de instancias».

**ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. DEFECTO DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. REQUISITOS PARA ENTRAR A CONOCER DEL RECURSO DE CASACION. CONCEPTO DE LA INFRACCION QUE ALEGA. INFRACCION POR VIOLACION (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1976).**

*Hechos.*—La entidad «Inmobiliaria U. S. A.» formula demanda contra «Saizes, S. A.» y otros, alegando que la finca que en el Registro figura a nombre de esta última es inexistente en la realidad por ser una parte de la que figura en el Registro a nombre de la actora. Suplica se dicte sentencia declarando que la finca que describe al Este del Parque del Retiro, inscrita a su nombre, es propiedad exclusiva y excluyente de la misma, y que la inscripción de la finca de la demandada es nula, siendo inexistentes los negocios jurídicos de transmisión celebrados entre los demandados.

La sociedad demandada contesta oponiéndose y formula reconvencción solicitando la rectificación registral de la descripción de la finca de la actora.

El Juez de Primera Instancia número ocho de los de Madrid desestimó la demanda y la reconvencción, apreciando de oficio defecto de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido traídos al pleito los titulares de tres fincas segregadas de la inscrita a nombre de la actora, a los que podría afectar la cuestión planteada.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia confirmando la del Juzgado.

La entidad demandante interpone recurso de casación al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alegando infracción de ley consistente en la violación de la doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario contenido en las sentencias que exponía, entendiendo que los titulares de las fincas segregadas de la actora no quedan afectados por la litis.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, destacando lo que se dice en los tres últimos «Considerandos»:

«Considerando que... para la Sala de casación pueda entrar a conocer de dicho recurso (de casación), es necesario que se cumpla, en el escrito por el que se interponga, todos los requisitos que exige el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre los cuales están: Primero. Citar el párrafo del artículo 1.692, en que se haya comprendido cuando de recurso de fondo se trate. Segundo: Citar con claridad y precisión la ley o doctrina legal que se crea infringida, y tercero: Citar el concepto que dicha infracción se haya cometido; requisitos esenciales que la Jurisprudencia ha ido moldeando hasta tal punto que, si en la interposición se omite alguno, el recurso no puede ser admitido o, si lo ha sido, ha de desestimarse en el fallo (SS. de 21 de marzo de 1945, 24 de abril de 1928, entre otras muchas); pero es más, no solamente ha de inadmitirse o desestimarse el recurso cuando se omite el concepto amparador y el precepto legal que, en opinión del recurrente, haya sido infringido, sino que se llega a igual conclusión cuando se omite el concepto, que ha de ser uno de los tres detallados en el artículo 1.692, en que la supuesta infracción se haya consentido (SS. de 9 de mayo de 1891 y autos de 31 de diciembre de 1940, 29 de mayo de 1944, 11 de abril de 1946 y 9 de febrero de 1960, entre otros muchos), agregando el artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su párrafo cuarto, que procede la inadmisión del recurso cuando no se haya citado con precisión y claridad las leyes que se supongan infringidas y el concepto en que lo hayan sido.»

Considerando: que insistiendo en el tema, la Jurisprudencia constante de esta Sala no sólo exige la expresión del concepto, sino que éste sea el adecuado a la infracción de ley que en el recurso se impute a la Sala de instancia, coincidiendo, entre otras muchas, las sentencias de 10 de marzo, 13 y 15 de abril de 1971, en que puede prosperar un recurso de casación amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando se alega como infringido un precepto sustantivo por el concepto de 'violación' y dicho precepto ha sido objeto de la atención por parte del Tribunal sentenciador, dice la primera de las sentencias citadas, pues, equivaliendo la violación según la Jurisprudencia, a la 'no aplicación', la invocación del concepto carece de sentido; procede la desestimación, dice la citada en segundo lugar, cuando alegada la violación de determinados preceptos, dichos preceptos han sido aplicados y, por fin, agrega la tercera, que cuando una norma jurídica ha sido aplicada, aunque lo haya podido ser indebida o erróneamente, no se puede decir que haya habido inaplicación, coincidiendo el criterio de las tres sentencias citadas, que no hacen sino repetir el criterio de otras muchas anteriores y que ha sido ratificado por múltiples posteriores, que la invocación de un concepto equivocado ha de conducir a la desestimación del recurso.»

«Considerando que, en el caso de autos, se alega, en el único motivo del recurso, la 'violación' de la doctrina de las sentencias que enumera, cuando es lo cierto que siendo la institución del 'litisconsorcio pasivo necesario', como hemos dicho, de creación jurisprudencial, ha sido precisamente por aplicación de dicha doctrina por lo que la Sala de Instancia ha dejado de juzgar el asunto que le fue sometido en cuanto al fondo, lo que quiere decir manifiestamente inadecuado el concepto expresado en el único motivo del recurso y le hace incurrir en cauce de desestimación, en este momento procesal, por aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.745 de la Ley Procesal Civil.»

**DIVISION DE COSA COMUN. FINCA INDIVISIBLE POR DESMERE-  
CER MUCHO SI SE DIVIDIERA. LA APRECIACION DE DIVISIBI-  
LIDAD O NO DE LA FINCA NO ES CUESTION DE HECHO, SINO  
UN CONCEPTO VALORATIVO DEDUCIBLE DE UNOS HECHOS  
(SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1976).**

**Hechos.**—María de los Angeles Corell R. presentó demanda contra su hermano, J. A. Corell R., solicitando la declaración de extinción de comunidad sobre una finca compuesta de planta baja para habitar y piso alto destinado a granero, corral con cocina y pozo, comprendiendo el todo una superficie de 1.133 metros cuadrados con 34 decímetros cuadrados, pertenecientes a la actora en cuanto a seis séptimas partes indivisas y al demandado en cuanto a una séptima parte. Suplica se dicte sentencia declarando dicha extinción de comunidad mediante la venta de la finca en pública subasta judicial con admisión de licitadores extraños, dado que era indivisible.

El demandado se opone alegando que la finca no es indivisible ni resulta inservible al dividirla, ni sufre desmerecimiento, pues puede independizarse una franja de seis metros de ancho en el límite de la izquierda entrando, quedando un solar de catorce metros de fachada susceptible de admitir un edificio con viviendas, quedando intacto el actual edificio, terraza, pozo, cocina, despensa y lavadero y una gran superficie para corral, porchada, jardín e incluso huerta. Formula reconvencción



para que se declare que la finca es divisible en dos partes, asignándose esa franja de seis metros de ancha al demandado por ser proporcional a su séptima parte indivisa.

Evacuados los trámites de réplica y dúplica, el Juez de Primera Instancia número 5 de Valencia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revoca la sentencia del Juzgado y declara extinguida la comunidad existente entre los litigantes mediante la división de la finca en dos partes en la forma indicada por el demandado apelante.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por la parte actora por violación del artículo 401 en relación con el 404 del Código civil, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, estima el recurso, destacando lo que se dice en los «Considerandos» cuarto y quinto de la primera sentencia:

«Considerando que las afirmaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común no es un hecho, sino un concepto valorativo, deducido de unos hechos, eso sí, incommovibles, de no combatirse con éxito por el cauce adecuado, que debe de dar la instancia, o sea, la instancia debe de dar hechos, descripciones lo más completas posibles del evento acaecido o de la situación juzgada y razonar, a continuación, la deducción valorativa que crea pertinente; bien por la vía de interpretación de los actos o contratos, bien por vía de presunción o bien por vía de calificación del hecho o situación descritos, y así como aquellos han de ser inamovibles en el juicio de derecho, en casación, las valoraciones o calificaciones deducidas por la instancia, partiendo de ellos, pueden ser revisables, siempre que no se alteren, sino, por el contrario, que se acaten las premisas fácticas; y al dejar sentado este criterio, cabe entrar, en análisis del primer motivo del recurso y a través de él, en el estudio de si el inmueble en cuestión es divisible o indivisible.»

«Considerando que tal como se describe la finca y según el plano unido al folio cuarenta y dos de los autos, expresamente invocado en la sentencia de instancia, aun no tratándose de una explotación agrícola, la división que de ella cabría hacer sería a base de que parte de los edificios indicados dentro de sus linderos quedaran en uno de los lotes y parte en el otro, con el consiguiente desmérito del conjunto; ello conduce a que sea de aplicación lo prescrito para el caso por el artículo 404 del Código civil, cual es que, para el caso de que no se convenga la adjudicación total a un condueño que indemnice al otro comunero, la venta y reparto del precio, y, como ésta es la tesis del motivo analizado, procede su estimación.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

**ACCION DECLARATIVA: NO REQUIERE QUE EL DEMANDADO SEA POSEEDOR. DIFERENCIAS CON LA ACCION REIVINDICATORIA. DOCUMENTOS AUTENTICOS EN CASACION PARA DEMOSTRAR ERRORES DE HECHO: NO LO SON EL PLANO O CROQUIS TENIDO EN CUENTA POR EL JUZGADOR NI OTRAS ACTUACIONES JUDICIALES O SENTENCIAS DE OTRO JUICIO. FALTA DE CLARIDAD EN EL MOTIVO DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1976).**

*Hechos.*—La sociedad regular colectiva «Viuda de Abelardo L. S. e Hijos, S. R. C.» presentó demanda contra el Ayuntamiento de Bembibre

y la Junta Vecinal de Bemibre alegando que era dueña de una finca de doce áreas y cincuenta y cinco centiáreas, inscrita a su nombre en el Registro y que el Ayuntamiento le impuso una serie de condiciones respecto a la licencia que solicitó para cerrar su propiedad que implicaban el desconocimiento de la misma. Suplica se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: A) Declarar que la parcela o finca descrita es de la propiedad exclusiva de la actora. B) Declarar el derecho de la actora a cerrar o cercar conforme establece el artículo 388 del Código civil. C) Decretar la nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad del Partido en relación con la obtenida por la Junta Vecinal al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria en cuanto se oponga o afecta a la finca de la actora.

Los demandados se oponen a la demanda alegando que la descripción que la actora hace de su parcela representa, en parte, una yuxtaposición sobre terrenos de la Junta Vecinal de Bemibre que ésta tiene inscritos con la cabida de 49 áreas y 53 centiáreas, debiéndose desestimar la demanda.

El Juez de Primera Instancia número uno de los de Ponferrada estimó en parte la demanda, declarando que la parcela o finca descrita por la actora es de la propiedad exclusiva de la misma, absolviendo a los demandados de las demás peticiones.

Apelada la anterior sentencia por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia confirmando la apelada.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, siendo su doctrina la siguiente:

1.º El plano o croquis aportado por la actora no admite que se pueda apoyar en el mismo un error de hecho en la valoración de la prueba por la Sala de Instancia, pues dicho documento fue objeto de examen e interpretación en relación con otros elementos de prueba, no pudiéndose desarticular la prueba tenida en cuenta por el Tribunal *a quo*.

2.º Las actuaciones judiciales, incluso las sentencias de otro pleito tiene declarado la jurisprudencia que no son eficaces como documentos auténticos para contradecir en casación por vía de error de hecho, las conclusiones fácticas de la sentencia de instancia, aparte de que tal sentencia del Tribunal Provincial Contencioso Administrativo no ha sido aportada a los autos más que a medio de una copia simple.

3.º Falta claridad en un motivo del recurso de casación en que se citan en conjunto varios preceptos indeterminados del Código civil, siendo ello opuesto al contenido formal exigible en el recurso extraordinario de casación por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.º Acción declarativa: requisitos y caracteres. Diferencia con la reivindicatoria.—Se ocupa de ello el considerando sexto en estos términos: «... el citado artículo 348 del Código civil que ampara o tutela el derecho de propiedad que se puede lograr especialmente a través de dos acciones distintas, aunque entrelazadas y frecuentemente confundidas, la propiamente reivindicatoria, que se da como protección del dominio frente a una privación o detentación posesoria de la cosa por otra persona distinta a su titular, encaminada fundamentalmente a recuperar la posesión en favor de aquél, y la acción meramente declarativa, la que no requiere para su ejercicio, que el demandado sea poseedor, teniendo únicamente por finalidad obtener la declaración de que el demandante es el propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que se lo discute o pretende atribuirsele, sin aspiraciones de ejecución dentro del mismo proceso,

aunque pueda tenerla en otro posterior, si bien ello no es óbice y puede resultar conciliable con alguna medida de ejecución, que no la haga perder su finalidad esencialmente declarativa, pero que nunca esa medida dentro del proceso incoado, se traduciría en reintegración de una posesión de-tentada».

**TERCERIA DE DOMINIO: PRELACION DE CREDITOS DE LA HACIENDA PUBLICA. ANOTACION DE EMBARGO A FAVOR DE ESTA SOBRE BIENES QUE HABIAN SIDO TRANSMITIDOS CON ANTERIORIDAD EN DOCUMENTO PRIVADO (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1976).**

*Hechos.*—Albino Broba U., por sí mismo y como representante de su esposa, formula demanda sobre tercera de dominio contra la Administración del Estado y los titulares registrales del piso embargado por la Hacienda Pública, alegando que dicho piso había sido transmitido a los actores por documento privado muy anterior a la fecha de los créditos de la Hacienda y que dicho documento venía reforzado por una serie de pruebas acreditativas de que la propiedad pertenecía a los actores, por lo que suplica se dicte sentencia declarando que la vivienda embargada es propiedad de los mismos y ordenando se alce el embargo trabado.

El Abogado del Estado, después de evacuada la consulta reglamentaria a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, compareció en autos y contestó a la demandada, oponiéndose a la misma.

El Juez de Primera Instancia número dos de Burgos dictó sentencia desestimando la demanda.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre, declara no haber lugar al mismo, destacando los siguientes considerandos:

«Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al denunciar la violación de los artículos 1.218, párrafo primero, y 1.227 y 1.225 del Código civil, ha de ser desestimado, pues el Juzgador de instancia, sin desconocer su contenido, incluso con cita expresa de estos dos últimos, llega a la conclusión, tanto de la realidad del contrato y de la fecha en la que se celebró, de la total prueba documental apreciada en su conjunto, deduciendo aquellas conclusiones a las que se hizo referencia en el anterior considerando; toda vez que dicho conjunto probatorio, alejan toda sospecha de falsedad o simulación en cuanto a la fecha de aquel documento privado de compraventa, criterio éste sostenido por esta Sala en varias sentencias, de las que cabe citar, como más reciente, la del 17 de mayo de 1974.»

«Considerando que el segundo de los motivos, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, incurre en dos claras infracciones formales: la primera, al denunciar una serie de preceptos del Código civil, de contenido muy diverso, como lo son la violación del párrafo segundo del 609, relativo a los diversos modos de adquirir la propiedad; el párrafo primero del 1.281, primera de las reglas sobre interpretación de los contratos; párrafo primero del 1.462, sobre cuándo ha de tenerse por entregada la cosa vendida, y la aplicación indebida del 348, por el que se define el dominio en su párrafo primero, y se otorga, en el segundo, al propietario la facultad para reivindicarlo del tenedor o poseedor no

propietario; y la segundo, al traer al recurso una cuestión nueva, como es el plantear un problema de interpretación y de tradición, no discutidos en la litis, en la que frente a la pretensión actora no se opuso sino el que la propiedad alegada por el actor no podía ser esgrimida para atacar el derecho de la Hacienda Pública, por lo que en verdad, la incardinan en las causas cuarta y quinta de inadmisión del artículo 1.729 de la citada Ley Procesal, que en esta fase, lo son de desestimación.»

«Considerando que los motivos tercero y cuarto últimos del recurso, al denunciar por la misma vía la violación de los artículos del Código civil, 1.089, 1.090, en el primero, y la de los artículos del mismo Código, 606 y 1.281, párrafo primero, y la de los artículos 71 y 73 de la Ley General Tributaria, en el segundo, se está haciendo supuesto de la cuestión, queriendo que prevalezcan unos créditos contra el deudor, como propietario del bien embargado, contra lo declarado por la sentencia de haber sido transferido a tercera persona, con anterioridad a su existencia, por lo que dichos motivos también han de ser desestimados.»

