

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DOBLE VENTA Y DOBLE INMATRICULACION. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.473, PARRAFO SEGUNDO, DEL CODIGO CIVIL. BASTA SER PRIMERO EN LA INSCRIPCION, AUNQUE LUEGO SE CANCELE ESTA, PARA SER PROTEGIDO EN LA RESPECTIVA ADQUISICION (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1972).

La entidad «Fomento de la Propiedad, S. A.», vendió a don Miguel Salmerón Maroto, previa segregación, una parcela de terreno situada en los alrededores de Madrid. El comprador inscribió su adquisición en noviembre de 1952. Al año siguiente la misma entidad vendió a don Julio Torrecasana Puigbó, igualmente tras segregación, si bien de una matriz distinta, otra parcela que coincidía físicamente con la enajenada el año anterior, pese a su diversa procedencia registral. El segundo adquirente inscribió su derecho en 1953. La inscripción del señor Salmerón (primer comprador) fue rectificada en 1961 mediante la cancelación del asiento practicado en 1952 y la verificación de otro distinto en el que se hacía constar la auténtica matriz de la parcela. Sólo el número de esa finca matriz parece haber cambiado de uno a otro asiento, pues las demás circunstancias de la compraventa inscrita permanecieron inalteradas. El señor Salmerón, funcionario del Ayuntamiento de Madrid, vende su parcela a esta Corporación Municipal. El segundo adquirente también enajena la mitad de la suya, pero enterados sus compradores y él de la coincidencia fáctica de su titularidad con la del Ayuntamiento, lo demandan en reclamación de que se declare su mejor derecho y se cancele la inscripción a favor de la Corporación y todas aquellas de las que dicho ente público traiga causa. Las tres instancias desestiman la pretensión de los actores, que entre otros argumentos aducían que la cancelación de la inscripción de 1952 impedía el tracto en favor de la de 1961, constituyéndose ellos, por tanto, a los efectos del artícu-

lo 1.473, 2.º, del Código civil, en primeros inscribientes por virtud del asiento practicado en 1953.

Considerando que la sentencia recurrida sienta una premisa de hecho que al no haber sido objeto de impugnación ha de permanecer inalterable, consistente ella en la existencia de la doble inmatriculación de una misma finca a nombre de los actores y del Ayuntamiento de Madrid, conflicto éste que el Tribunal *a quo* lo resuelve en su sentencia conforme al dictado del artículo 1.473 del Código civil, en el sentido de otorgar la preferencia del derecho a favor del adquirente de buena fe que primero inscribiera en el Registro de la Propiedad, que en el presente caso, siguiendo la relación de los hechos probados, declara que la inscripción del actual recurrido procede en línea y tracto registrales de una primera inscripción efectuada en el año 1952, mientras que la más antigua y primera que aducen los recurrentes en su favor trae como fecha la de 8 de octubre de 1953, dando lugar ello al planteamiento del motivo sexto del recurso, en el que se denuncia la interpretación errónea del párrafo segundo del artículo 1.473, ya mencionado, en su relación con otros preceptos hipotecarios, sobre la base de la prioridad de su inscripción, fundamentada ella en el hecho de haberse cancelado aquella inscripción, de la que trae causa el derecho de la Corporación Municipal recurrida, dando lugar ello a la segunda, producida en fecha 24 de agosto de 1961.

Considerando que en este aspecto aduce el recurrente la nulidad y extinción de la inscripción, debido a lo cual el asiento carece de toda realidad, y si bien es cierto que aquel primitivo asiento registral figura como cancelado, dando lugar a la inscripción segunda, no lo es menos que ello se produjo única y exclusivamente para rectificar el error cometido en relación con la finca de la que procedía la que fue objeto de compraventa, y a los solos efectos de hacerse constar en su lugar la derivación o segregación de ésta, de la que se estimaba matriz de ella, perteneciente al mismo vendedor, sin alterar en modo alguno el contenido obligacional de la escritura de 8 de noviembre de 1952, que fue la que dio origen al asiento registral que ahora el recurrente trata de desconocer, y como ello no introducía en el asiento elemento nuevo que altere la titularidad de la parcela, base y fundamento de dicha primera inscripción, sin modificación en este aspecto en la segunda, hasta tal punto que sin dicha petición rectificadora por parte del inscribiente—primer adquirente—subsistiría de todos modos el enfrentamiento de los dos títulos originales, con sus correspondientes inscripciones, por tratarse, como antes se ha dicho, de dos fincas, que, al fin y al cabo, constituyen una y la misma, sin trascendencia alguna de cuál fuere su procedencia matriz, a los efectos de la doble venta acreditada, ya que la finca matriz de donde fuere segregada no puede ser distinta para uno y otro, cualquiera que sea la significación de ello en los respectivos títulos de adquisición, y como, en definitiva, si el primer adquirente era el dueño de la finca antes de la segunda escritura, que dio origen a la inscripción de 24 de agosto de 1961, como consecuencia de la primera, de 8 de noviembre de 1952, con asiento registral producido en 18 de diciembre del mismo año, es obvio que continuó siéndolo después de la segunda referida, sin interrupción de tracto, ya que ella se originó, y así lo estableció y destacó la sentencia judicial, a los solos efectos de rectificación, pero no de nulidad del título de compraventa, cuyo contenido obligacional no había sido alterado, por todo lo cual, en este sentido de simple rectificación y no de inexistencia o nulidad de la inscripción, ha de entenderse este segundo asiento registral, por lo que declina este motivo sexto...

J. M. R. P.

II. DERECHOS REALES

MEDIANERÍA HORIZONTAL Y PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—Existen dos edificios «a caballo», o sea, uno de ellos tiene introducida una porción en el otro, apoyándose sobre la parte baja del mismo; pero cada edificio con salida independiente. El actor, que es propietario de la parte baja, ante la demolición y nuevas obras realizadas por los dueños de la parte alta sin su consentimiento, interpone demanda contra ellos suplicando se declaren ilegales todas las obras hechas, condenándose a los demandados a que repongan la parte del edificio afectado por ellas a la situación anterior.

La parte demandada contesta a la demanda diciendo que el actor tiene limitado su derecho de vuelo y alegando que con las nuevas obras no se ha agravado la situación, planteando la cuestión como servidumbre en lugar de estimar que se trata de propiedad horizontal, como había interpretado el actor.

El Juzgado de Primera Instancia de Segorbe estima en lo fundamental la demanda, pero los demandados interponen recurso de apelación y la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Valencia dicta sentencia revocando la del Juzgado, estimando la demanda sólo en un aspecto concreto, en el sentido de que hubo extralimitación en la obra respecto a un murete que forma la barandilla de la terraza y permite la intromisión en el fundo ajeno, por lo que debían hacerse las obras necesarias para evitar dicha intromisión; en lo demás desestima la demanda.

El actor interpone recurso de casación centrando su argumentación principalmente en la existencia de propiedad horizontal de los edificios superpuestos, demostrada por una serie de elementos comunes de ambos, como vuelo, fachada, tejado, lo que exige atenerse a la regulación de la propiedad horizontal, que prevé el consentimiento de todos los copropietarios en la realización de obras que afecten al edificio. También alega incongruencia de la sentencia de la Audiencia, al negar al actor el derecho de vuelo, a pesar de que este extremo quedaba fuera de discusión en el pleito, y error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso porque los documentos invocados no demuestran error evidente del Juzgador, y en cuanto a la alegación de error de derecho, porque la prueba de confesión que señala el recurrente no es superior a la de los otros medios ni demuestra nada en este caso, dado que sólo recoge simples indicios y no afirmaciones terminantes del demandado sobre la existencia de copropiedad. En cuanto a los otros motivos del recurso, he aquí los dos considerandos siguientes:

«Considerando que la desestimación de los motivos examinados acarrea inexcusablemente la de los dos siguientes, que impugnan la calificación jurídica de la Sala sentenciadora haciendo supuesto de la cuestión, al haber quedado firmes los hechos en que se funda, determinantes de la existencia de una medianería horizontal impuesta por la contigüedad de los predios, en los que claramente se advierte su particular sustantividad e independencia, hasta el punto de que los demandados han podido derribar por completo el suyo para luego reedificarlo con nuevos elementos sin tocar para nada el del actor, lo que supone la

ausencia de aquellos elementos, tales como escaleras, paredes maestras, patios y puertas de salida, que, por ser de común utilización, caracterizan la unidad de fundos que se pretende, de modo que no concurriendo es evidente que tampoco puede darse la situación que determinan..., tratándose de fincas distintas e inscritas en el Registro de la Propiedad como independientes y que no tienen de común más que la medianería horizontal de que antes se hizo mención (considerando segundo de la sentencia recurrida), situación semejante a la que fue objeto de resolución por la sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 1943, en el mismo sentido que la hoy recurrida, en cuanto a la cuestión de la calificación hoy debatida.»

«Considerando que tampoco puede prosperar el motivo quinto del recurso, que correctamente formulado, al amparo del número segundo del tan repetido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia una incongruencia en el fallo que no puede estimarse, porque aun cuando, según reiterada doctrina de esta Sala, los Tribunales no pueden fundar sus resoluciones en hechos que no han sido objeto de alegación ni de prueba y que, por tanto, no han podido ser objeto de discusión por las partes, en el caso de autos, el hecho que se alega se halla incluido en la contestación a la demanda, no pudiendo por ello apreciarse la incongruencia alegada, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo, partiendo de los hechos probados en el caso concreto, admite la posibilidad jurídica de un cuerpo de edificios superpuestos sin constituir propiedad horizontal, sino únicamente una medianería horizontal. Hay, pues, en el fondo, dos ideas en esta sentencia: 1.ª La admisión de la figura de la medianería horizontal, siguiendo la línea de la sentencia de 24 de mayo de 1943. 2.ª La exclusión de la regulación de la propiedad horizontal cuando los elementos superpuestos de edificio sólo tienen de común la citada medianería horizontal.