**DIVISION DE COSA COMUN. FINCA INDIVISIBLE. LA SOLICITUD DE LICENCIA MUNICIPAL DE OBRAS EN LA FINCA POR AMBOS DUEÑOS NO DETERMINA POR SI SOLA LA DIVISION DE LA FINCA COMUN NI IMPIDE LA DECLARACION DE INDIVISIBILIDAD**  
(SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1976).

*Hechos.*—Don Laureano E. Uriarte y su esposa interponen demanda contra don León B. Arrizabalaga, sobre división de cosa común, alegando que actores y demandado son dueños en proindivisión, por mitad e iguales partes de dos fincas consistentes en un trozo de terreno junto al Puente Olalde, de Munguía, de un área y sesenta y seis centiáreas y en una parcela sobrante de la vía pública en el punto denominado Puente Olalde, de 78,80 metros cuadrados, y que son indivisibles y no ha habido acuerdo en la adjudicación a una de las partes a cambio de abonar su precio en metálico de las fincas a la otra. Por ello, suplica se dicte sentencia declarando que las mencionadas fincas son indivisibles y que deben venderse en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

El demandado contesta a la demanda alegando que ambas fincas constituyen en la realidad un solar de 200 metros cuadrados, siendo divisible, habiendo solicitado ambos condueños licencia municipal de obras sobre el mismo, que se concedía si se cumplían determinadas condiciones señaladas por el Arquitecto municipal. Formula reconvencción para que se declare la división de las fincas, incluidas ya las obras de unas columnas realizadas en las mismas y la adjudicación en los dos lotes que indicaba.

El Juez de Primera instancia de Guernica dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

*Doctrina de la sentencia.*—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, destacando el primer considerando, pues los demás se refieren a defectos formales de la interposición del recurso de casación:

«Considerando que es procedente el examen del motivo cuarto, previamente al de los demás, por estar amparado en el ordinal séptimo del

artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por error de hecho 'resultante de actos auténticos que demuestran la evidente equivocación del Juzgador, infringiéndose el artículo 404 del Código civil', motivo que no puede ser acogido, porque la solicitud de licencia de obras no puede ser calificada de acto auténtico, porque de ese hecho, por sí solo, no se puede llegar a la conclusión de la división de la cosa común, como pretende el recurrente, y, por tanto, no se contradice, eficazmente, la afirmación de indivisibilidad, consignada en el considerando cuarto de la sentencia del Juzgado, aceptado, y en el tercero de la sentencia impugnada, pero es que, además, los preceptos legales no pueden ser utilizados como fundamento del error de hecho.»

En el considerando segundo se reitera la doctrina legal de que el artículo 1.249 del Código civil se refiere a los hechos que integran la base de la presunción, y el artículo 1.253 al juicio deductivo, por lo que las infracciones de ambos han de ser denunciadas en casación utilizando cauces diversos: la del 1.249, el del ordinal séptimo, y la del 1.253, el del primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

J. M. G. G.

### III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

#### **NO ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO UXORIO PARA CUMPLIR UNA OBLIGACION CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1977).**

*Doctrina de la sentencia.*—La Sala de Instancia, haciendo uso de la facultad privativa que le incumbe en orden a la interpretación de los contratos, de conformidad con el artículo 1.281 del Código civil y la doctrina de esta Sala establecida al interpretarlo, llegó a la conclusión de que lo consignado en los documentos litigiosos no implica una disposición dominical de un bien, que estando en el patrimonio de la sociedad conyugal, con el carácter de gananciales, haya salido subrepticamente, a espaldas y sin el consentimiento de la mujer, sino únicamente y ante todo, del cumplimiento de una obligación contractual, que es la causa y la contraprestación de la adquisición por los referidos esposos de la finca que se describe en el primer hecho de la demanda y sobre la que se ha construido el edificio a que se refiere la declaración de obra nueva, ya que el precio pagado que aparece en la escritura pública de compraventa, no fue el que aparece en la misma como entrega en metálico, sino que la contraprestación que sustituyó a dicho precio fue el cumplimiento por los adquirentes del solar de las obligaciones contractuales en favor de los actores, que se describen en las estipulaciones del documento privado, se cede la propiedad del solar a cambio de la construcción de la obra y entrega de la misma a los actores. Los argumentos de la parte recurrente revelan que lo que realmente impugna no es el artículo 1.413, sino la interpretación de los documentos expresados. Es indudable, pues, que en el caso de autos no hubo acto de disposición sobre inmueble, que es el que determina la necesidad de que se complemente la capacidad del marido con el consentimiento uxorio.

**NO ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE CONDENA CONFORME A LO SOLICITADO EN LA DEMANDA (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1977).**

*Doctrina de la sentencia.*—Según conocida, por lo reiterada, doctrina de esta Sala, la sentencia que cual la recurrida condena conforme a lo solicitado en la demanda, resuelve todas las cuestiones propuestas y debatidas, sin que tenga que hacerse pronunciamiento expreso sobre las alegaciones y excepciones cuando no hayan sido objeto de reconvencción, a lo que cabe añadir que aun en el supuesto meramente hipotético y que sólo se enuncia a efectos de argumentación, de haberse formulado reconvencción, tampoco sería incongruente la resolución impugnada, porque existiendo entre aquellas peticiones un enlace directo y un común origen, al acogerse pura y simplemente la demanda, queda implícitamente rechazada la reconvencción.

En el segundo y último motivo se alega la violación por no aplicación del artículo 1.871 del Código civil, el cual ha de correr la misma suerte que el anterior, porque en realidad lo que en definitiva propugna el recurrente es condicionar el pago de la deuda a la restitución de la prenda, siendo así que el precepto legal que se da por infringido dispone precisamente lo contrario, esto es, que no puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.

**NO EXISTE RESPONSABILIDAD CONJUNTA DE LOS GESTORES CON LA SOCIEDAD REPECTO A LOS CONTRATOS CONCLUIDOS EN NOMBRE DE ESTA ANTES DE SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1977).**

*Doctrina de la sentencia.*—El recurso de casación en el fondo es inadmisibles cuanto la ley o la doctrina citadas por el impugnante se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito, teniendo declarado esta Sala que no puede entenderse propuesta por las partes una cuestión, a efectos de lo prevenido en dicha norma procesal, sino cuando se formule con concreción y claridad, pues no basta al respecto que a cualquier problema fáctico o jurídico se aluda más o menos vagamente en la fase de alegaciones de la primera instancia del proceso.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, es de notar, por una parte, que no existe responsabilidad conjunta de los gestores con la sociedad en orden a los contratos concluidos en nombre de ésta antes de su inscripción en el Registro Mercantil, puesto que, una de dos, o la sociedad otorga su aceptación dentro del plazo de tres meses desde aquella inscripción, en cuyo supuesto el contrato es válido y obliga exclusivamente a la sociedad con el tercero, o no lo acepta dentro del plazo referido, en cuya hipótesis responden exclusivamente los gestores frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Compañía; y, por otra parte, que la solidaridad de que habla el mismo precepto, siguiendo el precedente del artículo 120 del Código de Comercio, afecta únicamente a la responsabilidad de los gestores cuando hubieran sido varios los que contrataron con el tercero, no a la inexistente responsabilidad simultánea de los gestores con la sociedad.

**LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE UN DOCUMENTO PRIVADO NO LE PRIVA POR SÍ SOLA DE TODA EFICACIA PROBATORIA (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1977).**

*Doctrina de la sentencia.*—Es doctrina constante de esta Sala que el hecho de que en la tramitación de un proceso no se siga el procedimiento marcado por la ley, en nada afecta a la jurisprudencia ni puede servir de fundamento al recurso de casación amparado en dicha norma cuando la inadecuación procedimental no repercute en la competencia objetiva ni en la funcional del órgano jurisdiccional. Para que sea necesario el cotejo a que se refiere el artículo 597, regla primera, de la Ley de Enjuiciamiento, es menester que se haya impugnado expresamente la autenticidad o exactitud por la parte a quien perjudiquen los documentos, no siendo suficiente, a este respecto, la vaga alusión a la falta de fehacencia de los «papeles» aportados por la contraparte.

La falta de reconocimiento de un documento privado no le priva por sí sola de toda eficacia probatoria, dado que su autenticidad puede demostrarse por cualesquiera otros medios de prueba, entre ellos, mediante testigos.

**EN LA FIANZA SOLIDARIA LA ACCION ES AUTONOMA Y PUEDE EJERCITARSE CONTRA EL FIADOR SIN NECESIDAD DE IR CONTRA EL PATRIMONIO DEL DEUDOR PRINCIPAL (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1977).**

*Hechos.*—El Banco de Bilbao avaló solidariamente el cumplimiento de una obligación de hacer, que consistía en edificar un hotel sobre una parcela de treinta mil metros cuadrados, en una fecha determinada. Al cumplirse el plazo la obra estaba lejos de su terminación, por lo que resulta demandado el Banco, prosperando tal demanda.

*Doctrina de la sentencia.*—Si ciertamente, según reiterada doctrina jurisprudencial, para determinados y excepcionales supuestos que tengan su apoyo en la naturaleza del derecho material puesto en ejercicio, afectante a diferentes personas, la relación jurídico-procesal precisa que venga constituida por todas ellas, para impedir la extensión de los efectos de la cosa juzgada a quienes no han sido oídos, ello es para el caso de que no se trate de obligaciones solidarias, porque prevenido en el párrafo segundo del artículo 1.822 del Código civil que si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo tercero, título primero de tal cuerpo legal sustantivo, y sancionado en el párrafo segundo del artículo 1.141 del mismo, inserto en dicha sección, que «las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicaran a todos éstos», con el complemento regulador contenido en el artículo 1.144, de que el «acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente», tanto quiere decir que en la solidaridad de deudores, cual la producida en el presente caso, es principio normativo, en lo que a la relación externa se refiere, de que cada deudor se repite único y exclusivo obligado por la totalidad, cual revela, además, el explícito contenido del artículo 1.137, *in fine*, del aludido Código, conducente a que cada uno de los deudores solidarios deban prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación cuando ésta se haya constituido con el carácter de solidaria, de tal manera que el acreedor pueda dirigirse a su elección contra cualquiera de los deudores y exigirle íntegramente la prestación,

el deudor elegido, estando personalmente obligado por el todo, no puede invocar el *benefitium divisionis*, ni pretender pagar su cuota solamente, ni exigir que sean demandados los codeudores.

La fianza prestada con carácter solidario no precisa de una declaración de incumplimiento de la obligación principal hecha previa y separadamente del pleito entablado, pues basta que en éste se estime tal incumplimiento como base de la petición de la demanda, para que pueda fundarse en ella la condena al pago, por ser diferente la situación jurídica de subsidiariedad que supone la fianza, y la de solidaridad, porque según ya tiene declarado este Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de febrero de 1963, mientras que la primera, con dicha nota de subsidiariedad implica aspecto «sucesivo», mirando al nexo contractual, la segunda, como consecuencia precisamente del aspecto «solidario», significa aspecto «simultáneo», lo que determina una clara divergencia que se opone a la unidad de su reglamentación legal y confiere a la fianza de naturaleza solidaria caracteres propios que la alejan del campo genuino de la fianza y la llevan al peculiar de la obligación solidaria entre codeudores, cuya principal diferencia es, del lado del acreedor, que éste tiene una acción que ha de ejercitar conjunta o sucesivamente contra el deudor y el fiador en la fianza ordinaria, mientras que en la solidaria la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de ir contra el patrimonio del deudor principal.

**LA EXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO ES MAS RIGUROSA CUANDO SE EJERCITA LA ACCION DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1977).**

*Doctrina de la sentencia.*—Según reiterada doctrina legal, en materia de litisconsorcio pasivo necesario, para que mediante el proceso civil se pueda lograr la doble finalidad que le está asignada, defensa del orden jurídico y tutela del derecho, cuando se acredite la verificación del supuesto legal, es absolutamente preciso que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida, lo que implica o presupone limitación del arbitrio del actor en orden a la designación de las personas naturales o jurídicas que han de ser llamadas al proceso, no pudiendo quedar fuera de él las que tengan indudable y legítimo interés en impugnar las acciones que se ejerciten, al poder quedar afectadas por el fallo que sea dictado, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada, exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados, doctrina que es más rigurosa cuando se ejercita la acción de nulidad de los contratos o la declaración de su vigencia, pues la misma ha de dirigirse forzosamente contra todos los interesados en ello, entendiéndose que son interesados para estos efectos los intervinientes en el negocio que se ataca de nulo; los herederos, los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio y los causantes de la nulidad, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y sus causahabientes—salvo en el supuesto del párrafo segundo del artículo 1.252 del Código civil—se podría dar el contrasentido que un negocio jurídico determinado pudiese ser nulo para uno de los interesados en él, y válido para esto, si éste no fuera llevado al proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad, lo que iría contra todo raciocinio lógico que impide que un negocio jurídico sea válido y nulo al mismo tiempo, por lo que para poderse obtener declaración de nulidad o de la subsistencia y vigencia de un contrato, es necesario llamar a juicio a todos los en él interesados.



**LA DONACION ENCUBIERTA BAJO UNA COMPRAVENTA SIMULADA HA DE REUNIR, PARA QUE SE RECONOZCA SU VALIDEZ, TODOS LOS REQUISITOS MATERIALES Y FORMALES, ENTRE ELLOS LA ACEPTACION DEL DONATARIO EN ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1977).**

*Hechos.*—Doña Teresa, soltera y dueña de dos fincas, otorgó testamento a favor de su hermano don Félix, y de sus sobrinos, hijos de aquél. Posteriormente, otorgó poder a favor de don Manuel, facultándole para vender las fincas. El apoderado las vendió a don Félix y a sus hijos. Doña Teresa reclama la nulidad de la venta por simulación y falta de precio. Los adquirentes, aunque reconocen la simulación de la compraventa, alegan que bajo ella se encubre una donación válida. La demanda fue acogida.

*Doctrina de la sentencia.*—Partiendo de la base de que está en presencia de una simulación relativa, para decidir acerca de la validez jurídica del acto disimulado es preciso tener en cuenta, ante todo, la doctrina general aplicable al respecto de toda clase de actos y contratos, elaborada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, a cuyo tenor el acto disimulado será válido si reúne los requisitos requeridos por la ley no sólo en cuanto al consentimiento y al objeto, sino fundamentalmente en cuanto a la causa, verdadera y lícita que sea la propia que se oculta, distinta, por tanto, de la del simulado, además de la exigencia de la forma cuando ésta sea necesaria; doctrina genérica que habida cuenta el carácter excepcional de la materia a que se refiere respecto de la normativa de los contratos, deberá interpretarse con carácter restrictivo y aplicarse con suma cautela y que en relación con el supuesto que aquí se contempla de donación de inmuebles disimulada bajo una compraventa, constando ésta en escritura pública, supone que se habrá cumplido el requisito de forma que exige el artículo 633 del Código, pero ello de por sí no puede bastar, pues el contenido, y sobre todo el consentimiento y la causa tal y como se manifiestan y el Notario autorizó, son de venta (transmisión de cosa por precio) y no de donación (transmisión por pura liberalidad) de acuerdo con lo establecido respectivamente por el artículo 1.274, haciéndose indispensable, según el 1.276, que se pruebe la causa de la segunda y según el 633, que conste la aceptación del donatario en la propia escritura o en otra, en consonancia con la definición del artículo 618 que al margen de las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la figura, pone el peso de la donación en que el acto de liberalidad que implica sea aceptado; todo ello de acuerdo con la misma doctrina de este Tribunal Supremo formulada para este supuesto específico a partir de la Sentencia de 3 de marzo de 1932, seguida—aunque forzoso es decirlo, con algunas fluctuaciones e incluso discrepancias de otras—por las de 22 de febrero de 1940, 23 de julio de 1953, 10 de octubre de 1961, 13 de mayo de 1965 y 20 de diciembre de 1968, a tenor de la cual, la falta de alguno de dichos requisitos conduce inexorablemente a la sanción de nulidad de la donación encubierta.