Todo esto requiere un comentario, en el que distinguiremos: a) Ideas generales de la medianería. b) Posibilidad de la medianería horizontal y sus relaciones con la propiedad horizontal.

A) *Ideas generales de medianería.*—El Código civil regula la medianería en el título correspondiente a las servidumbres, pero en su articulado utiliza unas veces el término «servidumbre», y otras, términos sintomáticos de la figura de la «comunidad» (7). Ello, unido a la especialidad del supuesto de hecho, explica las numerosas opiniones sobre la verdadera naturaleza de la medianería (8).

Nosotros creemos que este importante problema de «esencia jurídica

(7) En los artículos 571 y 572 se utiliza la expresión «servidumbre de medianería»; en el artículo 579 se habla de «mancomunidad»; el párrafo último del artículo 573 alude a la «propiedad exclusiva» de cada titular como efecto contrario a la situación de medianería. El contenido de la regulación también ofrece en parte coincidencias con el de la comunidad y en parte con el de una servidumbre: así, el artículo 579 del Código se refiere a la facultad de uso en la «mancomunidad» con introducción de vigas hasta la mitad del espesor de la pared: pero alude también a la facultad de apoyo, que es contenido, más bien, de una servidumbre.

(8) Sobre lista de teorías puede verse ESPÍN (vol. II de su *Manual*, ed. 1968, págs. 95 y 96), CASTÁN (pág. 329 del Vol. I de su *Derecho de Cosas*) y MANUEL GONZÁLEZ-ALFRE BERNARDO (página 440 de su libro *Las relaciones de vecindad*). Entre otras opiniones, MANRESA entiende que se trata de una servidumbre; SÁNCHEZ ROMÁN decía que tenía más de copropiedad que de servidumbre; DE DIEGO, DE BUEN y BELTRÁN DE HEREDIA la encajan en el marco de las relaciones de vecindad. También se alude a las figuras de la «comunidad de utilización» siguiendo a WOLFF en este sentido, PÉREZ y ALGUER (pág. 334, en sus *Notas*), CASTÁN, ALBALADEJO, que, por otro lado, sistemáticamente la estudia en el capítulo de las «relaciones de vecindad» (pág. 176 de *Derecho de Cosas*); pero, en mi opinión, la postura de WOLFF es más compleja (ver lo que decimos en la nota 12).

ca» (9) debe resolverse con una concepción pluralista (10), por ser la que mejor se adapta al supuesto de hecho de la medianería, a la regulación existente y a los intereses en juego. En tal sentido, entendemos que en la regulación del supuesto de hecho de la medianería hay una especial COMUNIDAD DE MEDIANERÍA y una especial SERVIDUMBRE DE MEDIANERÍA, o quizá mejor, una comunidad y una servidumbre EN la medianería. Examinaremos primero el supuesto de hecho de la medianería y después las situaciones jurídicas existentes.

El supuesto de hecho de la medianería requiere dos elementos: 1.º Un elemento, que podemos llamar «elemento medianero», situado en la zona misma de delimitación de dos propiedades colindantes. 2.º La existencia de dos fincas colindantes, que tienen de común precisamente el citado «elemento medianero».

Respecto al «elemento medianero» puede ser una pared, una valla, toda la finca colindante, ya que, aunque desaparezca el «elemento medianerístico» son: que jurídicamente no es una cosa susceptible de tráfico aisladamente (12) (arts. 333, 334, 335, 401 y 404 del Código civil), sino una parte integrante y elemento común de dos fincas; pero se trata de un elemento común diferente de los elementos comunes de la propiedad horizontal, pues en el elemento medianero hay distinción geométrica o lineal de partes materiales, en lugar de cuotas, como en la propiedad horizontal (13).

Respecto a las fincas colindantes, pueden ser rústicas o urbanas, y su única conexión es el «elemento medianero», como queda dicho, el cual presta un determinado servicio a ambas, siendo también requisito referente a éstas que pertenezcan a diferentes dueños (art. 530 del Código civil).

Partiendo de este supuesto de hecho de la medianería, las situaciones jurídicas resultantes ya hemos dicho que, en nuestra opinión, son dos:

(9) A PUIG BRUTAU no le preocupa demasiado este problema y se conforma con la regulación legal, confiando en que la *ratio* que inspira dicha regulación servirá para resolver problemas imprevistos. Esta opinión, si bien sirve para advertir que no se debe caer en la jurisprudencia de conceptos, es extrema, pues, admitida la analogía para llenar las lagunas legales, no es baladí profundizar sobre la esencia de la medianería teniendo en cuenta el supuesto de hecho, los intereses en juego y la legislación vigente para poder explicar y aplicar mejor los artículos del Código civil en un caso concreto. Por tanto, es necesario decidir si en la medianería hay comunidad o servidumbre, y ello es compatible con una concepción realista del Derecho (ver las ideas de PUIG BRUTAU sobre la naturaleza jurídica de la medianería en la pág. 426, tomo III, *Derecho de Cosas*, año 1953).

(10) GONZÁLEZ-ALEGRE mantiene también una concepción pluralista, pero sólo ve la idea de servidumbre en el supuesto de constitución forzosa de medianería respecto a la facultad de adquirir derechos en la misma, cuando, en mi opinión, no está aquí el contenido de servidumbre, pues esa facultad (en los sistemas en que la medianería es de constitución forzosa) debe configurarse como una facultad de adquisición, no como un verdadero gravamen de servidumbre, pues se concreta en la adquisición de una parte de la pared divisoria (ver *ob. cit.* de dicho autor, págs. 442 a 446).

(11) El Código sólo alude a las paredes, vallas, zanjas y acequias (arts. 572 y 574), pero esta enumeración no puede considerarse exhaustiva, pues la misma función pueden cumplir otros elementos medianeros. Obsérvese que el artículo 593 del Código civil habla de «árboles medianeros». Y desde el punto de vista lógico y analógico no veo ningún inconveniente para que un camino pueda ser considerado elemento medianero. Ante todo, los artículos 572 y 574 no pretenden la enumeración de todos los elementos medianeros, sino sólo la indicación de aquellos supuestos en que se presume la medianería. Así vistas las cosas, ello no excluye que puedan existir otros elementos medianeros, aunque no permitan presumir por sí mismos la situación de medianería.

(12) En principio, no es admisible la compra de un muro o de una pared como cosa independiente y autónoma, a no ser que sea para agregarla al predio colindante.

(13) Argumentos: la teoría de la accesión y el artículo 579 del Código civil. En el sentido indicado en el texto se muestra la doctrina dominante, que añade que no es imprescindible que la proporción sea por mitades iguales en cada fundo, aunque sea lo normal y presumible (así, ALBALADEJO, pág. 178, notas 49 y 50, *ob. cit.*).

COMUNIDAD y SERVIDUMBRE (14). Respecto a la comunidad, no se trata de una comunidad ordinaria de fincas (15) ni de una comunidad ordinaria sobre el muro como cosa (16), pues acabamos de indicar que el elemento medianero no es una cosa en sentido jurídico, sino parte integrante de cosas, y sobre partes integrantes no cabe copropiedad (confróntese el artículo 392 del Código civil, que se refiere a una «cosa» o «derecho»); se trata de una COMUNIDAD DE FACULTADES de uso (17) o utilización de dos propietarios de fincas colindantes, localizándose dichas facultades en el elemento medianero. En este sentido aceptamos la denominación de «comunidad de utilización», muy extendida ahora entre los autores (18). Y respecto a la situación de servidumbre puede convivir perfectamente con esa situación de comunidad, pues se refiere a un aspecto diferente: se trata de una servidumbre recíproca de un predio sobre el otro, cuyo contenido es variable, pues aunque fundamentalmente se centra en el derecho de apoyo (19) sobre el «elemento medianero» en la parte situada en la finca ajena (arts. 576 y 579 del Código civil) puede llevar consigo, según los casos y según el título constitutivo, la facultad de permanecer en el fundo ajeno para realizar las requeridas por la situación de medianería e incluso puede tener como contenido un derecho de paso (si el «elemento medianero» es un camino) o un derecho de acueducto (si el «elemento medianero» es una acequia). Normalmente, el gravamen recae materialmente sobre el «elemento medianero» (en la parte que es propiedad ajena), pero jurídicamente recae sobre toda la finca colindante, ya que aunque desaparezca el «elemento medianero», subsiste en potencia el gravamen (argumento: art. 546, 3.º, del Código civil, en el título de las servidumbres).

De estas dos situaciones, en ocasiones será predominante la de comunidad (así, tratándose de zanjas), pero incluso en estos casos puede estar latente la idea de servidumbre (si se concede la facultad de pisar el terreno ajeno para arreglar la zanja) (20).

De momento, ésta es nuestra opinión sobre el concepto de medianería en nuestro Código.

(14) Respecto a si la medianería lleva consigo, además, relaciones de vecindad, creemos con GONZÁLEZ-ALEGRE (*ob. cit.*, págs. 442 y 446) que no da lugar a relaciones de vecindad en sentido técnico, sino que es una figura independiente, si bien informada en su contenido por una «razón de vecindad».

(15) La Sentencia de 24 de mayo de 1943, a la que luego aludiremos con detalle, excluye la idea de comunidad de fincas.

(16) No obstante, GONZÁLEZ-ALEGRE habla indistintamente de «comunidad de pared medianera» y «comunidad de medianería» (*ob. cit.*, pág. 443).

(17) La figura de la «comunidad de facultades» cabe dentro de la fórmula del artículo 392 del Código civil, considerando que el Código no emplea la palabra «derecho» en sentido técnico. Ello da lugar a la especialidad de la situación, aparte de que puede llevar consigo una especie de mancomunidad de obligaciones *propter rem* (ver art. 575 del Código civil).

(18) La terminología proviene de WOLFF, según es sabido, pero hay que observar que dicho autor la configura como una comunidad de derechos (de uso) y no excluye la idea de servidumbre, pues en la página 334 añade: «el derecho de uso y el deber de conservación son parte del contenido de la propiedad de la finca; su supresión o modificación se efectúan constituyendo una servidumbre predial». Pero la doctrina española sólo ha recogido de WOLFF el aspecto de comunidad, silenciando la idea de servidumbre.

(19) Ya hemos dicho en la nota 1 que, en nuestra opinión, esta facultad de apoyo es una manifestación de la situación de servidumbre, a diferencia de la facultad de introducir vigas, que es manifestación de la situación de comunidad. Sin embargo, GONZÁLEZ-ALEGRE configura la distinción como de «carácter técnico de orden constructivo» (pág. 456) y sólo ve en ambos aspectos «la concepción comunitaria de la medianería» (pág. 457).

(20) Esta tesis mixta que mantenemos permitirá aplicar a cada situación las normas de la comunidad o de la servidumbre, según los casos. A efectos hipotecarios o de inscripción, conviene tener en cuenta que en el folio de cada una de las fincas deberá figurar el gravamen de servidumbre de medianería en favor del otro medio, para que así produzca efectos respecto a tercero, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria (sin perjuicio de admitir también en ciertos casos la teoría jurisprudencial de la apariencia de medianería por signos visibles), y al mismo tiempo puede figurar como cualidad del predio dominante, indicando en cada folio la parte de superficie que le corresponde en el elemento medianero.

B) *Posibilidad de la medianería horizontal: sus relaciones con la propiedad horizontal.*—Hasta aquí unas ideas generales sobre medianería, entendiendo como medianería propiamente dicha la «vertical», es decir, aquella en que el «elemento medianero» es perpendicular al suelo (o está en el mismo suelo: caminos), pues es la que directamente contempla el Código civil. Ahora planteamos si cabe admitir la llamada «medianería horizontal», o sea, aquella en la que el «elemento medianero» es paralelo al suelo.

Los dos posibles obstáculos legales para la admisión de esta extraña figura son la regulación que el Código civil contiene sobre la medianería y la regulación de la propiedad horizontal.

Respecto a la regulación legal de la medianería, el obstáculo no es tan fuerte, pues el Código civil no excluye la medianería horizontal; lo único que resulta es que el § puesto directamente contemplado es la medianería vertical, pero ello no quiere decir que quede excluida cualquier otra posición del «elemento medianero», sino que más bien debe admitirse amplitud de posiciones por analogía. Efectivamente, en la medianería horizontal existe también un «elemento medianero» que separa dos fincas y que es elemento común de ambas, y se da también el requisito de ser colindantes las fincas, si bien en superposición en lugar de producirse colindancia lateral. Por tanto, se dan los presupuestos de la medianería. Y, en último término, la figura sería admisible a través de la fórmula abierta del artículo 594 del Código civil. Ahora bien, se trata de una medianería especial (21). La especialidad consiste en la horizontalidad o paralelismo del «elemento medianero» con relación al suelo. Pero no hay ningún problema para configurarla también como medianería, ya que en esta situación cabe hablar igualmente de un estado de comunidad de facultades de uso sobre el «elemento medianero», que sirve de techo a una de las fincas, y de suelo, a otra (posibilidad de colgar lámparas, apoyar muebles, etc.), y cabe también hablar de un estado de servidumbre, si bien, en este caso, no con reciprocidad, pues el derecho de apoyo corresponde únicamente al titular del piso situado encima, que por ello ostenta con exclusividad la cualidad de predio dominante (sin perjuicio de que, a su vez, tenga que soportar la carga de otro piso situado más arriba).

En cuanto al otro obstáculo para la admisión de esta figura, la regulación legal de la propiedad por pisos es un obstáculo más fuerte. Comparemos primeramente ambas situaciones jurídicas: tanto en la medianería horizontal como en la propiedad horizontal existe el elemento común y las propiedades separadas. Pero mientras en la medianería horizontal sólo existe un elemento común (el muro medianero), en la propiedad horizontal existen numerosos elementos comunes (suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, etc.). Y mientras en la medianería horizontal el muro medianero no es objeto de copropiedad por cuotas, sino que hay una distinción longitudinal de partes atribuidas a cada uno de los pisos contiguos, en la propiedad horizontal existen cuotas de copropiedad que dan lugar a una regulación más compleja. Mientras en la medianería horizontal sólo hay dos propiedades privativas en relación (la propiedad del piso de abajo y la propiedad del piso de arriba)—sin perjuicio de que pueda existir una pluralidad sucesiva de medianerías horizontales—, en la propiedad horizontal cabe, y será lo normal, la existencia de más de dos pisos en tal régimen. En fin, mientras la regulación de la medianería horizontal se agota en un uso limitado del «elemento medianero» y en un derecho de apoyo de un piso sobre el otro, en la propiedad horizontal existe una regulación muy compleja y una

(21) Como, «medianería especial» la califica la citada Sentencia de 24 de mayo de 1943 en su «Considerando» tercero.

intercomunicación de las partes privativas a través de los numerosos elementos comunes. Esto hace ver la importancia práctica de la distinción, pues, por ejemplo, en el presente caso, si se configuraba el supuesto como medianería horizontal, el titular del piso de arriba podía hacer las obras exteriores que estimara conveniente sin necesidad de obtener el consentimiento del otro titular, consentimiento, en cambio, imprescindible en la situación de propiedad horizontal.

Una vez mostradas las diferencias cuantitativas (número de elementos comunes) y cualitativas (carácter y atribución del elemento común) entre medianería horizontal y propiedad horizontal, nos queda por solucionar si la regulación de la propiedad horizontal, establecida en el artículo 396 del Código civil y en la Ley de 21 de julio de 1960, supone un obstáculo infranqueable para la existencia legal de la medianería horizontal.

Distinguiremos: por regla general, sí supone un obstáculo para la admisión de la medianería horizontal; pero en circunstancias especiales cabe tal figura jurídica, a pesar de la regulación de la propiedad horizontal.

Efectivamente, por regla general, no cabe la medianería horizontal. Como ésta y la propiedad horizontal son incompatibles en un mismo edificio (22), o se admite una u otra, y resulta que la Ley ha previsto que cuando un edificio esté dividido en pisos con una serie de elementos comunes por naturaleza es imperativa la regulación en propiedad horizontal. Así se desprende del artículo 396 del Código civil y del artículo 3.º de la Ley especial. En el mismo sentido, en principio, se muestra ESCRIVÁ DE ROMANÍ (23).

Entonces, ¿qué ámbito queda para la medianería horizontal si ésta presupone también un edificio por pisos? Queda un ámbito excepcional: el caso de pisos o departamentos superpuestos que no tengan más elemento común que el «elemento medianero» (24). Se dirá que esta situación es muy extraña, pues siempre habrá varios elementos comunes. Pero no es así; si se trata de engendros arquitectónicos (25), casas empotradas en otras, observamos que en el espacio de confluencia se da una superposición que puede no tener ningún elemento común por naturaleza (en caso de entrada y escaleras independientes) e incluso puede haberse pactado que el vuelo sea sólo de uno de los cuerpos del edificio y no del otro. En tal caso, ¿qué elemento común existe ahí? Sólo el «elemento medianero», que cumple la función de permitir el apoyo del edificio situado encima sobre el de abajo.

Obsérvese que admitimos la medianería horizontal sólo en el caso en que no haya elementos comunes por naturaleza ni tampoco elementos comunes accidentales de propiedad horizontal. Y, naturalmente, tampoco

(22) Me refiero a una incompatibilidad entre los mismos elementos del edificio. Por tanto, lo que sí cabe es que los pisos de un edificio estén en régimen de propiedad horizontal, y, al mismo tiempo, el edificio, en todo o en parte, tenga constituida a su favor medianería vertical u horizontal sobre otro edificio.

(23) Dice ESCRIVÁ DE ROMANÍ: "Nos encontramos ante el sugestivo problema de si cabe que las partes configuren libremente algún tipo de comunidad sobre pisos o edificios distinto del regulado por la Ley. Creemos que ello no es posible, dado el carácter imperativo general de la legislación." Y añade: "Lo que sí será posible, en algunos casos, es constituir propiedades totalmente separadas mediante el sistema de segregación, siempre que no existan elementos comunes" (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 462, año 1967, pág. 1236).

(24) Aunque ESCRIVÁ DE ROMANÍ contempla el supuesto, lo admite en el caso de que se constituya un derecho de superficie. Por tanto, parece que no se atreve a admitir la "medianería horizontal" (*loc cit.*, pág. 1236).

(25) Tomamos esta expresión de "engendros arquitectónicos" del "I Simposio sobre Propiedad Horizontal" (Valencia, octubre 1972), en que se explica la razón de su existencia: "Los supuestos de casas con departamentos unilateral o mutuamente empotrados son relativamente frecuentes en el casco viejo de las grandes poblaciones y en las ciudades y pueblos de ámbito rural, obedeciendo a necesidades de la ampliación de edificios v. sobre todo, a la división material de antiguas edificaciones unitarias: las casas "a caballo" surgen de las necesidades prácticas de máximo aprovechamiento de un solar único, generalmente emplazado entre calles a distinto nivel" (pág. 103).

se daría la medianería horizontal si se pactó otro régimen distinto (ejemplo: superficie).

Conclusión: sólo en circunstancias excepcionales cabe admitir la medianería horizontal. Es más, aun en esas circunstancias excepcionales no es muy aconsejable la constitución de medianería horizontal, pues puede dar lugar a una serie de problemas en caso de derrumbamiento de los edificios que no se dan con la propiedad horizontal. Por ello, lo más aconsejable es lo siguiente: la constitución de una sola propiedad horizontal de los dos edificios empotrados, con unos elementos comunes generales de ambos (vuelo, suelo, etc.) y unos elementos comunes específicos de cada edificio. Ahora bien, aunque esto es lo más aconsejable, puede que los interesados no deseen esta conexión en el momento de la constitución del régimen o puede que cuando se constituyó la situación se estableció que el vuelo perteneciera al titular del edificio situado encima, y en estos casos es perfectamente lógico admitir la regulación de propiedad horizontal de cada edificio por separado (26) y, al mismo tiempo, admitir que en la zona de confluencia existe una medianería horizontal del uno sobre el otro, dado que en esa zona no hay ningún elemento común de propiedad horizontal (27).