**ES INADECUADO INTERPRETAR EXTENSIVAMENTE EN FAVOR DEL ASEGURADOR LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO DE SEGURO (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1977).**

*Hechos.*—El demandado, que tenía concertado un seguro voluntario de su vehículo con la Compañía de Seguros «La Sudamericana», provocó

culposamente un accidente de tráfico, colisionando con otro coche y huyendo a continuación, por lo que fue condenado por el delito de omisión del deber de socorro. La Aseguradora, que pagó las indemnizaciones pertinentes repite ahora contra el asegurado, pero éste es absuelto en base a la siguiente,

*Doctrina de la sentencia.*—En el contrato de seguro voluntario se engloba también el seguro obligatorio, según la argumentación del recurrente, y si bien ello es cierto con carácter general, sin embargo, también lo es que los efectos de que se contrate exclusivamente un seguro de este tipo, o de que se contrate un seguro que abarque una responsabilidad ilimitada en el ámbito civil, con inclusión en él de aquel tipo de seguro, son completamente distintos, porque, entre otros extremos, la compañía aseguradora percibe unas primas más altas, y, por consiguiente, deben ser también más extensas sus obligaciones, sobre todo, además, si se tiene en cuenta que sería inadecuado llevar a cabo una interpretación extensiva en favor del asegurador, que ampliara la aplicación de las normas especiales que regulan el seguro obligatorio, a otros tipos de seguro, que tienen una mayor extensión y en los que impera el principio de libertad de contratación, pues como afirma una reiterada doctrina jurisprudencial «el contrato de seguro es un contrato de adhesión y en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza—redactada por las Compañías sin intervención alguna de sus clientes—se ha de adoptar, conforme al artículo 1.288 del Código civil, la interpretación más favorable para el asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la entidad aseguradora.

Como segundo fundamento de su demanda adujo la actora lo pactado en las condiciones generales de la póliza litigiosa, a cuyo tenor no quedan comprendidas en las garantías del seguro «los accidentes producidos intencionadamente por el asegurado o por el conductor, a menos que hayan sido causados para evitar otros sucesos más graves», fundamento que también es rechazado por los Juzgadores de Instancia, contra cuya repulsa se levanta el motivo tercero que alega la interpretación errónea del artículo 1.255, en relación con los siguientes, y 1.088 y siguientes del Código civil; motivo que ha de correr igual suerte desestimatoria, toda vez que el resultado dañoso se produjo en el caso de autos, no intencionadamente, sino por una acción culposa del conductor-asegurado, y si bien incurrió el mismo en una omisión del deber de socorro, que fue plenamente sancionada y que constituye un delito doloso, tal conducta no fue la causa de aquel resultado, sino una omisión posterior a la producción del accidente.

**NO SE CONSIDERA NOVACION DE UNA POLIZA DE SEGUROS UNA TRANSACCION SOBRE EL SINIESTRO ACAECIDO AL VEHICULO (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1977).**

*Hechos.*—Un Abogado que tenía su coche asegurado a todo riesgo sufrió un grave accidente por culpa de otro. Su Compañía de Seguros le pagó 140.000 pesetas y él se dirigió contra el causante del daño producido, quien fue condenado a indemnizarle en 500.000 pesetas. Una vez cobrada por el Abogado perjudicado dicha indemnización, su Aseguradora le demanda para que le devuelva las 140.000 que le había pagado. Se estimó la demanda.

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien es cierto que el contrato de seguro mercantil debe regirse por los pactos lícitos consignados en las pólizas

o documentos suscritos por los interesados (art. 305 del Código de Comercio), que son los que constituyen la norma fundamental reguladora de las relaciones entre las partes (SS. de 5 de marzo de 1931 y 20 de octubre de 1963) y que la novación que se haga en esta clase de negocios jurídicos debe consignarse precisamente en tales pólizas (art. 384 y SS. de 8 de mayo de 1897 y 28 de enero de 1929); no lo es menos que en el supuesto que aquí se contempla, el Tribunal *a quo* declara probado que el actual recurrente suscribió un documento por el que reconoció haber recibido de la entidad actora la cantidad que ésta le reclama, en la que «transigió el siniestro sufrido por el vehículo» de dicho señor, que se compromete a reclamar del responsable que ocasionó el accidente, la totalidad de los daños sufridos con ocasión del mismo y a reintegrar a la aseguradora la suma entregada por ella, caso de ser resarcido de aquellos daños y perjuicios, hechos que en forma alguna pueden interpretarse como novación de la póliza, sino como una declaración unilateral de voluntad del firmante de aquel documento, que al ser aceptada por la otra parte contendiente, produce cuantos efectos se señalan en los artículos 1.091, 1.245, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código civil, y que implica una renuncia de derechos admitida por el número 2 del artículo 6, cuya validez no puede ponerse en duda al manifestarse de forma clara, explícita y terminante, y al versar sobre derechos que, una vez producido el siniestro, se encontraban integrados en el patrimonio del renunciante.

**EL TERMINO «INFRACCION» TIENE UN SIGNIFICADO GENERICO Y MAS AMPLIO QUE EL ESPECIFICO «VIOLACION» (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1977).**

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien es cierto que los términos de «violación» e «infracción» son considerados como sinónimos por el Diccionario de la Real Academia, no lo es menos que en su sentido técnico-jurídico son distintos, teniendo el segundo un significado genérico del que el primero es específicamente una de las formas o clases que enumera el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según confirmó el uso constante que en especial efectuó la conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo.

Esta Sala, en relación con casos similares al que ahora se contempla, tiene declarado que no existe la debida paridad desde el punto de vista analógico que ha de tenerse en cuenta para la aplicación al supuesto de autos de la legislación de arrendamientos urbanos, como consecuencia de lo dispuesto en el número tercero del artículo 149 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, actual artículo 161 del texto refundido de 9 de abril de 1976, con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues este artículo contempla un caso en que se permite al arrendatario la opción entre volver por retorno a la nueva edificación o resolver el contrato mediante indemnización, mientras que por el precepto de la vigente Ley del Suelo, se excluye la posibilidad del retorno, lo que agrava la situación del arrendatario y, por ende, la indemnización ha de tener mayor extensión, guardando el supuesto más analogía con lo dispuesto en el número 3 del artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a que se remite la sentencia recurrida, en que no se admite el derecho de retorno.

J. O. S.

## III. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

**RETRACTO ARRENDATICIO: HA DE PREVALECER EL PRECIO FIJADO EN LA ESCRITURA Y NO EL DEL DOCUMENTO PRIVADO, PARA EVITAR POSIBLES FRAUDES AL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1975).**

Realizada la venta de la finca arrendada, sin que le sea notificada al arrendatario, éste tiene noticia de ella por el Registro y solicita el retracto ante el Juzgado de Orgaz, pero la entidad adquirente se opuso alegando que el actor no era arrendatario de toda la finca ni era cultivador personal y directo, así como que el precio real era superior al estipulado en la escritura. El Juzgado declaró haber lugar al retracto por el precio real indicado por el demandado y no por el que aparecía en la escritura. La Audiencia Territorial de Madrid confirmó esta sentencia.

Prospera el recurso de revisión interpuesto por el actor. El precio ha de ser el contenido en la escritura y no el del documento privado, ya que éste no puede afectar a terceros y lo es el retrayente en este caso, según se desprende de los artículos 1.218 y 1.230 del Código civil. La responsabilidad debe recaer sobre las partes y no sobre tercero frente al cual no cabe oponer la posible simulación cometida en la escritura, sin que quepa hablar de enriquecimiento injusto del retrayente, ya que ese principio ha de ponerse en relación con el de que quien usa de su derecho a nadie perjudica. Por otra parte podría defraudarse fácilmente al arrendatario fijando un precio muy superior al real en un documento privado para el solo efecto de que no pudiera ejercitar su derecho el arrendatario. Esta doctrina es la que ha de aplicarse en este caso, tanto más cuanto no consta la notificación de la venta al arrendatario hasta la celebración del acto de conciliación y en éste de modo imperfecto, por lo que tuvo que acudir al Registro, solicitando certificación del mismo.

**RESCISION DE CONTRATO E INDEMNIZACION DE GASTOS: LO PAGADO POR EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES NO PUEDE RECLAMARSE EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL ARRENDATICIO (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1975).**

Se comunica al arrendatario el deseo de la propiedad de la finca de no continuar el arrendamiento, a lo que se opuso aquél, diciendo que quería prorrogarlo por tres años más sin que abonase diversos gastos a él imputables, por lo que se le demanda, solicitando la rescisión y la indemnización de estos gastos. El Juzgado de Llerena desestimó la demanda, pero la Audiencia de Cáceres revocó la sentencia anterior y declaró resuelto el contrato con la obligación de pagar todos los gastos reclamados.

El recurso de revisión triunfa en parte. No se admite la incompetencia del Juzgado de Llerena, ya que la cláusula de sumisión expresa no se concertó con todos los requisitos necesarios para su validez y, por otra parte, el demandante se sometió tácitamente al Juzgado de Llerena, al presentar ante él la demanda sin que pueda hacer uso la parte demandada de la excepción de incompetencia. Por lo demás, procedía la acumulación de acciones de rescisión e indemnización, conforme a la Ley Arrendaticia, pero no la de reclamación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que escapa al ámbito de la relación arrendaticia y no debió acumularse

a las demás en el procedimiento especial seguido, procediendo admitir el recurso en este punto, sin perjuicio de que la actora pueda ejercitar válidamente las acciones que puedan corresponderle, haciendo uso del procedimiento adecuado.

**RETRACTO ARRENDATICIO: NO PUEDE ADMITIRSE CUANDO EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN QUE SE BASA ES SIMULADO (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1975).**

Se vende la finca, arrendada al actor, que antes había sido aparcerero de la misma, sin que se le haya notificado la venta por la vendedora ni por los adquirentes. El Juzgado número 1 de Palencia desestimó la demanda y la Audiencia de Valladolid confirmó la sentencia anterior.

No tiene éxito el recurso de revisión. No puede basarse en error de hecho este recurso cuando el alegado carece de relevancia a los fines de alterar el pronunciamiento, ya que el desconocimiento del contrato de aparcería en la sentencia recurrida tiene su explicación en la circunstancia de que la demanda de retracto se apoya no en ese contrato sino en el de arrendamiento. No puede apreciarse error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que una cosa es la autenticidad de un documento privado y otra muy distinta la veracidad de su contenido, que puede no prevalecer sobre el resto de la prueba practicada. El contrato de aparcería no tuvo otro fin que proporcionar al demandante la posibilidad de obtener cupo de gas-oil, por lo que se trataba de un contrato simulado, lo que corrobora el hecho de que el retrayente se ampara no en su condición de aparcerero sino en la de arrendatario, sin hacer mención alguna de la aparcería. Pero tampoco cabe reconocer el retracto en base al pretendido contrato de arrendamiento, que fue también una ficción, ya que ni el firmante del mismo tenía atribuciones de su hermana para arrendar los predios de ésta ni fue firmado en la fecha que figuraba en el documento privado, sino posteriormente, habiendo fallecido ya dicha hermana, que, antes de morir, otorgó escritura de venta de la finca a los demandados, que también habían sido nombrados herederos nudo-propietarios junto con el demandante en testamento otorgado por dicha señora cinco días antes, lo que demuestra una serie de componendas familiares, a la que no eran extraños los contratos ficticios de aparcería y arrendamiento relacionados.

**DESAHUCIO: EL PLAZO CONTRACTUAL COMIENZA EL DIA FIJADO EN EL CONTRATO, SIN PERJUICIO DE QUE EL ARRENDATARIO INICIE DESPUES LA OCUPACION DE LA FINCA Y SU CULTIVO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1975).**

Fijado el plazo de duración de un arrendamiento para explotación ganadera en tres años, no se hace entrega de la finca al llegar el vencimiento de dicho plazo, por lo que se demanda al colono para su desahucio. El Juzgado de Utrera estimó la demanda, confirmando la misma doctrina la Audiencia.

Tampoco prospera el recurso de revisión. El oficio de la Hermandad de Labradores que fija la fecha inicial del arrendamiento en un día posterior al del contrato no tiene relevancia, ya que en éste se dice que el plazo contractual comenzaría en su fecha y que la posesión del objeto

del arrendamiento se entregaría por medio del documento, cláusulas ambas que determinan la iniciación del arrendamiento, siendo indiferente que el arrendatario comience a cultivar la finca en aquel momento o después. No puede admitirse, del mismo modo, el que no se habían cumplido los tres años, por haber comenzado el 2 de enero de 1971 y haber concluido el 31 de diciembre de 1973, ya que el arrendatario firmó el contrato y se obligó a sus estipulaciones sin que pueda apoyarse en una mínima diferencia de fechas para alegar la nulidad de una cláusula aceptada y cumplida por él. El contrato es la ley que ha de regir entre las partes (artículo 1.091 del Código civil) y estipulado un plazo de duración y vigencia del mismo es éste el que debe cumplirse máxime cuando, como queda expuesto, se adapta también a las normas que de forma imperativa establece el precepto que se cita como infringido.

**DESAHUCIO: LA NOVACION EXTINTIVA NO SE PRESUME. NO EXISTE CUANDO EL SEGUNDO CONTRATO SE LIMITA A ADAPTAR EL PRIMERO A LA DURACION MINIMA LEGAL PREVISTA EN LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1976).**

Se requiere al arrendatario para que desaloje la finca, al acabar el plazo contractual, por tener la propiedad el propósito de dar por concluido el arriendo para cultivarla directamente por tiempo no inferior a seis años. Al no haberlo realizado el colono, se le demanda solicitando el desahucio y la indemnización de daños y perjuicios por la ocupación indebida de la finca durante el tiempo que dure el procedimiento correspondiente. El Juzgado de Ecija estima la demanda sin aceptar la argumentación del demandado que alegaba la existencia de dos contratos distintos, del segundo de los cuales el ejemplar de la propiedad contiene una cláusula aclaratoria de que el arrendamiento dura seis años, de los cuales ha transcurrido uno, mientras que el del arrendatario no contiene tal cláusula. La Audiencia de Sevilla confirma íntegramente tal resolución.

Igual ocurre con la sentencia del Tribunal Supremo. No cabe novación del primitivo contrato por el segundo, ya que lo que hace éste es adaptar aquél al mínimo legal de seis años, previsto en el Reglamento de Arrendamientos Rústicos. El resto de las cláusulas son simplemente modificativas, pero no extintivas de un nexo entre las partes, subsistente en lo esencial, sanados que fueron los defectos legales acusados en el primer documento; la novación extintiva no se presume, tanto más cuanto que la finalidad de la cláusula referida es clara. No puede admitirse el error consistente en que la cláusula referida no se encontraba en el ejemplar del demandado, ya que ambos ejemplares estaban firmados por él y no alegó falsedad en su momento, mediante la oportuna querrela. No puede apreciarse lo relativo a la indemnización, ya que la sentencia del Juzgado se remite al artículo 1.107 del Código civil que habla del deudor de buena fe, limitando la cuantía a la renta fijada en el contrato, que es en realidad la contraprestación al disfrute del predio por el arrendatario, por lo que ha de considerarse como lucro cesante y no como daño emergente, según la doctrina de esta Sala, en Sentencia de 28 de noviembre de 1961, para el caso de buena fe, que siempre se presume estando por acreditar el ánimo malicioso del locatario para seguir en el fundo.

**DESAHUCIO: FINALIZADO EL PLAZO CONTRACTUAL NO SE HA PROBADO EL ACUERDO DE LAS PARTES PARA SU PRORROGA HASTA DOCE AÑOS (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1976).**

Concluido el plazo contractual se insta al desahucio del arrendatario ante el Juzgado de Toledo, que estimó la demanda, confirmando la Audiencia de Madrid.

No triunfa el recurso de revisión. Se alega como cuestión nula, no planteada en la instancia, que los propietarios de la finca no son los demandantes, cuando la cualidad de dueños y arrendadores con que comparecen los demandantes les fue reconocida expresamente en las diligencias preliminares del juicio y en la contestación a la demanda por el propio recurrente, habiéndoles hecho el pago del canon arrendaticio. Carece de interés el posible error en la apreciación de la prueba testifical, inoperante en este litigio, según se desprende del artículo 52, número 4, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos; si examinamos la prueba documental, se observa que la liquidación de cuentas entre las partes se refiere sólo al período de septiembre de 1963 a mayo de 1968 y no a la correspondiente desde esta fecha hasta septiembre de 1969, por lo que no puede inferirse de ella que el contrato continuara por otros seis años más. En la confesión judicial, los demandantes no han reconocido ninguna de las posiciones que les fueron formuladas referentes a la duración del contrato por doce años como pretende el recurrente, negando la aplicación pretendida por éste a los recibos que les fueron presentados, por lo que, en definitiva nada se ha probado por este medio.

**DESAHUCIO: EL CONTRATO, DADO EL PARENTESCO DE LAS PARTES, ES DE LOS EXCEPTUADOS DE LA LEGISLACION ARRENDATICA ESPECIAL (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1975).**

Cedidas varias fincas por un plazo de seis años al hijo y hermano de los demandantes, éste continuó, finalizado el plazo, por tácita reconducción en el disfrute de las fincas hasta su fallecimiento en 1970, continuando en el goce de las mismas su viuda, que fue requerida en 1971 para que dejase libres las fincas, repitiéndose en el año siguiente sin que lo hiciese, por lo que se le demanda ante el Juzgado de Haro, que estimó la excepción de cosa juzgada y desestimó la demanda, revocando posteriormente la Audiencia de Burgos.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, no tiene éxito. La sentencia del Juzgado de Haro, en la que el recurrente quiere fundar la excepción de cosa juzgada, resolvió la falta de determinación e individualización de las fincas, objeto del desahucio, por entender que, mediante su descripción en el escrito inicial no era posible identificarlas, excepción que estimó el Juzgado, lo que demuestra que la primera demanda fue desestimada por un defecto formal en el modo de proponerla que, una vez subsanada, hizo posible a los actores formular de nuevo la pretensión y que ésta fuese discutida en este segundo pleito y, además, si no se pudieron identificar las fincas en el primer litigio, mal puede haber identidad entre los objetos de ambos litigios, ya que no se puede saber si las del segundo son los mismos que los del primero. Tampoco puede admitirse la incompetencia objetiva porque la acción ejercitada es la de resolución del contrato existente entre las partes por vencimiento del plazo contractual, el conocimiento de la cual compete a la jurisdicción ordinaria por el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil, máxime

cuando el arrendamiento aparece concertado entre consanguíneos: madre e hija, por una parte, e hijo y hermano de las anteriores, por otra, comprendido, por tanto, en la excepción prevista en el último párrafo del artículo 1.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

### ARRENDAMIENTOS URBANOS

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: AL FIRMARSE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, EL DEMANDANTE EJERCIÓ YA LA INDUSTRIA DE BAR EN EL MISMO INMUEBLE (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).**

Celebrado un contrato de arrendamiento de industria de bar en 1969 por un año, éste se prorrogó por tácita reconducción, el último de cuyos plazos concluyó en 1 de noviembre de 1973 y, dentro de los quince días siguientes se interpone la demanda, a la que se opone el arrendatario, alegando que el arrendamiento es de local y no de industria. El Juzgado número 4 de Madrid declaró no haber lugar al desahucio pretendido, lo que confirmó la Audiencia de la misma capital.

En cambio triunfa el recurso de injusticia. La sentencia recurrida dice que el contrato es de arrendamiento de local, porque no fue objeto del mismo una unidad patrimonial con vida propia, pues nadie puede dar lo que no tiene, afirmación que se desvirtúa con los documentos aportados por el actor: certificación registral en la que consta la adquisición por los actores de un bar; recibo de la Contribución Industrial a nombre de la esposa del recurrente; resguardos y cédulas de notificación de la Delegación de Hacienda a favor de la misma, lo que demuestra que cuando el demandante, que actúa en nombre de su mujer, firmó el contrato de arrendamiento, venía ejerciendo en dicho inmueble la industria de bar, incluso con anterioridad a su compra. También se ha infringido el artículo 1.281 del Código, que propugna la interpretación literal de los contratos, puesto que en el de arrendamiento se expresa que el demandante es propietario del bar llamado «Siglo XXII» con todas sus instalaciones, servicios y clientela, conteniendo una unidad patrimonial con vida propia, la que conviene en dar en arrendamiento al demandado, uniéndose a dicho contrato un inventario de utensilios firmado por el arrendatario.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LAS SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO DEL TRIBUNAL SUPREMO, DECLARANDO LA RUINA DEL INMUEBLE, SON FIRMES DESDE QUE SE PRONUNCIAN YA QUE CONTRA ELLAS SOLO CABE EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).**

Se obtiene judicialmente por los copropietarios de un edificio arrendado a varios inquilinos, la declaración de ruina del inmueble, demandando a éstos para la resolución de los contratos respectivos. El Juzgado número 2 de Alicante estimó la demanda y la Audiencia de Valencia lo confirmó.

El Tribunal Supremo no admite el recurso, ya que según el artículo 114,



causa 10.ª, de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es necesario que, antes de ejercitarse la acción por el arrendador, sea notificada a los locatarios la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa por la que se confirma la declaración de ruina. Esta es firme cuando ya no cabe recurso, lo que ocurre con las resoluciones de la Sala cuarta de este Tribunal, contra las que no se admite sino el recurso excepcional de revisión que supone la firmeza de la sentencia respectiva. No existe abuso de derecho por parte de los copropietarios, ya que se da el ejercicio normal de un derecho de resolución por el arrendador frente a unos arrendatarios que no merecen ser protegidos en cuanto a su pretensión de continuar indefinidamente en el uso de la cosa arrendada, pese a concurrir causa de resolución del contrato.

**TRASPASO ILEGAL: SE CONSIDERA QUE EXISTE EN EL CASO DEL HIJO DE UN SOCIO QUE SE SUBROGA EN EL LUGAR DE SU PADRE, ÚNICO SOBREVIVIENTE DE UNA SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA, QUE ERA LA PRIMITIVA ARRENDATARIA DEL LOCAL (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1975).**

Al faltar el pago de la renta durante varios años, el propietario se dirige contra la sociedad arrendataria, pero comparece otra persona manteniendo que es la titular del arrendamiento por subrogación de su padre, por lo cual el Juzgado absuelve a la entidad demandada, lo que confirma la Audiencia Provincial de Sevilla. En vista de ello, el propietario interpone demanda contra el ocupante actual del local, por traspaso o cesión inconsentida. El Juzgado número 4 de Sevilla desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia apelada, declarando resuelto el contrato.

El recurso de injusticia no prosperó siendo desestimado en Sentencia de 13 de abril de 1973, pero se formuló el extraordinario de revisión con base en un documento aparecido después de dictada sentencia firme: un acta de 22 de febrero de 1961 a la que se remite la escritura de disolución de la sociedad regular colectiva por muerte de uno de los socios en el mismo año 1961. En este momento se subrogó en los derechos arrendaticios de la entidad el único socio sobreviviente y, a su muerte en 1966, se subrogó su hijo, segunda subrogación permitida por la legislación especial. Admitido el recurso extraordinario por el Tribunal Supremo no triunfa el dirigirse contra la sentencia de casación y no contra la de instancia que es la afectada por el motivo o causa de revisión, consistente en el acta notarial referida, intrascendente para la sentencia de casación. La revisión había de referirse a la sentencia de instancia, por variar los elementos probatorios de la misma, ya que la validez del proceso no está vinculada a la sentencia de casación y no depende de su rescisión el valor y efectos de la misma, salvo que lo realmente atacado fuese esta sentencia, de acuerdo con la uniforme y constante doctrina jurisprudencial.

**DESAHUCIO DE FINCA URBANA: AL RESOLVERSE EL PRIMITIVO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, DESPUES DEL DERRIBO DE LA EDIFICACION EXISTENTE, SUSTITUYENDO POR OTRO NUEVO, SE DA A ESTE LA CALIFICACION DE ARRENDAMIENTO DE SOLAR, SUJETO, POR TANTO, AL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1976).**

El objeto del arrendamiento era una finca urbana con unos cobertizos, que se destruyeron a consecuencia de una gran nevada, por lo que la

actora otorgó nuevo contrato a favor de aquél en el que se hacía constar que el objeto del arrendamiento era un solar sin edificación para instalar en él unas sierras mecánicas y concluyendo el 1 de febrero de 1973. Llegada esta fecha no desalojó la finca, por lo que se le demanda, solicitando el desahucio. El Juzgado número 2 de Barcelona y la Audiencia Territorial estimaron la demanda.

No ha lugar al recurso de casación por infracción de ley. Pretende el recurrente sacar la conclusión de dos actas notariales, constantes en autos, de que no hubo derribo del primer cobertizo, cuestión que aun siendo cierta no modificaría la calificación del contrato. La pérdida del cobertizo, cualquiera que sea la proporción en que se derrumbó, no afecta en absoluto a la condición de solar de lo arrendado, habiendo sido resuelto el primitivo contrato de común acuerdo entre las partes. El último motivo, al afirmar que no había arrendamiento de un solar, sino de un local de negocio, hace supuesto de la cuestión y mantiene una calificación del contrato, diametralmente opuesta a la sentada por el Triunal, debiendo por ello ser igualmente desestimada.

**DESAHUCIO DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: NO SE DEMUESTRA QUE LO ARRENDADO FUESE UN LOCAL EN LUGAR DE UNA INDUSTRIA (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1976).**

La demandante, propietaria de una industria de ladrillería con sus herramientas y enseres, arrendó la expresada industria como unidad patrimonial con vida propia y en funcionamiento, fijándose el plazo en cinco años y siete meses, que podría prorrogar el arrendatario por diez años más, fijándose como tope la fecha de 31 de diciembre de 1972. Llegado este día, la sociedad arrendataria no reintegró la posesión a pesar de los requerimientos hechos, por lo que se solicita judicialmente el desahucio de la misma. La demandada alegó que el arrendamiento era de local y no de industria, por lo que la prórroga debía ser indefinida. El Juzgado número 1 de Hospitalet, así como la Audiencia de Barcelona, estimaron la demanda.

No triunfa el recurso de casación por infracción de la ley. La recurrente solicitó licencia municipal para instalar una «bóvula» con la maquinaria, pero ello no demuestra que la impugnante sea propietaria de la industria litigiosa, ya que no cabe confundir la industria arrendada antes y las mejoras o perfeccionamientos introducidas posteriormente por la arrendataria, mediante la adición a la misma de nueva maquinaria. No se demuestra, contra lo apreciado por el Juez de Instancia, que el objeto del arrendamiento fuese un local en lugar de una industria. La tácita reconducción no se produce, aunque al terminar el contrato permanezca el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada si antes ha mediado requerimiento del arrendador, efectuado antes del día prefijado para la conclusión del arriendo.

**TRASPASO: NO EXISTE ESTE, A LOS EFECTOS DE LA LEGISLACION ARRENDATICA, EN LA ADJUDICACION DE UN LOCAL A UN SOCIO, AL SEPARARSE ESTE DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA DEL MISMO (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1976).**

Según el actor, había arrendado, junto con otras personas, un local para bazar y en marzo de 1970, los arrendatarios acordaron que uno de ellos traspasaría sus derechos a otro, por lo que percibiría una determinada

contraprestación. El arrendatario no notificó el traspaso al administrador de la propiedad, por lo que se advirtió al cesionario que el traspaso era ilegal, teniendo que otorgar un nuevo contrato entre el administrador y aquél, al que se le había causado un perjuicio económico que se fijó en 3.240.000 pesetas, como saldo finiquito de los daños y perjuicios causados. El demandado contestó que quien explotaba el negocio era una sociedad anónima, de la que eran socios los hoy litigantes y otras dos personas. Al separarse de la sociedad el actor y otro socio, poseedores del cincuenta por ciento del capital, se les adjudicó la parte que correspondía en las instalaciones y mercaderías, atribuyéndose unos locales al actor y otros a los demás, dejando de ejercer sus actividades en los locales adjudicados a los socios la entidad citada, por lo que no se produjo traspaso a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Por tanto, el demandado carecía de legitimación pasiva porque él no fue nunca titular del arrendamiento, habiendo silenciado el actor las reales relaciones que como socios de una sociedad anónima habían mantenido entre sí. El Juzgado número 4 de Barcelona desestimó la demanda y la Audiencia Territorial lo confirmó.

No prospera el recurso de casación por infracción de ley. Negado por el Juez de Instancia que el actor hubiese probado ser tercero adquirente, mediante precio, del local y la existencia de precio en la cesión, es indiferente que en un traspaso el coarrendatario pueda ser considerado tercero o no a los efectos del artículo 29 de la Ley de Arrendamientos. De aquí que decaigan también los otros motivos, referentes a la inaplicación del artículo 32 de la misma Ley y del artículo 1.101 del Código, en relación éste con los artículos 29 y 32 del texto arrendatario, por no existir verdadero traspaso y depender su eficacia del consentimiento del arrendador.

C. R. R.

**TESTAMENTO POR COMISARIO EN VIZCAYA.—CADUCIDAD DEL PODER TESTATORIO.—PRESCRIPCION ADQUISITIVA.—ACCION DE PETICION DE HERENCIA.—PRESCRIPCION EXTINTIVA.—COMPUTO.—INVALIDEZ PARCIAL DEL TESTAMENTO.—Ley 3.ª, título 21 del Fuero de Vizcaya.—Artículo 4.ª, 1.259, 1.963, 1.965 y 1.969 del Código civil (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1977).**

El poder testatorio caduca en Vizcaya al cumplirse el año siguiente a la mayoría de edad, por emancipación, del hijo menor. La prescripción adquisitiva no puede comenzar a producirse hasta que el heredero aparente exteriorizó su intención de poscer por sí y en exclusiva los bienes hereditarios. Para el cómputo de la prescripción extintiva ha de tenerse en cuenta que la acción nace cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa. La invalidez parcial debe prevalecer en nuestro Derecho, frente al principio opuesto de la invalidez total.

El Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Bilbao desestimó la demanda apreciando la excepción perentoria de prescripción de la acción de petición de herencia. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó esa sentencia y desestimó la demanda, absolviendo de la misma a la parte demandada y estimando parcialmente la reconvencción. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelante, conforme a los motivos que ésta expone bajo los

números primero, tercero y cuarto, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan los hechos y motivaciones de este litigio:

Considerando que para la exacta comprensión de las cuestiones debatidas en el recurso en cuestión, y adecuada decisión sobre los cuatro motivos admitidos en que el mismo viene amparado, es de tener en cuenta, por ser hechos esencialmente reconocidos en el sentencia recurrida e incluso explícita e implícitamente admitidos por los litigantes personados, lo siguiente: Primero: Que don R. M. y A. y doña A. E. I., padres del demandante don J. M. E. y de los demandados doña A. y don M. M. E., otorgaron el veintiséis de enero de mil novecientos cuatro capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de la sociedad conyugal proyectada, y posteriormente realizada, con arreglo al Fuero de Vizcaya, por el que habrían de regirse en orden al destino de los bienes que respectivamente aportaron, conviniendo que los referidos esposos, ella con aprobación de sus padres, se conferían mutuo y recíproco poder para que el sobreviviente dispusiere de los bienes del premuerto entre los hijos comunes en la proporción, cuantía, forma, reservas, cargas y condiciones que estimare conveniente y con los apartamientos y exclusiones del caso, bien sea por actos inter vivos, ya por causa de muerte, prorrogándole el término legal para hacer uso de ese poder, por todo el tiempo que fuere de su agrado.—Segundo: Que el diecinueve de enero de mil novecientos treinta falleció el esposo don R. M. A., dejando del referido matrimonio como hijos a los relacionados demandante y demandados, habiendo sido emancipado don J. M. M. E., que era el de menor edad, el veintiuno de julio de mil novecientos treinta y cuatro, cuando tenía veinte años de edad cumplidos.—Tercero: Que la viuda, doña A. E. I., fallecida el tres de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, otorgó testamento, que es el único que consta por ella efectuado, el veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, en el que, entre otras declaraciones inoperantes al caso, lega al hijo don M. M. la mitad indivisa perteneciente a la testadora de las fincas, radicantes en la jurisdicción de anteiglesia, consistentes en las casas llamadas «Echepinto», «Echevarri» y «Casa Panadería», con sus terrenos pertenecidos de antuzanos y huerta, dividida por la carretera de la Estación, y el monte nombrado «Mucurtotza», cuarto de Monte Sel, de medida aproximada de ciento veinticinco peonadas; hace otro legado a la hija doña A. de la casa radicante en jurisdicción de Bedía y titulada «Echevarría», con su huerta próxima y aneja, sita en el barrio de Ibarra, nombrada dicha huerta «Ortue» y de cabida de mil ciento cuarenta y cinco metros cuadrados, instituyendo y nombrando herederos por mitad e iguales partes, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, y de las integrantes de la herencia de su difunto esposo y comitente a sus citados hijos doña A. y don M., apartando a su otro hijo don J. y demás descendientes, excluyéndole de los bienes de tal institución, así como aparta y excluye también de los legados precedentemente expuestos a los no llamados a los mismos, con la legítima foral de un real de vellón, un palmo de tierra, una teja y el árbol más remoto e infructífero.—Cuarto: Que en las invocadas capitulaciones matrimoniales se consignó que el precitado don R. M. A. aportaba al matrimonio proyectado, y que se constituyó, la mitad indivisa que por título de comunicación foral le correspondía de una porción del monte nombrado «Usán-solo», radicante en el barrio de Unquina, jurisdicción de la anteiglesia de Galdácano, de catorce áreas con ochenta centiáreas con las casas dobles tituladas «Casa Pinta» y «Echevarri», y la casa sencilla nombrada «Panadería», construidas en ella, así como varios de los muebles y ropas valuadas en mil trescientas cuatro pesetas, todo lo cual se expresaba debidamente en la escritura de declaración voluntaria sobre los bienes relictos por fallecimiento de su primera esposa doña R. G. A., otorgada

con su cuñado don I. el veintitrés de enero de mil novecientos cuatro, en tanto que don P. E. M. y doña J. I. M., padres de la tan mencionada doña A., donaban y mandaban a ésta, con motivo del meritado matrimonio, en concepto de dote inestimada, la casa llamada «Lecue de Medio» y sus pertenecidos, de que se hace detallada descripción, y como dote estimada los efectos de arreo que se expresaban y serían entregados el mismo día del casamiento, y los muebles y efectos que se relacionaban, estableciéndose que la donación causa a favor de su dicha hija el pago total de los derechos de la misma en las herencias paterna y materna y con exclusión de los demás hijos, con un palmo de tierra, una teja, un árbol y setenta y cinco céntimos de peseta a cada uno, imponiéndole determinadas obligaciones sin trascendencia a los fines del presente recurso, y conviniendo asimismo las integrantes del futuro matrimonio, y llevado a efecto, entre don R. M. A. y doña A. E. I., ésta con aprobación de sus padres, en demostración de afecto, la donación mutuamente con mil quinientas pesetas para que el sobreviviente las hiciese y llevase de lo mejor y más realizable de los bienes del premuerto, disolviéndose el matrimonio sin hijos, habiéndose si no llegaren a la edad de testar o llegados fallecieren abintestato, y confiriéndose el mutuo y recíproco poder a que se contrae el primero de los apartados de este considerando.—Quinto: Que mediante escritura notarial de treinta de junio de mil novecientos treinta, a efectos de otorgamiento de un préstamo e hipoteca, doña A. E. e I. hizo manifestación de bienes de comunicación foral convenida por consecuencia de su matrimonio constituido con su fallecido marido don R. M. A. del monte titulado «Usánsolo», ya citado, sobre el que existen las casas nombradas «Casa Pinta», casa doble nombrada «Echevarri» y casa sencilla llamada «Panadería», precedentemente aludidas, que provenían al citado don R. en una mitad por el título legal de comunicación de los bienes de su anterior matrimonio con doña R. G. A., y en la otra mitad por compra a su hijo de dichas primeras nupcial don J. M. y G., según escritura pública otorgada el veinticuatro de mayo de mil novecientos veinticuatro, edificada y aprobada la última por la esposa del vendedor, doña P. G. A. en primero de enero de mil novecientos veintidós, con subsiguiente inscripción registral y afectación de una situación jurídica de enfiteusis; un monte amojonado en el barrio de Arteta, jurisdicción de Galdácano, en el sitio cuyo nombre no aparece precisado, por ilegible, en la cabida que se expresa y del que se hace detallada descripción, comprado por el citado don R. M. A. durante su matrimonio con doña A. E. I., con subsiguiente inscripción registral, y cuya finca formaba parte de la constituida por la casa-caserío señalada al número ciento noventa y cuatro y con pertenecidos del barrio de Arteta, y en unión también de la finca señalada con el número ciento noventa y tres, afecta, según se dice, a un crédito que nadie reclama; la casa llamada «Lecue de Medio», con campo y antuzano contiguo, jaro y viveros, heredades de pan y sembrar nombradas «Beco Soloa», «Mario-Solo», «Inasolo» y «Echeonda», de todo lo que se hace amplia relación, y cuya finca fue donada a la mentada doña A., en dote inestimada, por sus padres don P. E. y doña T. I. M., en la referida escritura de capitulaciones matrimoniales, inscrita registralmente; una casa denominada «Echevarría» que se halla situada en el barrio de Ibarra, de la anteiglesias de Bedfa, y la heredad llamada «Ortue», con pertenecidos de la casería de Ibarra, lo que fue comprado por ambos esposos, con pacto de retro, a medio de escritura publicado formalizada el trece de diciembre de mil novecientos veintiuno, con inscripción registral, y estando la finca descrita libre de toda carga y gravamen, salvo el derecho «del usufructo vitalicio de la mitad de las ventas» que fue reservado por doña A. I. M. al donar la finca a su hija doña L. E. en escritura notarial otorgada en cinco de septiembre de mil

novecientos veintiuno.—Sexto: Que con fecha once de febrero de mil novecientos sesenta, mediante comparecencia ante Notario, doña A. M. E., asistida de su esposo don S. O. B. y don M. M. E., casado con doña P. U. L., basándose en el contrato matrimonial, poder testatorio y disposiciones testamentarias correspondientes a los esposos tantas veces citados, señores M.-E., procedieron a la adjudicación de los bienes constitutivos de las herencias de ambos cónyuges, asignando al don M. la mitad indivisa perteneciente a su madre doña A. del terreno procedente del monte titulado «Usánsolo», precitado, y edificaciones en él existentes, «Casa Pinta», casa doble llamada «Echevarri» y la casa sencilla nominada «Panadería, expresadas, así como la totalidad del Monte Sel conocido por el nombre de Mucurtotza», en tanto que a doña A. se hacía asignación de la totalidad de la casa nominada «Echevarría» y heredad «Ortue», haciéndose igualmente adjudicación a los referidos don M. y doña A. de la concesión del terreno para enterramientos que, señalado con el número uno al cuatro, letra C, pertenecía a sus padres en el cementerio del Ayuntamiento de la anteiglesia de Galdácano, con sujeción a lo que determinen los reglamentos vigentes sobre la materia, dándose los relacionados adjudicatarios por satisfechos y pagados sus derechos hereditarios y que cualquier deuda u obligación real o personal que pudiera aparecer la pagarían en proporción a sus respectivos haberes, siendo de cuenta de cada adjudicatario la inscripción en el Registro de los bienes que respectivamente se han adjudicado, y cuya actividad registral tuvo lugar.—Séptimo: Que la repetida doña A. M. E., con el asentimiento foral de su esposo don S. O. B., vendió las viviendas derecha e izquierda de la planta baja y las viviendas derecha e izquierda de la planta alta segunda, con sendas parcelas de terreno segregadas del antuzano de la referida casa «Echevarría», mediante tres escrituras públicas, de veinte de abril de mil novecientos sesenta y una de veinte de agosto de mil novecientos sesenta y dos, otorgadas ante Notario, en favor de terceros, y mediante también escritura pública de once de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, la propia doña A. realizó donación en favor de su hijo don J. M. de la mitad indivisa de la finca nominada «Usánsolo», de que se viene haciendo mención, correspondiente a la sucesión de su expresado esposo, y octavo: Que en el escrito inicial de demanda, rectora de las actuaciones de que el presunto recurso dimanaba, fechada el veinte de marzo de mil novecientos setenta y cuatro y sometido a reparto el veintiséis siguiente, se solicitó, entre otros extremos complementarios, la declaración de caducidad del poder testatorio conferido por don R. M. A. en favor de su esposa en segundas nupcias doña A. E. I. y, como consecuencia, la nulidad de actos y negocios jurídicos posteriores verificados con su base y fundamento, caducidad que reconoce la sentencia recurrida, pero que declara prescrita la acción de petición de herencia que aprecia se promueve, por lo que no extrae, en definitiva, consecuencias de la apreciada caducidad.

Considerando que en trance de decidir el recurso de casación ejercitado, y para guardar un adecuado rigor lógico en él, procede alterar el estudio de los motivos admitidos en el sentido de pronunciarse en primer lugar sobre el tercero, fundamentado en pretendida infracción, por aplicación indebida, de la Ley séptima, título XIV, de la partida VI, así como de los artículos 1.963 y 1.969 del Código civil, y en violación o faltas de aplicación, estimándolo aplicable, del artículo 1.965 del mencionado Código y doctrina con él relacionada, en tanto en cuanto la sentencia recurrida acoge la excepción opuesta por el demandado comparecido don M. M. E. de prescripción de la acción de petición de herencia que se manifiesta ejercitada, pues de la solución que deba merecer esta cuestión pende la de las demás planteadas.

Considerando que de tener en cuenta en orden a dicho tercer motivo

de casación, que nuestro Código civil, superando la teoría de la «actio nata»—afirmativa—para ser posible la prescripción, de que la acción hubiera nacido, dejando sin resolver la cuestión de cuándo debe entenderse que nació, acepta, a través de la normativa del artículo 1.969, la teoría de la realización, sosteniéndose del nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo en que pudiese ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, según tiene reconocido este Tribunal en sentencias de veintiséis de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, veintidós de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, veintinueve de enero de mil novecientos cincuenta y dos y veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y dos, reiterando criterio ya sostenido en otras precedente, porque, como se proclama en la última de las relacionadas resoluciones, si la prescripción extintiva comenzara a correr antes que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo.

Considerando que haciendo adecuada aplicación al supuesto contemplado de la doctrina expuesta en el precedente, es de llegar a la solución de estimación del citado motivo tercero de casación, al producirse en la sentencia evidente violación del artículo 1.969, en que tal motivo se fundamenta, toda vez que, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora en instancia, y aun prescindiendo de los diversos motivos que en relación con las acciones ejercitadas presentan las pretensiones formuladas en los escritos de demanda y réplica rectores del proceso de que se trata, el «dies a quo», para cómputo inicial de la prescripción extintiva alegada por el demandado personado don M. M. E. y que la recurrida sentencia acogió, no ha de ser fijado desde el día veintitrés de julio de mil novecientos treinta y cinco, en que se manifiesta producida caducidad del poder testatorio conferido por don R. M. A. a su esposa doña A. E. I., sino desde la fecha de tres de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, en que se produjo el fallecimiento de tal comisaria o apoderada testatoria, con lo que presentada la demanda en cuestión en veintiséis de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, en que fue sometida a reparto y producida su admisión a trámite, claro es que en modo alguno han transcurrido los treinta años que se fijan en la sentencia impugnada para la prescripción de la acción de petición de herencia, haciendo aplicación de la doctrina jurisprudencial sancionada en sentencias, entre otras, de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos, doce de abril de mil novecientos cincuenta y uno, doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, cuya tesis de cómputo inicial que este Tribunal acoge con remisión a la citada fecha de tres de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, viene avalada, de una parte, por el hecho de que hasta entonces, en que se produjo el fallecimiento de la precitada comisaria y dada la reserva y consiguiente secreto de las disposiciones legalmente establecidas, no tenía el demandante medios adecuados para conocer si aquella había hecho o no uso, y en qué términos, del aludido poder testatorio que le confiriera su esposo, y en su caso de su alcance y efectos, no estando, por tanto, en condiciones de poder ejercitar normal y eficazmente acción de petición de herencia de su padre poderdante, desde el momento en que un derecho no está en condiciones de ser reclamado en tanto no se conozca su existencia, contenido, alcance y efectos, y habida cuenta que pedir una herencia no es simplemente reclamarla genéricamente, pues que este aspecto ya surge de la mera aceptación de la herencia prefijada en forma

expresa o tácita, sino el reclamarla específicamente con el contenido a que en definitiva alcance según la institución hereditaria producida, y, de otra parte, en razón a que estando supeditado el derecho hereditario atribuible al referido demandante don J. M. E. a las consecuencias que jurídicamente pudieran merecer los actos realizados por la tantas veces aludida comisaria doña A. E. I., haciendo uso del poder testatorio de que se viene haciendo mención, determina la no posibilidad de prescripción de toda acción, y entre ellas la de petición de herencia, en tanto el comienzo del plazo para prescribir se encuentre supeditado a que desaparezcan las apariencias de legalidad y validez producidas por actos o negocios jurídicos que, de no ser adecuados en derecho, generen nulidad radical, absoluta y de pleno derecho, toda vez que siendo tal clase de ineficacia perpetua e insubsanable, por serlo «in radice», es imprescriptible, conforme al principio «contra non valentem agere non currit prescriptio», sin admisión de prescripción sanatoria, como tiene reconocido este Tribunal en sentencia de seis de mayo de mil novecientos nueve, diez de abril de mil novecientos treinta y tres y diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta, entre otras, con la consiguiente repercusión de comunicación y trascendencia a toda acción que tenga relación con esa secuencia de ineficacia.