Hechas estas observaciones generales, creo que puede comprenderse mejor la tesis de esta sentencia y de la de 24 de mayo de 1943. Ambas aceptan la figura jurídica de la medianería horizontal. Pero el problema jurídico debatido era distinto en una y otra, aunque desde el punto de vista del supuesto fáctico (edificios superpuestos) ofrezcan analogía.

En la sentencia de 24 de mayo de 1943 se trataba de lo siguiente: el actor pretendía que se declarase la existencia de **COMUNIDAD** sobre los dos inmuebles incrustados, a efectos de obtener la declaración de disolución de dicha comunidad por el sistema de venta del titular de un edificio al titular del otro, o por la venta de conjunto, si se estimaba que era un todo indivisible. El Tribunal Supremo en dicha sentencia entiende que no existe situación de **CONDOMINIO**, según los artículos 392 y 399 del Código civil, sino simplemente una **MEDIANERÍA ESPECIAL**. Obsérvese que esta sentencia plantea la oposición entre medianería horizontal y comunidad ordinaria, no entre medianería horizontal y propiedad horizontal, a diferencia de la sentencia que ahora comentamos. Incluso en su «considerando cuarto» cita la Ley de 26 de octubre de 1939 de Propiedad Horizontal (vigente en aquella fecha) como argumento en contra de la disolución de la comunidad que pretendía el demandante. Es decir, la regulación de propiedad horizontal se cita no para desvirtuar la existencia de medianería horizontal, y por ello no quedan frente a frente ambas situaciones jurídicas.

En cambio, en la presente sentencia se pone al descubierto la diferencia y oposición entre propiedad horizontal y medianería horizontal. El Tribunal Supremo reconoce de nuevo la situación de medianería horizontal, pero en esta ocasión lo hace para indicar que queda excluida la regulación de la propiedad horizontal que pretendía el recurrente.

Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido ya en dos sentencias la posibilidad de la medianería horizontal. Por un lado, como figura excluyente del régimen de disolución de la comunidad ordi-

(26) Sin embargo, en el citado "I Simposio sobre Propiedad Horizontal" (pág. 103), al aludir a estos "engendros arquitectónicos", se "considera inaceptable la aplicación, en tales casos, del régimen jurídico de propiedad horizontal que pueda regular separadamente cada uno de los edificios configurados con independencia jurídica", pero no nos convence esta tesis, pues se cierra la posibilidad de una fórmula jurídica que puede resolver numerosos problemas, sin que la citada fórmula esté prohibida por la ley.

(27) Desde el punto de vista hipotecario, creo que cabe también la inscripción en el Registro, siempre que se precise la regulación adecuadamente: que la zona de apoyo tiene tal longitud, que la altura de cada cuerpo es "equis", que el vuelo pertenece a uno solo de los propietarios y el suelo al que sea, etc.

naria (sentencia de 23 de mayo de 1943), y por otro, como figura excluyente de la regulación de propiedad horizontal (sentencia de 28 de abril de 1972), por no necesitarse el consentimiento del otro propietario para realizar obras en el cuerpo respectivo del edificio.

Pero en ambas sentencias se admite la medianería horizontal en supuestos fácticos muy especiales de casas empotradas, que sólo tenían como elemento común la pared medianera y que, además, constaban inscritas en el Registro de la Propiedad como fincas independientes.

Por eso, partiendo de la premisa fáctica de no existir más elemento común que el muro medianero, consideramos acertada la declaración de esta sentencia. No obstante, no queremos dejar de exponer una duda que nos viene a propósito del «vuelo». Resulta que el vuelo es un problema central en el presente caso, pues el recurrente pretende la aplicación de la normativa de la propiedad horizontal argumentando a través de la existencia del vuelo como elemento común. La Audiencia había negado que el mismo tuviera titularidad sobre el vuelo. Y por ello, al mismo tiempo, el recurrente alega incongruencia de la sentencia, dado que no se había discutido la titularidad sobre el vuelo. Pero el Tribunal Supremo estima que no existe tal incongruencia señalando que el problema del vuelo se planteó por el demandado en la contestación a la demanda. No obstante, a la vista de los resultandos, parece que el problema quedó planteado así: el actor pedía que el edificio fuera devuelto a su estado primitivo, y los demandados contestan que el actor tiene «limitado su derecho de vuelo» por las propiedades superpuestas. Luego los demandados no niegan que el actor tenga derecho de vuelo, sino que alegan que lo tiene, pero limitado, y mantienen que con las obras «no se ha agravado» la propiedad de aquél. La sentencia de la Audiencia resolvió declarando que el actor carecía de derecho de vuelo a partir de lo edificado por él. ¿No supone esta declaración cierta incongruencia al resolver más de lo alegado por el demandado, que reconoce la titularidad del vuelo del actor, pero con limitaciones? El Tribunal Supremo, acabamos de verlo, dice que no hay incongruencia. Dejo abierta la discusión del tema, aunque quizá no sea suficiente tener a la vista los «resultandos» de la sentencia para dar una opinión. Lo que sí quiero destacar, para terminar este comentario, es que, a efectos de la medianería horizontal, el problema del vuelo era muy importante: si el vuelo es elemento común creemos que no cabe medianería horizontal, pues, según hemos visto, ésta sólo cabe cuando no hay elementos comunes de propiedad horizontal.

RETRACTO DE COLINDANTES: COMPUTO DEL PLAZO DE LA ACCION. INSCRIPCION Y CONOCIMIENTO COMPLETO (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—Doña Emilia P. F. interpone demanda contra el comprador de una finca rústica, don José Antonio R. P., y contra la vendedora, doña Natividad P. F., ejercitando el retracto de colindantes, manifestando que la acción se ejercitaba dentro del plazo de nueve días desde la fecha de la inscripción de la compra en el Registro de la Propiedad. Los demandados alegan, aparte de otros extremos, que doña Emilia tenía conocimiento de la venta desde hacía mucho tiempo antes de la inscripción, por lo que la acción de retracto había caducado.

El Juzgado de Primera Instancia de Nules estimó la demanda, pero esta sentencia fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

La actora interpone recurso de casación por error de derecho en la apreciación de la prueba y por interpretación errónea del artículo 1.524 del Código civil, ya que, según éste, sólo en defecto de inscripción puede atenderse al cómputo del conocimiento de la venta.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida, en su segundo considerando, afirma que ‘de la apreciación de la prueba practicada, principalmente de la absolución de posiciones de la demandante, en la prueba de confesión verificada a instancia de los demandados, al absolver las posiciones cuatro y veintitrés, reconoce explícitamente y sin lugar a dudas que tuvo conocimiento de la venta y del otorgamiento de la escritura pública a favor de los demandados no sólo antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino al día siguiente de verificarse la venta por escritura pública’, y, asimismo, ‘o sea, que con pleno conocimiento de la celebración del contrato y su consumación por el otorgamiento de la escritura’, y después que ‘apreciando la prueba practicada estima dicho conocimiento suficiente de la enajenación, verificada bastante antes de la inscripción’, es decir, que aunque principalmente tenga en cuenta la confesión, aprecia el resultado de otras pruebas, y al afirmar la sentencia el conocimiento *pleno y suficiente*, no puede menos de estimarse que lo fue de las condiciones esenciales de la venta y que la confesión es una prueba más de las tenidas en cuenta...»

«Considerando, en cuanto al segundo (motivo), con amparo en el número 1.º del artículo 1.692, por interpretación errónea del artículo 1.524 del Código, que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar el precepto citado en el motivo, previniendo la mala fe y la anomalía de que quien tuvo conocimiento de la venta antes de la inscripción, sin ejercitar sus derechos, pueda ver revalidada su acción por la posterior constancia de aquélla en el Registro, ha declarado con reiteración que el cómputo a partir de la inscripción sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha, sentencia de 29 de noviembre de 1958, que ratifica otras anteriores, con tal que se dé como probado que el retrayente tuvo conocimiento de la venta con fecha anterior y que tal conocimiento sea completo, y como en el caso debatido la sentencia da como probado, por apreciación conjunta de la prueba, tal conocimiento *pleno y suficiente*, el Tribunal se ve en la necesidad de apreciar correctamente interpretado el precepto, que el motivo acusa infringido, y por ello, en la de desestimar el motivo, y con el mismo, el recurso, con costas, por ser preceptivas.»

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo no sólo confirma la tesis de que el conocimiento de la venta debe ser pleno y suficiente para que pueda servir de cómputo al plazo de la acción de retracto, sino que reitera también la doctrina legal, consistente en que el cómputo de la inscripción, establecido por el artículo 1.524 del Código civil, sólo tiene aplicación cuando no consta que el conocimiento de la enajenación data de fecha anterior.

Esta interpretación sobre el ámbito de actuación de los dos cómputos del artículo 1.524 del Código civil (es decir, el cómputo de la inscripción y el cómputo del conocimiento completo de la venta) es acertada, teniendo en cuenta el sentido del precepto e incluso su letra.

En esta cuestión caben tres posibles interpretaciones sobre la aplicación de dichos cómputos, las cuales exponemos a continuación, situando en la primera al recurrente; en la última, al Tribunal Supremo y a la

doctrina de los autores, y dejando como mera hipótesis, inadmisible legalmente, la segunda.