Considerando que declarada la procedencia del tercero de los motivos de casación formulados, determina llegar a la también estimación del primero fundamentado por el recurrente en violación, a causa de no aplicación del artículo 1.259 del Código civil y doctrina legal con él relacionada, derivada de las sentencias del Tribunal Supremo que en apoyo de tal motivo primero se invocan, y del artículo 4.º del citado Cuerpo legal sustantivo, también por no aplicación, que se aduce regía al tiempo de los actos o negocios jurídicos impugnados, en cuanto respectivamente previenen que «nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal», de manera que «el contrato celebrado a nombre de otro será nulo a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante», y que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez», lo que es esencialmente acogido en los números tres y cuatro del artículo 6.º de la Ley 3/1973, de diecisiete de marzo, modificadora del Título Preliminar del Código civil, porque esa infracción emana no solamente del hecho de que la recurrida sentencia ya reconocía, en el tercero de sus considerandos, «que es cierto, y así lo admite la demandada, que el poder testatorio otorgado por don F. M. a su esposa doña A. caducó, quedando extinguido y sin validez el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, es decir, al cumplirse el año y día de la mayoría de edad, por emancipación, del menor de los hijos, don M. M. E., en relación con lo dispuesto en la Ley tercera del título veintuno del Fuero de Vizcaya, en relación con la disposición transitoria primera de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya de diez de julio de mil novecientos cincuenta y nueve», y que «en su consecuencia, todo cuanto dispuso doña A., con posterioridad a aquella fecha, no sólo por actos inter vivos en mil novecientos cuarenta y siete, sino por testamento en mil novecientos cincuenta y siete, como comisaria foral haciendo uso del poder testario (*sic*) conferido por su esposo, habría de resultar en principio nulo y carente de valor», ni que de la doctrina establecida por este Tribunal en la sentencia de ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, en la que es de insistir, sancionadora de que, en adecuada interpretación de la Ley III, título XXI, del Fuero de Vizcaya, caducado el poder testatorio al cumplirse el año siguiente a la mayoría de edad, por causa de emancipación, del hijo menor desde dicha fecha, no podía la comisaria hacer uso con eficacia jurídica de dicho poder, por la razón



de que ya no lo ostentaba, tanto porque la caducidad implica la inexistencia de un término fijo para la duración de un derecho y transcurrido aquél ya no puede éste ser ejercitado, cuanto por ser el requisito de subsistencia de poder indispensable para actuar a nombre de otro en virtud de autorización representativa, de modo que cuando falta, y se actúa sin persistir jurídicamente la autorización, los actos creados son nulos de pleno derecho por falta de facultades de la otorgante y ser actos prohibidos por la citada Ley III, título XXI, del Fuero de Vizcaya, con la consecuencia de nulidad radical, absoluta, perpetua e insubsanable, equivalente a la inexistencia, en ortodoxa aplicación del brocardo jurídico de que «quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere», y mayormente porque siendo el fundamento del testamento por comisario en Vizcaya, en tendencia al robustecimiento de la familia, base espiritual de la casería para regir ésta, el permitir una buena elección del que se considere más apto, de entre los hijos, con facultad de conferir la regencia al consorte para efectuar la designación a partir de que el menor de los hijos llegue a la mayoría de edad, por ser el momento en que se estima pueden ser conocidas las cualidades de todos los hijos, permitiendo acoger al que se considere más idóneo de ellos, durante el plazo de un año siguiente a ese alcance de mayoría de edad del hijo menor, en orientación al fin de conservación de la casería por encima de la temporalidad de la vida de los individuos, por entenderse suficiente para ello aquella precitada exacta y precisa limitación temporal, y no un módulo más amplio o con extensión abstracta e indeterminada en el tiempo.

Considerando que centrado el recurso en el segundo de los motivos en que el mismo se ampara, con base en pretendida infracción por violación o falta de aplicación de los mismos preceptos y doctrina legal en que se soporta el primero, con referencia específica y concreta en nulidad radical, plena, absoluta y de pleno derecho e insubsanable del testamento bajo el que falleció la que fue comisaria, doña A. E. I., otorgado el veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, o sea, a los veintidós años de haber caducado el poder testatorio que le venía conferido, actuando aquella en dicho acto de última voluntad tanto por sí como en el concepto de comisaria foral de su referido fallecido esposo en uso de dicho poder testatorio que le confirió, haciendo disposición, después de establecer determinados legados a favor de sus hijos doña A. y don M., en el sentido de instituir y nombrarlos herederos universales por mitad, tanto en los bienes, derechos y acciones propios como en los de su esposo fallecido, a sus citados hijos doña A. y don M., apartado de ambas herencias con la legítima foral a su también hijo don J., plantea el problema dimanante de la rúbrica de «invalidez total o parcial del negocio jurídico», o al menos acertada de «invalidez, nulidad o ineficacia parcial», de si la causa de nulidad de una disposición, cláusula, pacto o estipulación de las varias contenidas en un negocio jurídico restringe sus efectos invalidatorios a la parte de éste directamente afectada por aquella causa, conforme al antiguo adagio «utile per inutile non vitiatur» (invalidez parcial), o, por el contrario, los extiende o propaga a todo el contenido del negocio, de acuerdo con el brocardo latino «unus actus non potest pro parte valere, pro parte non» (invalidez total), cuya problemática abarca también la cuestión relativa a si la causa de nulidad de unos fragmentos o elementos de cierta cláusula contrae sus consecuencias invalidatorias a aquéllos, reduciéndose, por tanto, su ámbito o, contrariamente, las contagia a toda la cláusula negocial.

Considerando que, a falta de una norma jurídica general sobre la materia, ha de estarse para solucionar el problema, en primer término, a la disposición legal concreta—a alguna de las cuales se hará referencia después—que encierre la norma especial aplicable a la institución particular

objeto del debate y, en defecto de ella, deberá acudir a la hermenéutica negocial, según proclama la sentencia de este Tribunal de cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cinco, teniendo presente para ello, además del criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible), que el factor decisivo para apreciar la invalidez-parcial o la invalidez-total se halla constituido por la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe.

Considerando que situados ya en este plano, es digno de notar que en el Derecho comparado se observan dos tendencias en orden a cuál debe ser la regla general encaminada a la invalidez total y otra a la de nulidad parcial aludidas en los considerandos precedentes, ya que mientras el Código civil alemán (párrafo ciento treinta y nueve), seguido por algún otro, se inclina por el primer criterio, al disponer que si es nula una parte del negocio jurídico todo él es nulo, a menos que deba entenderse que, ello no obstante, se hubiera celebrado sin la parte nula, el Código suizo de las obligaciones (art. 20, párrafo 2), y el Código italiano de mil novecientos cuarenta y dos (art. 419), entre otros, establecen la regla contraria, preceptuando el último que la nulidad parcial de un contrato o de singulares cláusulas del mismo acarrea la nulidad del todo si resulta que los contratantes no lo hubieran concluido sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad.

Considerando que dicha regla de la invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro derecho, aun a falta de una norma jurídica positiva directa, toda vez que tal regla tiene su apoyo: 1.º) En la aplicación analógica admitida por el artículo 4.º-1 del Código civil, de las numerosas normas concretas que imponen la validez parcial del negocio jurídico, a pesar de determinadas cláusulas, o de parte de aquél [arts. 641, párrafo segundo; 737, párrafo segundo; 767, 781, 786, 793, 1.116 (interpretado en este sentido por la sentencia de este Tribunal de cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cinco), 1.155, párrafo primero; 1.376, 1.377, 1.476, 1.691, párrafo primero, etc.]. 2.º) Que el principio general de derecho sobre la conservación del negocio jurídico, acogido por nuestro ordenamiento y proclamado por la doctrina legal establecida por las sentencias de treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro y siete de noviembre de mil novecientos sesenta y siete. 3.º) En la Jurisprudencia de esta Sala, que ha aplicado en numerosos casos la regla de la invalidez-parcial, como es de ver en las sentencias de treinta de marzo de mil novecientos cincuenta, once de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, veintidós de enero y diecisiete, veintiuno y veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho y siete de junio y seis de diciembre de mil novecientos sesenta, cuya regla es la procedente a menos que la exégesis negocial revele que el autor o autores del negocio jurídico no lo hubiese concluido sin la parte nula, como se estimó en las sentencias de esta Sala de diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y cinco y treinta de noviembre de mil novecientos setenta y tres, como se previó en la antes mencionada de cuatro de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

Considerando que la aplicación de la anterior doctrina al caso litigioso impide declarar la nulidad total pretendida del aludido testamento de veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y siete, en virtud del cual, según ya viene indicado, doña A. E. I., actuando tanto por sí como en el concepto de comisaria foral de su referido fallecido esposo en uso del poder testatorio que le confirió, hizo disposición de determinados legados a favor de sus hijos doña A. y don M., concretados en determinados bienes, les instituyó y nombró herederos universales por mitad, tanto

en los bienes, derechos y acciones propios como en los de su esposo fallecido, apartando de ambas herencias con la legítima foral a su también hijo don J., así como obsta a la apertura de la sucesión legítima respecto a la herencia de la precitada doña A., dado que si la caducidad del poder testatorio otorgado por su marido privó a su viuda de la facultad de disponer de la mitad indivisa perteneciente al premuerto, quedó subsistente, sin embargo, el poder de disposición «mortis causa» en cuanto a sus bienes, derechos y acciones propios, habida cuenta de que nada hay revelador de que la autora de la disposición de éstos no la hubiere realizado sin haber dispuesto simultánea y conjuntamente de la herencia de su finado cónyuge.

Considerando que esta conclusión aparece reforzada por el hecho de que la actividad testamentaria realizada por doña A. E. I., de que se hace examen, está poniendo de manifiesto que la llevó a cabo no exclusivamente en ejercicio del poder testatorio que, en modalidad de testamento por comisario, le había conferido su marido don R., sí que también de su propio testamento, conforme autoriza el artículo 20 de la mencionada Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, al afectar solamente a hijos comunes de ambos cónyuges, lo que unido a la repetida circunstancia de caducidad del poder testatorio de que se viene haciendo mención, con la consiguiente extinción de sus efectos, conduce a la acogida solución de ineficacia de tal actividad testamentaria llevada a cabo por la meritada doña A. en orden a la herencia de su marido con base en dicho poder testatorio caducado, pero no en lo que guarda relación con la herencia propia de la precitada comisaria, tanto porque si es cierto que en virtud de la comunicación foral constituyen los bienes integrados una comunidad o copropiedad indivisa del cincuenta por ciento, o por mitad, entre la viuda y los hijos, de ello no cabe deducir, cual pretende el recurrente, que la testamentifacción producida sea única, pues una cosa es la expresión de voluntad testamentaria y otra los bienes, derechos y acciones que por ella, en definitiva, puedan resultar afectados, cuanto debido a que la orientación jurisprudencial, reflejada en sentencia de este Tribunal de ocho de julio de mil ochocientos ochenta y siete, reconocedora de que «los instrumentos son en general indivisibles y no pueden ser aceptados en parte y en parte repudiados», únicamente puede tener aplicación en el caso del instrumento con carácter de unicidad jurídica, pero no en el supuesto, que es el producido en el presente caso, de testamento, reflejados en un solo documento, afectantes con independencia jurídica a la disposición hereditaria de los bienes, derechos y acciones de dos personas, dado que entonces no se da la precisa situación de indivisibilidad impeditiva de la posibilidad de parcial aceptación, lo que no viene obstaculizado por el contenido de la ya citada sentencia de este Tribunal de ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, toda vez que en ella se contemplaba la donación amparada en poder testatorio caducado y, por tanto, extinguido en sus efectos, lo que es significativo de instrumento con valor jurídico único, con no posibilidad disgregatoria en su efectividad, que, como viene indicado, no es supuesto que se da en el caso actualmente en cuestión.

Considerando que, a mayor abundamiento y en materia testamentaria, confirma el criterio que se establece en los precedentes considerandos el contenido del artículo 846 del Código civil, según el cual, cuando el testador tuviese sólo una parte en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte, puesto que aun cuando se considere que tal norma no regula un supuesto de invalidez parcial, sino de interpretación de voluntad, lo cierto es que careciendo la viuda testadora de la facultad de disposición sobre los bienes del cónyuge premuerto, en virtud de la caducidad del poder testatorio que le había otorgado éste, los efectos de

los legados y demás disposiciones testamentarias que realizó a medio del testamento de que se viene haciendo mención no pueden entenderse con más extensión que lo que, en definitiva, le alcancen con facultad dispositiva en los bienes de que dispuso en la referida conjunta actividad testatoria, como indeclinable secuencia de la voluntad manifestada en esa conjunta disposición, dado el principio imperante en materia hereditaria de que la voluntad del testador es la ley de la sucesión, y en cuanto que lo realmente evidenciado con intencionalidad dispositiva testamentaria por la meritada doña A. ha sido tal conjunta disposición y, en consecuencia, con proyección a la mitad de los bienes integrados en la comunidad foral por aquélla afectada.

Considerando que como consecuencia lógica de la estimación de los motivos primero y tercero de casación examinados, y de la desestimación del segundo, es de llegar a la también estimación del cuarto, amparado en infracción de los artículos 657, 658, 659, 661, 930 y 931 del Código civil, y de la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de diez y trece de octubre de mil novecientos catorce, siete de julio de mil novecientos quince, diez y trece de octubre de mil novecientos diecinueve, veintiocho de febrero de mil novecientos veintiséis y treinta de mayo de mil novecientos treinta, conforme a las cuales en materia de sucesión intestada rige el Código civil en toda España, como consecuencia del carácter general que alcanza la Ley de Mostrencos, salvo las normas específicas forales, porque aun teniendo valor el acto de última voluntad realizado por la tan aludida doña A. E. I., mediante el testamento que otorgó el once de febrero de mil novecientos veintinueve, en lo que afecta a su herencia y con proyección a los bienes que en definitiva la integren, el hecho de que no lo tenga en relación con la herencia de su fallecido esposo don R. M. A., por estar caducado y consiguientemente extinguido en sus efectos el poder testatorio que éste había conferido a aquélla, y acreditado que del matrimonio por ambos integrado nacieron tres hijos, que son el demandante, don J., y los demandados doña A. y don M., es visto que procede la apertura de la sucesión intestada del meritado don R. M. A., con la consiguiente declaración de herederos y el correspondiente derecho a los que resultan serlo de él a pedir la partición de dicha herencia.

Y en la segunda sentencia se establece:

Considerando que los argumentos expuestos en la sentencia de casación, que se incorporan y reproducen en la presente, conducen a la íntegra estimación del extremo primero de las declaraciones instadas en la súplica del escrito inicial de demanda, tendente a que el poder testatorio conferido por don R. M. A. a favor de su esposa en segundas nupcias doña A. E. I., en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada ante el que fue Notario de la villa de Bilbao, en fecha veintiséis de enero de mil novecientos cuatro y ratificado en el testamento del poderdante otorgado el día once de febrero de mil novecientos veintinueve, ante el Notario que fue de Amorebieta, al amparo de las disposiciones del Fuero de Vizcaya, caducó, terminó, se extinguió y perdió todo su valor y efecto legal el día ocho de agosto de mil novecientos treinta y siete, o sea, luego de cumplido el año y día de haber llegado a la mayoría de edad el hijo menor del matrimonio, don M. M. E., y por su derivación llevan igualmente a la estimación de los pedimentos primero y segundo adicionados en la súplica del escrito de réplica encaminados al pronunciamiento de que por falta de facultades de la otorgante doña A. E. I. es nula de pleno derecho, con nulidad radical y absoluta, la donación otorgada por dicha comisaria en favor de su hijo don M. M. E. ante el Notario de Bilbao, en fecha once de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, así como la consiguiente inscripción de dicha donación en el Registro de la Propiedad de Bilbao, obrante al folio cuarenta y ocho, del libro trece de Galdácano, finca número cuatrocientos noventa y uno, inscripción décima,

y que es asimismo nula y sin valor ni efecto legal alguno la adjudicación de bienes practicada por fallecimiento de doña A. E. I., mediante escritura pública otorgada por don M. y doña A. M. E., asistida de su esposo, en fecha once de febrero de mil novecientos sesenta, ante el Notario de Villaro, así como las inscripciones de las fincas de los adjudicatarios en los Registros de la Propiedad de Bilbao y Durango, respectivamente, las que serán canceladas totalmente, pues teniendo tales donación y adjudicación como única base la examinada «comunicación foral» establecida para el matrimonio llevado a cabo por los referidos don R. y doña A. y la vigencia del poder testatorio cuya ineficacia viene declarada, en manera alguna puede tener valor, haciendo aplicación del principio lógico de que no existiendo el antecedente no puede tener vida el consiguiente, y más en cuanto que, en relación con dicha donación de once de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, desde el momento que afecta a bienes adscritos en la convenida comunicación foral y concretamente tanto a bienes que originariamente fueron aportados a ella por el marido como a adquiridos por éste constante matrimonio, y atraídos a la misma por la esposa sobre lo que la precitada donante no tenía más que una participación indivisa, reflejada por la mitad abstracta derivada de la comunicación foral, y además es reflejo de un instrumento con unicidad jurídica, significada por el comportamiento de donación indiscriminada de los bienes concretos en ella comprendidos, impide que tenga eficacia jurídica, tanto en virtud de lo ya razonado en el considerando undécimo de la sentencia de casación, cuanto por que, en todo caso, ningún miembro de una comunidad puede hacer disposición de bienes concretos que a ella pertenecen y en los que, en consecuencia, en tanto no se realice eficazmente la correspondiente división, aquí no producida, solamente tienen los en ella interesados una cuota o participación abstracta.

Considerando que también los razonamientos consignados en la sentencia de casación originan la desestimación del pedimento segundo de la precitada súplica del escrito de demanda rector, toda vez que lo en dicha resolución consignado, y concretamente en su octavo considerando, al establecer la eficacia del testamento de veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete otorgado por doña A. E. I., por lo que afecta a lo que actúa por sí, o sea en relación con su propia herencia, impide el pronunciamiento que se solicita de nulidad de pleno derecho, con nulidad radical y absoluta de tal testamento, que, en consecuencia, sólo deviene ineficaz en lo que afecta a la actuación testamentaria de la citada doña A. a nombre de su fallecido esposo don R. M. A., haciendo uso de un poder testatorio ineficaz por estar caducado y consiguientemente extinguido en sus efectos; criterio que ya vino a reconocer y admitir el demandado personado don M. M. E., cuando, por vía de reconvención, solicita la declaración de nulidad del testamento que otorgó doña A. E. I., como comisaria y apoderada al efecto, en nombre de don R. M. A., por causa de tal caducidad y extinción de efectos de dicho poder y la de validez del mismo instrumento notarial en lo que otorgó por sí tan mencionada doña A.

Considerando que, como consecuencia de acogerse la solicitud de nulidad del mencionado poder testatorio y de la ineficacia del referido testamento otorgado el veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete por la apoderada testatoria en lo que afecta a la actividad testamentaria a nombre de su marido otorgante del poder testatorio, se produce la consecuencia desestimatoria del tercero de la referida súplica de demanda, por el que se pretende que se declare sin eficacia jurídica la titularidad de doña A. y don M. M. E. sobre los bienes que en las herencias de los cónyuges don R. M. A. y doña A. E. I., expresados en el referido testamento se comprenden, cualquiera que sea su naturaleza y condición legal, pues que el instituto jurídico de la comunicación foral, convenida para dicho matrimonio, ante la ineficacia del mencionado testamento en lo

que afecta a la herencia del citado otorgante de poder mencionado, y haberse disuelto el matrimonio sin hijos, da lugar, si los bienes no se dividen inmediatamente, a un estado de indivisión, de comunidad hereditaria, entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, derivada de la «comunicación foral» propiamente dicha, disuelta al cesar las causas que la originaron y los presupuestos de unión e integración que constituyen el matrimonio en Vizcaya, según se tiene declarado por esta Sala en sentencia de siete de enero de mil novecientos cincuenta y nueve, y dado que tal institución foral, por cuya virtud cada uno de los cónyuges adquiere la mitad de cuantos bienes integren el caudal del matrimonio, cualquiera que sea el consorte que los aporte o el título de la adquisición y aun cuando uno de los dos nada tenga personalmente, encuentra su base y razón de ser en la ejemplar unidad e identificación de toda idea y motivo de distinción entre las personas o entre las cosas, con lo que, cual se deduce de los términos del artículo 47 de la vigente Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, que supone en definitiva el reconocimiento de costumbre general de la región, acogida en los documentos públicos que en ella se otorgan y recogidos en los Proyectos de Apéndice o Compilaciones de mil novecientos, mil novecientos veintiocho y mil novecientos cincuenta y ocho, determinativo de que la comunicación se mantiene durante la existencia del matrimonio, aunque se propaguen sus efectos por indivisión de la herencia, hasta que existan herederos designados por el cónyuge premuerto o por el sobreviviente en su consideración de comisario—supuestos no dados en el presente caso en relación con la herencia del poderdante— o se proceda a la división y adjudicación de los bienes comunicados por el cónyuge viudo, de una parte, y de la otra los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto—que es la situación expectante en el supuesto contemplado—, generando, entre tanto, una comunidad, por indivisión hereditaria, con todos sus efectos y consecuencias, por lo que no cabe la posibilidad a su amparo de titularidad concreta por causa de tal comunidad, sino la de conferir una participación abstracta, que en el caso de la «comunicación foral» es significativo, según queda indicado, de una participación de la mitad de cuantos bienes integren el caudal del matrimonio, lo que produce como consecuencia que el testamento tan citado de veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete produzca eficacia jurídica de titularidad en orden a los actos dispositivos que emanen de la última voluntad que significa y se reconoce, proyectada a la herencia de doña A. E. I. en cuanto afecte a la mitad que le corresponde sobre los aludidos bienes de la comunicación foral convenida de que se viene haciendo mención, afectados por la actividad testamentaria eficaz de la referida doña A. y por las disposiciones por ella establecidas, y mayormente porque la pretensión contenida en el examinado pedimento tercero de la súplica del escrito inicial de demanda viene precisamente condicionado, en los términos amplios y absolutos de tal pretensión proyectada en cuanto hace referencia precisa y concreta a las herencias de don R. M. A. y doña A. E. I. y con supeditación y condicionamiento a la ineficacia de la actividad testamentaria de ambos expresada en dicho testamento y que, cual viene dicho, no se estima en lo que afecta a doña A.; y todo ello sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de que pueda solicitarse, por cualquiera de los interesados en las citadas herencias, la declaración de ineficacia de tales actos dispositivos en lo que se contraiga a lo que afecte a la mitad indivisa y bienes concretos que viene afectado en orden al testamento ineficaz correspondiente a don R. M. A., en relación con el eficaz de su esposa, así como de los legados de estimarse el solicitante que también vienen afectados, lo que no puede examinarse ni decidirse en esta sentencia, por

vedarlo el principio de congruencia imperante en nuestro derecho, en cuanto que tales cuestiones, de ser planteadas, tendrían causa o razón de pedir diferente, impeditiva del estado de cosa juzgada.

Considerando que, como indeclinable efecto de la desestimación del pedimento tercero de la súplica de demanda, es asimismo de desestimar lo solicitado en el cuarto de aquélla, referente a la nulidad y carencia de todo valor y efecto legal de las inscripciones que hayan podido practicarse en los Registros de la Propiedad de Bilbao y Durango, respectivamente, en los bienes a que se refieren las transmisiones expresadas y que tengan su origen en el precitado testamento de veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, pues que no dándose el antecedente—nulidad absoluta pretendida en dicho pedimento tercero de la súplica de demanda—no puede producirse el consiguiente—nulidad también absoluta de las referidas inscripciones—, e igualmente sin perjuicio de las posibilidades de solicitud de nulidad parcial de dichas inscripciones por las mismas razones y condicionamientos de reserva de derechos consignados en el precedente considerando y tampoco afectarles el estado de cosa juzgada por las mismas razones en aquél manifestadas.

Considerando que la ineficacia del acto de última voluntad referido en lo que se contrae a la herencia de don R. M. A., determinado asimismo la estimación de los pedimentos quinto y sexto de la invocada súplica de demanda, aunque con limitación a la herencia de don R. M. A. y sin que ello determine defecto procesal de incongruencia al suponer únicamente minoración de lo pedido con fundamento esencial en la misma causa o razón de pedir.

Considerando que la inconsistencia y consiguiente desestimación de las pretensiones formuladas a medio de los pedimentos séptimo, octavo y noveno es lógica y normal consecuencia de lo expuesto en los considerandos séptimo y octavo de la sentencia de casación, toda vez que si es ineficaz el acto de última voluntad otorgado por doña A. E. I., actuando por su marido don R. M. A., claro es que decaen las pretensiones de atribución conjunta de derechos hereditarios sobre la comunidad de bienes que se pretenden adscritos a una disposición testamentaria no reconocida por falta de eficacia del poder testatorio en que se amparó, atribución y reintegro de bienes a esa comunidad testamentaria no aceptada por disgregación de la voluntad dispositiva en acto de última voluntad por tal inconsistencia del poder testatorio y unión a masa común de esa pretendida causa alegada de inapreciada comunidad hereditaria generada por dos testamentos de los que solamente uno de ellos—el afectante a doña A. E. I.—se reconoce con consistencia jurídica; sin perjuicio, claro está, tanto de que pueda instarse en su día, por quien de los demandante y demandados lo estimase conducente a su derecho, en cuanto tendría causa o razón de pedir diferente y, en consecuencia, no determinante de situación de cosa juzgada, esas correspondencias de propiedad, atribución y reintegro de bienes y unión de cantidades, en la mitad indivisa afectante a las respectivas herencias independientes de los referidos don R. M. A. y doña A. E. I., por consecuencia de la indicada comunicación foral que rigió su matrimonio, cuanto para determinar así el alcance de los términos del eficaz testamento de la citada doña A. y concretamente de los legados por ésta establecidos en orden a la herencia intestada del mencionado don R., como la proyección definitiva en el caudal sucesorio de éste resultante de la correspondencia a él de la expresada mitad indivisa asignable en virtud de la comunicación foral por la que se rige el matrimonio de que se viene haciendo mención, con posibilidades de planteamiento judicial de tales cuestiones en el caso de que no se lograra acuerdo extrajudicial y sobre cuyos aspectos no puede entrarse a decidir

en la presente resolución por vedarlo en principio de congruencia imperante en nuestro ordenamiento jurídico.

Considerando que las mismas razones que vienen indicadas y las producidas en la tantas veces citada sentencia de casación, llevan a la estimación del pedimento reconvenicional que acoge la sentencia de la Sala de instancia; y sin que proceda hacer pronunciamiento alguno sobre las demás pretensiones de la reconvención, al haber sido consentido por el reconviniente el pronunciamiento desestimatorio a que se llegó en la recurrida sentencia, con el consiguiente aspecto favorable para el reconvenido y después recurrente en casación, con el correspondiente efecto de firmeza procesal.

Considerando que pronunciándose sobre el aspecto de pretendida inscripción adquisitiva, alegada, a todo evento, por el demandado personado don M. M. E. la razón de no acogerla surge, de una parte, de que para poder apreciarse la de tipo ordinario se habría precisado la existencia de un justo título de dominio, que no se da en el presente caso, pues que no puede emanar, cual se pretende, de la escritura de manifestación de causal hereditario y adjudicación del mismo otorgada el once de febrero de mil novecientos sesenta, ante el Notario entonces de Villaro, porque al provenir de la mera actividad documentadora de los adjudicatarios demandados, no tiene el carácter de título hábil para atribuir dominio, al amparo de la acción del tiempo, requerido por el artículo 1.957 del Código civil, de no existir vicio invalidante, que es requerido para generar prescripción adquisitiva ordinaria, y para que se diese la prescripción extraordinaria sería preciso el transcurso de treinta años, exigido por el artículo 1.959 del citado Cuerpo legal, sustantivo, cuyo plazo no consta transcurrido; y de otra parte, debido a que, según tiene ya reconocido este Tribunal en sentencia de veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y uno, la prescripción adquisitiva no puede comenzar a producirse hasta que el heredero aparente exteriorizó su intención de poseer por sí y en exclusiva los bienes hereditarios, que en el supuesto actualmente contemplado sólo pudo ser por parte de los demandados que la alegan a su favor a partir de haber recibido, en razón a lo dispuesto por su madre, los bienes afectados por tal pretendida prescripción adquisitiva alegada, pero en todo caso con supeditación al período de treinta años demandados para la acción de petición de herencia y no al menor aducido tanto por la expresada razón de que le faltaba el justo título amparador de la prescripción ordinaria de menor plazo, cuanto porque, conforme tiene reconocido este Tribunal en sentencias de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos, doce de abril de mil novecientos cincuenta y uno y la citada de veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y uno, la usucapión adquisitiva alegada no puede tener plazos más cortos que los de la prescripción esgrimida, pues si esto no se admitiese se produciría la ineffectividad de tal acción.

Por su parte, los motivos primero, tercero y cuarto del recurso, que estima el Tribunal Supremo, dicen así:

Primero.—Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida, al no haber declarado como consecuencia de que el poder testatorio de don R. M. A., a favor de su esposa, doña A. E., quedó extinguido y sin validez el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, la nulidad radical, absoluta, «*ipso jure*» o de plano derecho, perpetua e insubsanable de todos los actos tanto *inter vivos* como *mortis causa* de disposición de bienes, realizados por la comisaria doña A. E. I., utilizando dicho poder después de su caducidad, ha infringido por violación o falta de aplicación los preceptos y doctrina legal que pasan a concretar: a) doña A. E. I., en los diferentes actos dispositivos *inter vivos* y *mortis causa* que realizó como comisaria



de su esposo con posterioridad al veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, en que había caducado el poder, es evidente que no tenía personalidad alguna para disponer de los bienes de su difunto esposo y comitente y menos todavía de la totalidad del caudal de la sociedad conyugal sujeto al régimen de comunicación foral. Por consiguiente, al atribuirse el carácter de apoderada de su finado marido, realizó un acto prohibido por la Ley III del título XXI del Fuero de Vizcaya, cuya infracción por violación también se denuncia. b) Por ello y por la doctrina del artículo 1.259 del Código civil, es claro que al desconocer la sentencia las consecuencias de dicha actuación de la comisaria ha infringido abiertamente por violación también al no haberle aplicado, siendo aplicable, el artículo 4.º del Código civil vigente en la fecha de tal actuación, y que en la actualidad ha sido sustituido, precisamente por recoger la doctrina legal, de forma mucho más enérgica y contundente por el artículo 6.º, números tres y cuatro, de la Ley de diecisiete de marzo, modificando el Título preliminar del Código civil. Aunque se quiera sostener que ese precepto no es directamente aplicable a los actos realizados por doña A. E. con anterioridad a su vigencia, es evidente que ha de considerarse, al menos como interpretativo desde que se promulgó, del artículo 4.º del Código civil, porque en esa reforma lo que se ha hecho es recoger la doctrina legal interpretativa de dichos artículos 4.º del Código civil, y por ende, del 1.259 del mismo cuerpo legal. c) Y es que en efecto, tal doctrina legal constante y reiterada existía a la fecha de la Ley de diecisiete de marzo. Con arreglo a las cuales—en alguna de ellas se invoca y ratifica el principio general de derecho que dice: «*quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere*» esa nulidad radical y absoluta declarada en el artículo 4.º del Código—hoy el artículo 6.º, números tres y cuatro, de la Ley de diecisiete de marzo es equivalente a la «inexistencia» de que no trata el Código, pero de la que es un caso o a la que es equiparable la nulidad absoluta por falta de alguno de los requisitos esenciales del contrato entre los cuales está el consentimiento que requiere la capacidad de los otorgantes de que carecía doña A. al actuar como comisaria de su esposo, caducado y extinguido ya, desde hacía años en algunos casos, el poder testatorio de su finado esposo. Se trata, pues, de nulidad radical, absoluta de pleno derecho, perpetua e insubsanable con arreglo a los preceptos y doctrina legal citados como infringidos por violación o falta de aplicación, a los que ha de añadirse el 1.310, en relación con el 1.281, del mismo cuerpo legal también desconocidos por la sentencia recurrida al no declarar tal nulidad de los actos de disposición, tanto *inter vivos* como *mortis causa* de los bienes comunicados, realizados por doña A. E., con posterioridad a la fecha de caducidad e invalidez el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, del poder testatorio que le confirió su esposo, don F. R. M. y A., en la escritura de capitulaciones matrimoniales de mil novecientos cuatro. Tal especie de nulidad trasciende a los actos dispositivos y realizados por los demandados don J. M. y doña M. A. M. y E. de bienes comunicados, aparentemente adquiridos por esos títulos causales procedentes de la actividad ilegal de su madre doña A. E. I., nulidad que por ser absoluta e *ipso jure* o de pleno derecho no puede producir efecto alguno siquiera haya que destruir su apariencia de existencia y legalidad cuando ella pueda ser obstáculo para el ejercicio de un derecho, doctrina que se contiene en una constante y reiterada jurisprudencia de la que son muestras las sentencias de dieciocho de enero de mil novecientos cuatro y tres de enero de mil novecientos cuarenta y siete, y que con la doctrina de que la acción que se funde en la nulidad absoluta es imprescriptible (SS., entre otras muchas, de once de enero de mil novecientos veintiocho, catorce de mayo de mil novecientos veintinueve y diez de abril de mil novecientos treinta y cinco) com-