Primera interpretación: Teoría de la primacía absoluta del cómputo de la inscripción.—Según esta interpretación, el artículo 1.524 del Código destaca la preferencia y eficacia total y absoluta del cómputo de la inscripción sobre el cómputo del conocimiento, de tal modo que aun existiendo éste, si después se produce la inscripción, ha de atenderse al cómputo marcado por ésta. Por tanto, el cómputo de la inscripción tendría, según esta tesis, una eficacia anulatoria del cómputo del simple conocimiento. Así interpreta el citado artículo el recurrente, que dice: «Es sólo en defecto de inscripción registral cuando juega el posible conocimiento del retrayente. Es evidente que el conocimiento de todas las condiciones y circunstancias en que se ha realizado la venta, exigido por la doctrina jurisprudencial, se da de modo pleno y absoluto a través de la inscripción registral.» Se basa, por tanto, en dos argumentos: 1.º La expresión del artículo 1.524: «en su defecto», lo que significa que existiendo inscripción hay que prescindir del cómputo del conocimiento. 2.º El conocimiento exigido por la jurisprudencia es un conocimiento pleno y absoluto y esto sólo se logra con la observación directa del título.

Respecto a este segundo argumento cabe contestar que de ningún precepto se desprende que la inscripción registral sea el único medio de conocimiento completo. La inscripción permite dicho conocimiento, pero caben otros medios para conocer de modo pleno la venta realizada. Esto es evidente y, además, desde el punto de vista del texto legal, no se explicaría, siguiendo esta tesis, que el Código aluda al conocimiento en defecto de inscripción, pues ello demuestra que cabe conocimiento sin inscripción registral.

En cuanto al primer argumento del recurrente, la expresión «en su defecto», utilizada por el artículo 1.524 del Código civil, creemos que el recurrente prescinde de un elemento importante de interpretación, consistente en el elemento temporal, es decir, el momento en que hay que situar la falta de inscripción, ya que no cabe interpretar la expresión «en su defecto» en forma absoluta e intemporal. Otra cosa sería si viviéramos en un planeta en que no existiera el tiempo, pero en este caso, y más interpretando cómputos, el principio de seguridad jurídica impide dejar para la eternidad la cuestión de la falta de inscripción. Entonces cabe preguntar: ¿cuál es ese momento en que hay que apreciar o situar la falta de inscripción? Obsérvese que en nuestro sistema siempre hay un período de tiempo, por pequeño que sea, en que la inscripción falta (el supuesto de inscripción simultánea con el otorgamiento lo descartamos por razones obvias). Pues bien, en ese período de tiempo en que la inscripción no se ha producido entra en acción el cómputo del conocimiento. Luego el momento clave a tener en cuenta para decidir la falta de inscripción es precisamente aquel en que se produzca el conocimiento. Si en ese momento no existe inscripción se da el supuesto del artículo 1.524 relativo al «defecto de inscripción». Como el Código está contrastando dos cómputos parece lógico referir el momento de apreciar la falta de uno de ellos al en que el otro se da. Es decir, si en el momento en que el colindante conoce de modo completo la venta no existía la inscripción, no cabe luego acudir al momento posterior en que la inscripción se produjo, para así desvirtuar una apreciación anterior que ha de considerarse firme. Esta fijación del momento en que hay que calificar si existe o no la inscripción parece mejor que no dejar siempre en el aire el problema. Se nos podría decir que también cabe señalar como momento de fijación temporal de la cuestión de la falta de inscripción el de la interposición de la demanda de retracto, interpretando, como hace el recurrente, que si en tal momen-

to existe inscripción no cabe atender al cómputo del conocimiento, aunque cuando éste se produjo hubiera «defecto» de inscripción. Pero entonces contestaríamos que no nos convence la fijación de ese otro momento temporal de iniciación del litigio, ya que tiene el inconveniente de dejar el problema del cómputo al arbitrio del retrayente y, además, daría lugar a la anulación de un plazo ya consumado en virtud de un cómputo ya anterior cuando la inscripción no existía. En todo caso, esto podría rebatirse con los dos argumentos siguientes: 1.º Desde el punto de vista de la eficacia de la inscripción en nuestro Derecho cabe decir que en ningún artículo del Código civil ni de la Ley Hipotecaria (interpretación sistemática) se alude a esa pretendida eficacia anulatoria de un plazo que ya ha surgido por el cómputo del conocimiento, pues esa supuesta eficacia no tiene nada que ver con la finalidad de la inscripción en nuestro sistema. 2.º Desde el punto de vista del concepto y finalidad de la figura de la caducidad está reconocido que esta institución se funda en el principio de seguridad jurídica y tiende a crear situaciones firmes, evitando así que se produzcan reclamaciones tardías y extemporáneas; el plazo de caducidad opera *ipso iure* y no cabe interrumpirlo ni renovarlo cuando ya ha finalizado. Pues bien, el plazo del artículo 1.524, como todos los de los retractos, es un plazo de caducidad, y si se admitiera la tesis del recurrente se llegaría al resultado de que la inscripción tendría la eficacia de anular un plazo de caducidad y de iniciar otro nuevo contra la esencia de la caducidad.

Segunda interpretación: Teoría de la primacía absoluta del cómputo de la inscripción en las ventas formalizadas en escritura pública.—¿Podría entenderse que la expresión «en su defecto» se refiere al supuesto de imposibilidad de inscripción por razón de la forma del contrato de venta? Creemos que tampoco es admisible esta tesis. Si se admitiera cabría hacer la siguiente distinción: ventas formalizadas en escritura pública y ventas verbales o en documento privado. Respecto a las primeras, como en principio son susceptibles de inscripción (conforme al art. 3.º de la Ley Hipotecaria), el cómputo de la acción de retracto sería la inscripción en Registro; en cambio, en las ventas verbales o en documento privado, al existir en su origen un defecto formal para la inscripción, sólo cabría atender al cómputo del conocimiento. He aquí, pues, esa otra interpretación, que no se fija en ningún elemento temporal porque delimita la aplicación de cada cómputo en relación con la clase de formalidad utilizada en el contrato de compraventa. Pero en seguida hemos de decir que la distinción a que daría lugar esta hipotética interpretación es endeble, si se tiene en cuenta lo siguiente: 1.º Que hay escrituras públicas que no se pueden inscribir por un defecto insubsanable. 2.º Que hay ventas verbales o en documento privado que se pueden inscribir elevándolas a escritura pública. 3.º Que no hay ningún indicio en la Ley que permita sostener que es ése el sentido del artículo 1.524 del Código. 4.º Que tampoco cabe en la letra de dicho artículo, pues la expresión legal «en su defecto» no equivale a «no siendo posible la inscripción» (que es la fórmula que resultaría de esta interpretación), ya que la imposibilidad de inscripción es sólo una de las manifestaciones de la fórmula legal más amplia referida a la falta de inscripción (sea por imposibilidad o por otra causa).

Tercera interpretación: Teoría de la primacía de los cómputos por el orden de preferencia en el tiempo.—Es la tesis que hemos apuntado al rebatir las anteriores interpretaciones. Y es la de la presente sentencia, que confirma la de 28 de mayo de 1963 (28). En cuanto a la sentencia de

(28) Ver *Aranzadi*, número 2.952, del año 1963.

29 de noviembre de 1958, que también es citada por la presente sentencia, no se refiere ni siquiera al problema al cómputo, sino a la naturaleza rústica de la finca a efectos del retracto (29). Y respecto a las sentencias de 22 de abril de 1958, 3 de julio de 1959 y 4 de mayo de 1961, citadas por ALBALADEJO dentro de esta tesis, nosotros creemos que no se refieren directamente al problema de la preferencia de cómputos, aunque de ellas resulte indirectamente una interpretación del cómputo del conocimiento en el sentido de la sentencia que comentamos. Entre los autores, el propio ALBALADEJO puede ser incluido en esta tercera interpretación, pues dice lo siguiente: «Evidentemente, la Ley persigue el fin de que el plazo comience a correr desde que el retrayente conozca la transmisión o, aunque no la conozca, desde que se inscribió en el Registro, ya que publicándola éste pudo conocerla» (Derecho de cosas, pág. 562, nota 29).

En definitiva, esta interpretación supone que si se produce primero la inscripción de la venta, antes que se tenga conocimiento de ella de otra manera, el cómputo será la fecha de la inscripción, y si se produce el conocimiento de la venta por parte del retrayente de cualquier manera, siempre que sea de modo completo, antes de haberse producido la inscripción, el cómputo será la fecha del conocimiento de la venta.

Respecto a los argumentos en pro de esta interpretación me remito a lo ya dicho más arriba, pudiendo añadirse lo que señala la presente sentencia, que destaca que así se evita la mala fe y la anomalía de que quien tuvo conocimiento de la venta antes de la inscripción pueda ver revalidada su acción por la posterior constancia registral de la misma.

Quiero terminar indicando que no es esta última una interpretación que fuerza la redacción del texto legal, sino que se adapta a la letra del artículo 1.524. Es más, considero acertada tal redacción (en contra, ALBALADEJO), pues no sólo permite acoger la interpretación señalada, sino que, además, tiene la ventaja de dejar constancia de la primacía del cómputo de la inscripción (cuando ésta se produjo) sobre el conocimiento de la venta producido con posterioridad a la inscripción. Es decir, que deja bien claro que existiendo inscripción no cabe acudir al cómputo del conocimiento alegando que fue imposible conocer la inscripción (ejemplo: por estar en el extranjero, por enfermedad, etc.), ya que sólo «en defecto» de inscripción es cuando cabe acudir al cómputo del conocimiento, sin que sea posible alegar ignorancia de la inscripción, con lo cual la publicidad formal del Registro se lleva aquí hasta sus últimas consecuencias por aplicación del principio de seguridad jurídica. En tal sentido, la fórmula legal empleada es bien expresiva y no merece ser tachada de defectuosa. Naturalmente, caben también otros términos, pero no veo la necesidad de que se modifique la concisa redacción del artículo 1.524 del Código civil, pues rectamente entendida tampoco da lugar a confusión, ya que las otras posibles interpretaciones quedan claramente rechazadas por los argumentos indicados.