pletan el cuadro de la doctrina legal que juntamente con los preceptos concretos que dejan citados y que interpreta aquélla, han sido infringidos por violación en la sentencia recurrida. Tal nulidad, total absoluta, radical, de pleno derecho, perpetua e insubsanable, que por ser equiparable a la «inexistencia», es aplicable y debe declararse respecto a todos los actos realizados por la inicialmente comisaria, doña A. E. I., por los cuales dispuso, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, de bienes integrados en la universalidad patrimonial o comunidad de bienes al cincuenta por ciento entre la misma y sus tres hijos por la comunicación foral, con posterioridad al veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, en que según la propia sentencia recurrida de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos, caducó y se extinguió el poder testatorio que le había conferido su esposo, y cuya nulidad y consecuencias de la misma se interesaron en los pedimentos segundo, tercero, cuarto, octavo y noveno de la súplica de la demanda y en las pretensiones primera y segunda de la súplica del escrito de réplica. Los detalles y circunstancias de esos actos realizados por la comisaria se exponen minuciosamente en los escritos de demanda y réplica y, sobre todo, en el de conclusiones de su parte con expresión de los documentos que los justifican y folios en que se encuentran, todo lo cual se da aquí por literalmente reproducido y como formando parte integrante de este motivo. La consideración de los detalles de los actos realizados por la comisaria doña A. E. al utilizar el poder testatorio de su finado esposo después de su caducidad, donando, instituyendo herederos y legando bienes incluidos en la comunicación foral a sus hijos M. de la A. y J. M. M. E., apartando de las dos herencias a su otro hijo, el hoy recurrente, don J. R. M. E., fueron ejecutados en fraude de ley—con la complicidad, por cierto, del principal beneficiado, don J. M.—y también en fraude de los derechos del hoy demandado.

Tercero.—Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida en tanto en cuanto acoge y estima la excepción opuesta por el demandado comparecido, don J. M. M., de prescripción de la acción de petición de herencia ejercitada por el hoy recurrente. Infringe: A) Por aplicación indebida, la Ley séptima, Título XIV de la Partida VI—citada expresamente en el considerando tercero *in jure* de la sentencia recurrida, así como los artículos 1.963 y 1.969 del Código civil, cuya doctrina se aplica, aunque sin citar sus números, todos ellos como premisa obligada y antecedente necesario del fallo. B) Por violación o falta de aplicación, siendo aplicable del artículo 1.965 del Código civil y de la doctrina legal. En efecto, la sentencia recurrida estima que se ha producido la prescripción de treinta años que considera aplicable a la acción de petición de herencia, porque considera que el actor, su mandante, don J. R. M. E., pudo ejercitarla desde el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, en el que según coincidencia de ambas partes y reconocimiento de dicha sentencia, caducó y se extinguió el poder testatorio conferido por don F. R. M. A., a favor de su esposa, doña A. E. I., y que, por tanto, cuando inició su reclamación judicial, en diciembre de mil novecientos setenta y tres, ya había transcurrido con mucho exceso tal plazo de treinta años, determinativo de la extinción por prescripción de la acción. Pero aunque no fuera por aquel fundamento del artículo 1.965, resultarían también imprescriptibles las acciones ejercitadas en la demanda ampliadas en la réplica, incluso la de petición de herencia. En efecto, en la demanda y réplica se ejercitan las acciones de nulidad absoluta y radical, equivalente a la inexistencia de la donación que hizo la comisaria a favor de su hijo don J. M. del testamento de la propia comisaria como tal y por sí, y de la partición hereditaria entre doña M. A. y don J. M. M. E., así como de las subsi-

guientes ventas hechas por éstos, todo con mucha posterioridad a la fecha de la caducidad del poder testatorio del esposo don F. R., a favor de su mujer doña A. E. De ello se deduce la imprescriptibilidad de la acción ejercitada, aunque sea la de petición de herencia, cuando el comienzo del plazo para prescribir está pendiente de que desaparezcan las apariencias de legalidad y validez producidas por actos, disposiciones o negocios jurídicos nulos con nulidad radical, absoluta, plena *ipso jure* o de pleno derecho, perpetua e insubsanable porque al ser así, las acciones para pedir que se declare tal nulidad, a fin de que desaparezcan sus efectos o apariencias resultan imprescriptibles—en otro caso aparecerían subsanados—esos actos nulos con aquella nulidad *in radice* y esa imprescriptibilidad se comunica y trasciende a la acción de petición de herencia, conforme al principio *«contra non valentem agere non currit prescriptio»*, sancionado por la jurisprudencia y a la doctrina de que la nulidad radical y absoluta de los actos jurídicos equiparable a la inexistencia es perpetua e insubsanable, no admitiendo prescripción sanatoria (SS. de seis de mayo de mil novecientos nueve, diez de abril de mil novecientos treinta y tres y diecinueve de enero de mil novecientos cincuenta) doctrina que se infringe por violación al no aplicarse, debiendo serlo. Que es manifiesta la infracción por aplicación indebida del artículo 1.969 en cuanto al comienzo del cómputo para la prescripción del plazo de treinta años, suponiendo que fuera el aplicable y, por ende, la infracción también por aplicación indebida del artículo 1.963 del mismo Código. Y como consecuencia se ha producido la infracción por aplicación indebida consecuente a interpretación errónea al caso concreto de autos, de la doctrina de las Sentencias de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos y doce de abril de mil novecientos cincuenta y tres, porque si bien en éstas se establece la doctrina general de que la acción de petición de herencia prescribe a los treinta años y ello es, en general, así, no es aplicable al caso de autos por las razones precedentemente consignadas. Y se infringe por violación al no aplicarse la doctrina de la Sentencia de ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, en caso casi de identidad al actual, y en que establece que el plazo de treinta años de prescripción de la acción de petición de herencia no es aplicable a los supuestos de que los bienes de esa herencia se haya dispuesto por actos *inter vivos*, *mortis causa*, nulidad con nulidad radical, absoluta, *ipso jure*, perpetua e insubsanable, equiparable a la inexistencia cuya declaración se pide.

Cuarto.—Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este motivo es una consecuencia de los anteriores. La sentencia recurrida infringe por violación o no aplicación, los artículos 657, 658, 659, 661, 930 y 931 del Código civil y la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de diez y trece de junio de mil novecientos catorce, siete de julio de mil novecientos quince, diez y trece de octubre de mil novecientos diecinueve, veinticinco de febrero de mil novecientos veintiséis, treinta de mayo de mil novecientos treinta, y otras muchas, conforme a las cuales, en materia de sucesión intestada, rige el Código civil en toda España, como consecuencia del carácter general que alcanza la Ley de Mostrencos. Acreditado el fallecimiento de don F. R. M. y A. y de su esposa doña A. E. I., la nulidad del testamento del primero, de once de febrero de mil novecientos veintinueve, por haber caducado el poder testatorio que a favor de su esposa le confirió en el contrato prematrimonial de mil novecientos cuatro, antes que la comisaria hiciera uso del mismo, y la nulidad, también del testamento, por sí y como comisaria de su esposo, que otorgó la misma en mil novecientos cincuenta y siete, años después de caducado y extinguido dicho poder testatorio, el veintidós de julio de mil novecientos treinta y cinco, disponiendo, como en la donación de mil novecientos cuarenta y siete, a favor de su hijo don J. M.,

de bienes comunicados, y demostrado el nacimiento de los tres hijos de dicho matrimonio, don J. R., doña M. A. y don J. M., es visto que procede la apertura de la herencia intestada; que los tres hijos son herederos legítimos por partes iguales de las herencias de sus padres y que cualquiera de los tres y, por tanto, don J. R., tienen derecho a pedir la partición de dicha herencia, conforme a los preceptos y doctrina citados, y a la doctrina de las Sentencias de cinco de julio de mil ochocientos noventa y tres y treinta de octubre de mil novecientos diecisiete, de que ello debe hacerse en el juicio ordinario correspondiente, siempre que se aporte la correspondiente justificación como aquí se ha hecho.

**PARTICION.—HEREDERO DISTRIBUIDOR EN MALLORCA.**—Artículos 1.057 del Código civil y 18, 19, 20 y 23 de la *Compilación balear* (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1977).

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, 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 Palma de Mallorca, que había confirmado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número dos de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que en trance de pronunciarse sobre la pretendida infracción, por interpretación errónea, de los artículos dieciocho, diecinueve, y veinte de la *Compilación del Derecho Civil Especial de Baleares*, por ser del parecer los ejercitantes del recurso que las facultades del «heredero distribuidor» son personalísimas y no pueden delegarse en tercero, y dado que en su testamento doña J. C. S. confía a su hija doña M. H. C. la distribución concreta del *quantum* hereditario asignado entre los herederos designados por doña C. S. B., y por tanto, la delimitación, en la realidad física, es también de llegar a solución desestimatoria, porque al establecer la encomienda de distribución conferida por doña C. S. B. a su mencionada hija doña J. C. S., al amparo de los relacionados preceptos forales, la facultad a ésta «para que pueda distribuir los bienes entre sus hijos en partes iguales o desiguales, sin privar totalmente a ninguno de ellos», la única exigencia que se previene es que la referida heredera «distribuidora» haga asignación a uno o distribuya entre sus hijos, con el solo condicionamiento de no privar totalmente a ninguno de ellos, o sea, con reconocimiento de partes iguales o desiguales a todos, y sin supeditación a que haya de ser concretada físicamente por dicha «distribuidora» lo a percibir por los destinatarios de la asignación, sino meramente el *quantum*, que es, en definitiva, a lo que alcanzaría el carácter personalísimo inherente a la modalidad de institución de heredero de que se trata, toda vez que la normativa que la rige hace exclusiva referencia a asignación o distribución de todo o parte de los bienes de la herencia, cual se deduce del contexto del artículo dieciocho de la precitada *Compilación foral*, y no a las manifestaciones físicas que de ello se deriven.

Considerando que si ciertamente en materia de institución de heredero, en modalidad de distribución foral balear, a tenor de lo normado en el artículo veintitrés de la *Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares*, los destinatarios de los bienes tienen la condición de herederos del testador, y tal circunstancia lleva a que, como consecuencia de la voluntad manifestada en auto de última voluntad de la instituida heredera distri-

buidora doña J. C. S., haciendo uso de la encomienda conferida por la causante doña C. S. B., de asignarse a la hija de aquella la finca en «Pont d'Inca» (Marratxi), procedente de la llamada «Cas Enegistas» y «la mitad indivisa de la finca 'S'Argela', cuyo usufructo heredó la aludida doña J. C. S. de la mentada doña C. S. B., con la obligación de entregar a sus hermanos la porción 'derivada de asignar' a sus hijos, don J., don A., don M., don Juan y don José H. C., por quintas partes indivisas, una porción de la íntegra finca 'S'Argela', de una hectárea y media, según el tenor literal del testamento de la citada causante en la parte que determine la indicada doña M. H., en las operaciones particionales llevadas a cabo por el Comisario Contador-Partidor nombrado por la tan citada «distribuidora» en orden a su herencia, hubiesen de tener que intervenir sus hijos, y entre ellos los demandantes-recurrentes don J., don A., don M. y don Juan H. C. para que quedase concretada la parte de la referida finca «S'Argela» en que había de fijarse dicha hectárea y media en ella asignada a aquéllos y su hermano don José, en cumplimiento de la facultad de «distribución» conferida, al afectar a la división de cosa común en que los relacionados hermanos, en unión de su también hermana doña M., vienen interesados en conjunción con la «distribuidora», porque si es indudable, conforme ya queda razonado al examinar y resolver el segundo de los motivos de casación, que el carácter personalísimo del cargo de «distribuidor» afecte meramente a la asignación o distribución de los bienes de la herencia del testador instituyente, y no a la concreta proyección física de tal asignación o distribución, el hecho particional realizado por el meritado Comisario Contador-Partidor, afectando a los bienes de éste y a los de la instituyente de la «distribución», prescindiendo de los interesados en ésta, determinaría infracción del artículo mil cincuenta y siete del Código civil de que se hace cita, en relación con el citado veintitrés de la expresada Compilación, en razón a que si dicha «distribuidora» podría fijar la asignación distributiva «en la parte que determine la indicada doña H.», hay que entenderlo referido, de hecho y jurídicamente, a la parte que, después de realizada la correspondiente división, quedase, en definitiva, integrada en el patrimonio de la testadora instituyente doña C. S. B., pero no *a quo* un tercero, como es el citado Comisario Contador-Partidor, divida lo que es un bien común prescindiendo de los herederos que, por modo distributivo, tienen interés en él y en la parte que haya de adjudicarse a su causante, no obstante, son de desestimar el tercero y cuarto de los motivos ejercitados, pues que habiendo sido declarada por la sentencia en cuestión, la nulidad del cuaderno particional practicado por el precitado Comisario Contador-Partidor y la escritura pública de protocolización del mismo, con el efecto también de nulidad de las inscripciones registrales, practicadas, con firmeza procesal de tales pronunciamientos, carecen de todo efecto las infracciones pretendidas de los relacionados artículos veintitrés de la Compilación y mil cincuenta y siete del Código civil, ya que si han sido declaradas nulas las expresadas operaciones particionales con carácter firme, ninguna trascendencia tienen esas aludidas infracciones, y mayormente porque ninguna proyección tendría en las pretensiones de los escritos rectores del proceso tal como han sido formuladas, dado que si un acto es nulo carece de trascendencia lo que a él afecte, en aplicación del principio de que desaparecida la causa cesan los efectos.

Considerando que la inconsistencia del quinto de los motivos, por alegación de no aplicación del artículo veinte de la tan repetida Compilación de Derecho Civil Especial de Baleares, según la cual si el distribuidor, por cualquier causa, dejare de efectuar la asignación o distribución, se estará a lo dispuesto en el testamento, tiene su razón de ser en la orto-

doxa aplicación de la regla de que faltando el antecedente no se da el consiguiente, porque no dándose, en el presente caso, el supuesto de falta de asignación o distribución a que en el artículo veinte de dicha Compilación se supedita la aplicación de lo normado en el testamento, no puede darse la consecuencia de división de la herencia por partes iguales que tal testamento establece para el evento de dejarse sin efecto la facultad distribuidora.

F. C. L.