BIEN DE DOMINIO PUBLICO MUNICIPAL: VIA PUBLICA, NO SOLAR. DOCTRINA DEL ERROR DE HECHO EN CASACION (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—Don Antonio F. H. formula demanda contra el Ayuntamiento de M. y otro señor con la pretensión de que se le declare propietario, por prescripción extraordinaria de treinta años, de un solar que había ocupado a título de dueño en el año 1937, cuando estaba abandonado, al descu-

(29) Quizá haya querido referirse el Supremo a la Sentencia de 20 de noviembre de 1958, que tiene más relación con el tema.

bierto y sin cercar, y que disfrutó ininterrumpidamente a partir de dicha fecha, según acreditaba con las declaraciones de testigos recogidas notarialmente, añadiendo que el solar no constaba inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de persona alguna, según certificación que acompañaba.

El Ayuntamiento de M. se opone formulando reconvencción en el sentido de argumentar que el terreno discutido consiste en vía pública. La oposición del otro demandado no aparece clara en la presente sentencia, no afectando, por otro lado, a la doctrina del Tribunal Supremo, que ahora expondremos.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Málaga estimó la reconvencción, considerando el terreno discutido como vía pública perteneciente con tal carácter al Ayuntamiento demandado; desestima, en cambio, la reconvencción formulada por el otro demandado. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada confirma la sentencia en cuanto al carácter de vía pública del terreno discutido, desestimando la demanda reconvenccional del otro demandado, pero por razón de forma, sin entrar en el fondo, a diferencia del Juzgado, que la había desestimado totalmente.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandante:

«Considerando que para que pueda prosperar un motivo amparado en el número 7.º del repetido artículo 1.692 es menester que el supuesto error de hecho resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del Juzgador», y en el presente caso, el informe pericial invocado, el acta de determinada sesión municipal, ciertas fotografías, el plano municipal y unas RR. Ordenes no muestran por sí solas, de modo patente e inequívoco, la pretendida equivocación del Tribunal *a quo* respecto a la calificación del terreno discutido como formando parte de la vía pública de la ciudad.

MONTES DE UTILIDAD PUBLICA: PERTENENCIA. VALOR JURIDICO DEL CATALOGO. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—La Junta Vecinal de Tuiza y varios vecinos de dicha parroquia ejercitan la acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento de Lena y el Abogado del Estado sobre la propiedad de un monte catalogado, alegando que aunque el Ayuntamiento demandado obtuvo la inmatriculación del mismo en el Registro de la Propiedad en el año 1956 por medio de certificación del secretario, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria (30), en realidad, el monte pertenecía al pueblo de Tuiza, según se

(30) A propósito de esto, nosotros creemos que no cabe la inmatriculación de Montes de Utilidad Pública incluidos en el Catálogo por el sistema de certificación del Secretario del Ayuntamiento propietario con referencia al Inventario de Bienes, pues aunque podría discutirse, en principio, si el procedimiento inmatriculador de dichos Montes consiste en la certificación por triplicado expedida por el Ingeniero encargado del Catálogo excluye o no la certificación del Secretario del Ayuntamiento como medio inmatriculador, hay que pensar que se trata de la inmatriculación de Montes incluidos en el Catálogo de Utilidad Pública, y el único funcionario que tiene facultad de certificar respecto al Catálogo es el Ingeniero encargado del mismo, por lo que el Secretario del Ayuntamiento no tiene facultad de certificar sobre ese extremo, a efectos del artículo 303 del Reglamento Hipotecario, sin que sea suficiente que en el Inventario de Bienes del Municipio figure que el Monte está incluido en el Catálogo de Utilidad Pública, pues la certificación ha de proceder directamente del Catálogo. Ahora bien, puede suceder que en el Catálogo no consten todos los detalles que se exigen para la inscripción (ejemplo: en algunos casos, la distribución de superficie de un Monte sito en dos términos municipales, o cuando

acreditaba por certificación del Distrito Forestal en relación con el Catálogo de Montes, en el que figuraba como de la «pertenencia» del citado pueblo de Tuiza, y también por los repetidos actos de aprovechamiento de pastos realizados consuetudinariamente por los vecinos. En base a todo ello suplican se declare la propiedad exclusiva del monte a su favor y la cancelación de la inscripción practicada a nombre del Ayuntamiento.

Los demandados se oponen contestando que «el pueblo de Tuiza» no existe como tal Corporación Local, sino que está integrado en el Ayuntamiento de Lena, que es a quien pertenece el monte como comunal, tal como resulta de la inscripción registral.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo desestima la demanda sin entrar en el fondo. La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo desestima también la demanda, pero por razones de fondo.

La parte demandante interpone recurso de casación basándose fundamentalmente en el Catálogo, en que no es necesario acreditar una posesión inmemorial bastando sólo un aprovechamiento consuetudinario, en incongruencia de la sentencia apelada, en error de hecho y en la doctrina de los actos propios, dado que el Ayuntamiento demandado había reconocido anteriormente la propiedad del monte en favor de los vecinos de Tuiza.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso, por no existir incongruencia en la sentencia recurrida, destacando que frente a las declaraciones de dicha sentencia relativas a que el Catálogo no es prueba de propiedad, sino sólo de posesión, y a que tal posesión no fue exclusiva, no valen los documentos alegados por la parte recurrente, pues la certificación del Distrito Forestal no tiene el carácter de documento auténtico a efectos de casación en relación con la cuestión de propiedad del monte; por otro lado, se dice en la sentencia que «el recurso tiende a demostrar que no se exige la usucapción inmemorial, citándose al efecto la sentencia de 5 de junio de 1918 y la de 28 de diciembre de 1957, que hablan sólo de la posesión de los actores, que justificaron cumplidamente haber ganado el dominio por la prescripción extraordinaria de treinta años, debidamente acreditada, olvidando que la sentencia recurrida dice que más bien se colocan en una especie de prescripción extraordinaria de treinta años, que ni siquiera alegan como tal y que tampoco prueban, afirmación no contradicha en el recurso; igualmente, lo que se dice en el apartado segundo sobre el aprovechamiento consuetu-

consta la pertenencia de un Monte a favor de varios Ayuntamientos sin precisar la proporción entre ellos o la situación de proindivisión, etc.), y entonces cabe también plantear si la certificación del Ayuntamiento puede servir como documento complementario para llenar esas lagunas. Creemos que lo procedente es que sea el propio Ingeniero del Catálogo el que certifique de esos detalles complementarios en relación con el certificado o documento del propio Ayuntamiento, pues el apartado 1.º del artículo 72 del Reglamento de Montes dice: «En las certificaciones a que se refieren los artículos anteriores (se refiere a las expedidas por el ingeniero con referencia al Catálogo) se consignarán las descripciones que resulten de los deslindes, inventarios, catálogos y demás documentos que obren en poder de la Administración Forestal o ENTIDADES PROPIETARIAS.» Parece, pues, que no basta aportar al Registro de la Propiedad como documento complementario subsanatorio la certificación del Secretario del Ayuntamiento, sino una certificación del propio Ingeniero con referencia a la certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento, pues así resulta del citado artículo 72. No obstante, en la práctica, muchas veces será contraproducente este rodeo, por lo que debiera preverse reglamentariamente la posibilidad de admitir directamente esa certificación del Secretario del Ayuntamiento, pero sólo como documento complementario del título de inmatriculación regulado por el artículo 71 y siguientes del citado Reglamento. Quizá se consiga evitar con el sistema del artículo 72 que se puedan consignar en el Registro datos que pudieran contradecir de alguna manera el contenido del Catálogo, pues es el propio ingeniero el que certifica en relación con los documentos de las Entidades Propietarias, con lo cual tiene ocasión de supervisarlos, a dicho objeto. Todo esto convendría estudiarlo más a fondo.

dinario, tampoco se mantiene frente a los hechos declarados probados, que contradicen ese aprovechamiento exclusivo del monte por los vecinos de Tuiza por un período superior a los treinta años, frente a los cuales nada pueden los esporádicos actos posesorios por personas extrañas a ese pueblo». Por último, respecto a la teoría de los actos propios, el Tribunal Supremo recuerda que la jurisprudencia exige que tales actos se realicen con el designio de crear o modificar algún derecho, que sean inequívocos, que estén de acuerdo con la realidad material de las cosas y que sean concluyentes e indubitados, sin dejar de atender al negocio jurídico que los produjo, y con referencia al caso de autos se estima que tales actos, simples manifestaciones en pleitos distintos y en documentos carentes por sí de todo designio creador o de reconocimiento de derechos, se les pueda conceder el valor de una atribución patrimonial exclusiva en favor del pueblo de Tuiza, sobre todo si estaban formulados en función de la situación posesoria que proclama el Catálogo y que en este proceso aparece totalmente desvirtuado.

TERCERIA DE DOMINIO: IDENTIFICACION DE FINCAS A EFECTOS DE DETERMINAR LAS PRIVATIVAS DE LA ESPOSA Y LAS GANANCIAS (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Doña Rosario A. B. dedujo demanda de tercería de dominio contra «Financiera I., S. A.», y contra el esposo de la propia actora, ante el embargo trabado por la «Financiera» sobre 85 fincas por deudas del marido, las cuales fincas figuraban catastradas a nombre del marido, solicitando la actora en la demanda de tercería que se levantara el embargo sobre las mismas por pertenecerle a ella por herencia de sus padres y abuelos, según escrituras que acompañaba, a pesar de que «a efectos administrativos» figuraban en el Catastro a nombre del marido.

Como las escrituras aportadas (no inscritas en el Registro) eran de fecha muy antigua, todo el problema quedaba reducido a la identificación pericial de las fincas en relación con las que figuraban en dichas escrituras.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Pamplona estimó la demanda de tercería respecto a la mayor parte de las fincas, por quedar identificadas con las que la actora heredó de sus padres, pero ordena que subsista el embargo respecto a 12 fincas cuya propiedad privativa a favor de la actora no quedó acreditada.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia revocando parcialmente la sentencia apelada, reduciendo el número de fincas identificadas como privativas de la actora, por lo que el resultado fue dejar subsistente el embargo sobre 23 fincas.

«Financiera I., S. A.», interpone recurso de casación por infracción de ley, siendo su principal argumento la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, por existir en autos una escritura de manifestación de herencia a favor de la actora en la que sólo se recogen tres fincas de las 85 reclamadas, lo que quiere decir, en opinión del recurrente, que las demás que dice adquiridas por capitulaciones matrimoniales no son en realidad de su pertenencia, pues de serlo habrían estado relacionadas en la citada escritura de herencia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso, pues el citado documento de herencia «lo que demuestra es que esas tres fincas son de su propiedad, pero en ningún caso prueba

que las restantes que la sentencia, por el examen conjunto de las pruebas practicadas y de la costumbre existente en Navarra de que los bienes privativos de las mujeres casadas sean amillarados a efectos fiscales a nombre de los maridos, le concede por estimar acreditado el dominio a su favor», no lo sean; «es visto que no aparece justificado el error denunciado y perece el motivo, máxime teniendo en cuenta que las tres fincas a que el documento aducido se refiere son las únicas del haber hereditario que estaban inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de los causantes de la herencia, y de lo actuado se desprende que tal documento tuvo por objeto su reflejo registral, como se consiguió, según en el mismo consta». Y respecto al problema de identificación de las fincas, tampoco tiene viabilidad el motivo que ataca la identificación llevada a cabo por la sentencia recurrida, pues «según constante y reiterada jurisprudencia pertenece su determinación a los Tribunales de Instancia».

DERECHO DE SUPERFICIE: PLAZO DE DURACION. ABUSO DE DERECHO. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—El 21 de mayo de 1948 se suscribió un contrato por las representaciones de la entidad estatal «Canal...» y de la Sociedad Limitada P. F., por la que aquélla arrendó un trozo de terreno a la Sociedad «con el fin de construir (dicha Sociedad) sobre él un local para almacenes y quizá talleres, garaje y vivienda para una familia»; el canon a satisfacer por la Sociedad arrendataria era, en principio, de 1.200 pesetas anuales, con posibilidad de revisión quinquenal, aludiéndose en el contrato al plazo de un año prorrogable por la tácita.

Sobre dicho terreno, la Sociedad arrendataria construyó en 1948 ó 1949 una edificación, posteriormente ampliada con autorización de la entidad estatal.

Habiéndose acordado recientemente por la Junta Administrativa del «Canal» la permuta de terrenos de su propiedad por edificios de una Sociedad constructora de viviendas, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de 26 de diciembre de 1948, y figurando el terreno arrendado entre los que habían de ser objeto de dicha operación de permuta, la citada entidad estatal intentó la resolución del contrato de arrendamiento a través de dos pleitos, no consiguiendo ese propósito.

La Abogacía del Estado formuló consulta, aprobada por la Dirección General de lo Contencioso, en el sentido de ser posible ejercitar una nueva acción en procedimiento judicial ordinario de mayor cuantía, distinta de las anteriormente entabladas, encaminada a que se declarara la extinción del derecho real de superficie existente en virtud del contrato de 21 de mayo de 1948. Y en base a esto, la entidad estatal «Canal...» formula demanda contra la Sociedad Limitada P. F., suplicando se declare extinguido el derecho temporal de superficie, con la obligación de la Sociedad demandada de devolver el terreno sin derecho a indemnización, y, subsidiariamente, se declare dicha extinción con todas sus consecuencias en el plazo que el Juzgado señale.

La parte demandada no se opone a la calificación de derecho de superficie, pero alega su carácter indefinido, puesto que en el propio contrato se estableció la prórroga por anualidades sucesivas, de modo que el plazo del año que se estableció no es más que un término a efectos de pago.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Zaragoza dictó sentencia declarando extinguido el derecho temporal de superficie, en los términos señalados por la demanda, interpretando que la duración del mismo fue de veinte años, ya transcurridos.

Apelada la anterior sentencia por la representación de la parte demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia en la que resuelve que el plazo de duración del derecho de superficie era de treinta años, por lo que había de terminar el día 21 de mayo de 1978.

Ambas partes interponen recurso de casación: la entidad estatal demandante, por entender que el plazo de duración era de veinte años (conforme estableció el Juzgado de Primera Instancia), pues con la posesión durante esos veinte años quedó resarcida la compañía concesionaria de los desembolsos efectuados; la entidad demandada, por entender que el plazo de treinta años que fijó la Audiencia no debe tenerse en cuenta por haber sido fijado teniendo en cuenta la costumbre (art. 1.287 del Código civil) y, en realidad, no había en este caso costumbre, sino un uso convencional de la entidad actora en contratos anteriores, pero no una *communis opinio* entre una clase contratante, aparte de lo dispuesto en el artículo 1.289, alegando también la existencia de un abuso de derecho por parte de dicha entidad actora, interpretando esa finalidad de permutar terrenos como una especie de donación encubierta en la que la propia entidad estatal iba a salir perjudicada, añadiendo que la «figura del abuso del derecho aparece aquí a través de la naturaleza pública de la persona demandante»; para la actuación de estas personas, la Ley pone como límite general la desviación de poder, y en este caso la había, según el demandado, dada la desproporción de los objetos permutados, con lo cual se produce donación, negocio que le está prohibido otorgar al «Canal» por los artículos 29 y 33 de la Orden de 22 de noviembre de 1969.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto por las dos partes.

Respecto al recurso de la entidad demandante, lo desestima por razones de forma y por no poder prevalecer la interpretación que la misma pretende del contrato discutido, frente a la ponderada interpretación de la Sala sentenciadora.

Respecto al recurso interpuesto por la parte demandada, el Tribunal Supremo insiste en que «es reiterada la jurisprudencia que asigna, como función privativa del Tribunal de Instancia, la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos, que debe, por ende, ser respetada en casación mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado, con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo», y en el presente caso, «la Sala ha tenido en cuenta conjuntamente los distintos elementos del proceso interpretativo contenidos en los artículos 1.281 a 1.289 de la Ley sustantiva para inquirir sobre la existencia del plazo del contrato de autos, y su fijación, de acuerdo con el artículo 1.128 del Código civil».

En relación con el problema del abuso del derecho, suscitado por la parte demandada, la sentencia le dedica los dos primeros «considerandos», que exponemos a continuación:

«Considerando que según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en la sentencia de 28 de noviembre de 1967, para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: Primero. Uso de un derecho objetiva o externamente legal. Segundo. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa

jurídica. Tercero. Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficio propio (sentencias de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963 y 12 de febrero de 1964), es decir, un *animus nocendi* o intención dañosa que carezca del correspondiente de una compensación equivalente (sentencia de 17 de febrero de 1958, 22 de septiembre de 1959 y 4 de octubre de 1961), no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (sentencias de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959, 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* (sentencias de 17 de abril y 17 de noviembre de 1965 y 12 de febrero de 1966), salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiere declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de *iuxta causa litigantis* (sentencias de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933 y 13 de junio de 1942).»

«Considerando que en el supuesto aquí debatido, fundada la violación del principio expuesto del abuso del derecho en una desviación de poder de la entidad actora por acto administrativo y no probada la inexistencia de justa *causa litigantis*, necesariamente parece el motivo examinado.»

OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA DE VENTA. LUCES Y VISTAS. FALTA DE PRECISION Y CLARIDAD DEL MOTIVO DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Don Víctor V. N. demanda a don Eduardo Martínez Arango, al que había comprado una lonja comercial en documento privado, para que otorgue la escritura pública correspondiente en el modo y condiciones que figuran en el documento privado de compraventa. El demandado formula reconvencción para que se condene al actor a cerrar los huecos de la pared este de dicha lonja, que lindaba con un patio de su propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Bilbao estima la demanda y, al mismo tiempo, la reconvencción. El actor interpone recurso de apelación y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revoca la sentencia del Juzgado en lo relativo a la reconvencción, desestimando totalmente ésta y manteniendo en lo demás la sentencia de Instancia.

El demandado interpone recurso de casación por «violación y aplicación indebida de los artículos 581 y 582 del Código civil», entre otros motivos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero no expresa con la precisión y claridad exigidas por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el concepto en que, a juicio del recurrente, han sido vulnerados los artículos 581 y 582 del Código civil, dado que en su encabezamiento se dice que ambos lo han sido por ‘violación y aplicación indebida’, conceptos incompatibles entre sí, y el mismo termina con la alegación de que ‘se ha violado el artículo 581 por no aplicarse, infringiendo, por aplicación indebida, el artículo 582’; pero aunque pudiera prescindirse de este defecto procesal en la formulación, tampoco podría prosperar el motivo, porque se basa en una interpretación del contrato privado de compraventa de

6 de abril de 1963, contrario a la objetiva e imparcial del Tribunal *a quo*, sin haberla atacado previamente en la forma adecuada.»

TERCERIA DE DOMINIO: DESESTIMACION DEL RECURSO DE CASACION EN ATENCION A LOS HECHOS DADOS COMO PROBADOS POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Una sociedad anónima en vías de disolución interpone demanda de tercera de dominio, por medio de sus liquidadores, ante el embargo trabado por don Eduardo P. R. contra don Félix M. sobre un negocio de distribución de energía eléctrica con sus elementos integrantes, suplicando se dicte sentencia declarando que el citado negocio es de propiedad de la actora, por lo que se debe alzar el embargo trabado.

Don Eduardo P. R. contesta que la sociedad demandante no prueba su derecho de dominio, siendo insuficientes los datos del Libro de Inventarios de la sociedad, de fecha muy antigua, así como el contrato por el que la repetida compañía arrendó al embargado el negocio de distribución de energía eléctrica, ya que siendo arrendatario dicho señor realizó ampliaciones muy importantes en los servicios de distribución de energía eléctrica, pero no como arrendatario, sino actuando en su propio nombre y solicitando él directamente la correspondiente autorización de la Delegación Provincial de Industria. Por todo ello, el demandado entiende que el actor no prueba su derecho de propiedad en el negocio y mucho menos sobre la totalidad de los diferentes elementos que actualmente lo integran.

El Juzgado de Primera Instancia de Cáceres estimó la demanda declarando que los bienes embargados eran de propiedad de la sociedad tercerista. Esta sentencia fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

El demandado interpone recurso de casación insistiendo en la falta de propiedad de la parte actora, alegando también error de hecho en la apreciación de la prueba y, en todo caso, que los bienes muebles e instalaciones que aportó el embargado al negocio no pertenecían a la sociedad, por ser susceptibles de separación del negocio al que se hallaban incorporados, sin que por ello haya lugar a la accesión que declaran las sentencias de Instancia y Apelación.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que... debe recordarse la doctrina de esta Sala que proclama que los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida han de respetarse y sólo pueden ser combatidos cuando, a través del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se demuestre que el Juzgador ha incurrido en error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, resultante el primero de documentos auténticos, que de manera patente, sin necesidad de razonamientos, hipótesis o conjeturas, demuestren la equivocación del Juzgador, y el segundo, por la infracción de una norma valorativa de la prueba (sentencias de 24 de febrero de 1942, 23 de marzo de 1945 y 7 de julio de 1967), y sentada esta doctrina debe observarse que lo que el recurrente intenta es exclusivamente combatir el valor de los documentos que ha tenido en cuenta el Juzgador de Instancia, haciendo así un nuevo examen de la prueba, sólo adecuado en una nueva Instancia, mas no en este extraordinario recurso; en segundo término, que no atribuye a los documentos que cita el carác-

ter de auténticos, indispensable para su eficacia, naturaleza de la cual, en suma, carecen, conforme a la doctrina de esta Sala, ya que han sido apreciados e interpretados por el Tribunal sentenciador, y, finalmente, que ninguno podría demostrar de la forma evidente que la doctrina antes citada requiere el error que pretende el recurrente, pues incluso de ellos aparece que éste ha reconocido de modo reiterado el derecho de propiedad de la sociedad actora sobre los bienes objeto del pleito, razones que conducen a la desestimación de los otros dos motivos del recurso que se examinan.»

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

CLAUSULA PENAL. INTERPRETACION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1971).

El demandado, don Luis Segura Marzo, era contratista de obras y se le había confiado por una entidad la construcción de una planta extractora de semillas oleaginosas. La actora, Burner, S. A., dedicada fundamentalmente a realizar instalaciones de fontanería, electricidad y servicios sanitarios en edificios para viviendas, oficinas y locales comerciales, subcontrató, en 7 de abril de 1964, con el demandado la instalación de los montajes mecánicos de la planta extractora a que éste estaba comprometido. En la cláusula quinta del subcontrato se establecía que la actora «tendrá como penalidad o premio 10.000 pesetas por cada día de demora o adelanto de la fecha de terminación (30 de septiembre de 1964) fijada para este contrato». Las obras de montaje se llevaron a cabo puntualmente y el demandado resultó deudor a la actora de un saldo de 400.000 pesetas; sin embargo, se negaba a pagarlas, porque se había visto él obligado a satisfacer al *dominus operis* principal una cláusula penal por demora, de la que quería hacer partícipe, en virtud de la cláusula quinta, antes citada, al subcontratista. Las tres instancias acogen la reclamación del saldo por la actora y el Tribunal Supremo justifica su fallo diciendo que «es ociosa la cuestión planteada en el motivo primero, ya que discurre sobre la base equivocada de que la obra a cuya terminación se refiere la cláusula transcrita (la quinta) es la que fue objeto del contrato celebrado por el demandado con un tercero» y no la que subcontrató el demandado con la actora.

CONSTITUYE UNA «VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE» AL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE EDICION EN EXCLUSIVA LA PUBLICACION DE UN NUMERO INFIMO DE OBRAS EN DES-PROPORCION CON LA ABUNDANTE PRODUCCION LITERARIA DEL AUTOR. NO HAY DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA SI EN EL SUPlico SE DESIGNA UN NOMBRE COMERCIAL QUE IDENTIFICA, SIN LUGAR A DUDAS, AL DEMANDADO (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1971).

Los actores, don Julio y don Pío Caro Baroja, eran los únicos herederos de los derechos de propiedad intelectual que había ostentado su tío, el ilustre novelista don Pío BAROJA NESSI. Sin embargo, éste había otorgado en 1953, antes de fallecer (1956), un contrato con Editorial Planeta,

que entonces era propiedad de doña Teresa Bosch Carbonell, demandada en el presente pleito; en ese contrato, en el que intervino en representación de la Editorial el marido de la demandada, don José Manuel Lara Hernández, el famoso escritor concedía a la Editorial el derecho de «publicación por separado de toda su producción literaria». La Editorial publicó escasas obras del novelista por pesar, argüía ella, una general censura sobre la producción de éste. Los actores, como herederos de la propiedad intelectual, concertaron algunos contratos de edición de obras sueltas con otras casas editoras, y en 1966 demandan a doña Teresa Bosch Carbonell pidiendo en el suplico que el supuesto contrato con Editorial Planeta debía considerarse nulo y subsidiariamente resuelto por incumplimiento, en razón a que había dejado de publicar las obras a que se comprometió y a que había traspasado sin consentimiento de los actores el contrato de edición a «Editorial Planeta, S. A.», nueva entidad que había sustituido a la empresa individual que giraba con ese nombre. El Juez de Primera Instancia desestima la pretensión, que, sin embargo, es acogida por la Audiencia, dejando a salvo de sus pronunciamiento a «Editorial Planeta, S. A.», que no había sido demandada. Recurre la señora Bosch, alegando defecto legal en el modo de proponer la demanda e interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y doctrina legal concordante, pues ni había voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, en razón a que debía a la censura, ni podían instar la resolución quienes, a su vez, habían incumplido contratando con otras editoriales. El Tribunal Supremo, siendo ponente don Jacinto García-Monge y Martín, desestima el recurso sobre la base de la doctrina contenida fundamentalmente en su primero y cuarto considerandos:

Considerando que dictada sentencia que estimando, en parte, la demanda declara que el contrato de edición celebrado entre don Pío BAROJA NÉSSI y Editorial Planeta, de fecha 18 de diciembre de 1953, ha quedado resuelto por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones, desestimando las restantes peticiones de la parte actora, se alza contra la misma el recurso, cuyo primer motivo, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la LEC, denuncia, como vicios de la sentencia, la no aplicación del artículo 533, número 6, de la Ley Procesal Civil y la interpretación errónea del artículo 524 de dicho texto legal, en relación ambos preceptos con la doctrina de esta Sala, basado en no acoger la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, puesto que ésta se dirige exclusivamente contra doña María Teresa Bosch Carbonell, que era propietaria de la empresa Editorial Planeta; pese a ello, nada interesa contra la expresada señora, y ha de oponerse a dicho fundamento que si bien en el suplico de la demanda no se designa a la referida señora Bosch Carbonell, la denominación de Editorial Planeta, que era el nombre comercial del negocio, identifica, sin dejar lugar a duda alguna, la persona contra la cual se dirige la súplica de la demanda, pues el mencionado nombre actúa como elemento identificador, en armonía a la doctrina de esta Sala, que declara que el título o lema tiene la expresada significación, por lo que ha de concluirse afirmando que no existe el vicio que el motivo denuncia y debe ser éste desestimado.

Considerando que el quinto de los motivos, seguido por la vía procesal del número 1 del artículo 1.692 de la LEC, se funda en que la resolución recurrida ha cometido el vicio de interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y violado la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias que cita, que proclaman que sólo cabe la resolución del contrato cuando es patente una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o bien un hecho obstativo, que de un modo absoluto, definitivo e irreformable, lo impida, y, por último, la doctrina que declara que no procede la resolución de un contrato bilateral a petición de una

de las partes si ésta, a su vez, incumplió las obligaciones a su cargo, y debe oponerse al motivo que se examina que afirmados por el Tribunal hechos de los que al ser valorados le conducen a declarar la existencia del incumplimiento del contrato por la parte demandada, tales hechos no han sido combatidos por el cauce procesal obligado del número 7 del artículo 1.692 de la LEC; en segundo término, que sentado por dichas afirmaciones fácticas el número de expedientes de autorización de edición de obras del autor durante la vigencia del contrato, es patente su desproporción con la abundante producción literaria del mismo, lo que hace inaplicable la doctrina legal invocada en primer término, y, por último, que falta en la sentencia recurrida base fáctica relativa a la existencia de incumplimiento de sus obligaciones por los demandantes, lo que conduce a declarar asimismo la inaplicación de la doctrina que se invoca, razones por las cuales debe el motivo ser desestimado.

RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE UNA CLÁUSULA DE NO DISPONER DEL OBJETO COMUN SIN CONOCIMIENTO DE LA OTRA PARTE. SI EL RETARDO ES INTRASCENDENTE Y ACEPTADO NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO. INTERPRETACION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1971).

El conocido productor y director cinematográfico don Manuel Summers realizó un contrato privado con «Productores y Exhibidores Films, Sociedad Anónima» (PEFSA), por el cual acordaban producir una película escrita y dirigida por el primero. Ambas partes se obligaban a sobre llevar los gastos al 50 por 100, proporción en la que deberían participar también de los beneficios que de la comercialización de la cinta se obtuvieran. Respecto a dicha comercialización, el contrato contenía una cláusula, la decimocuarta, que literalmente decía: «Una vez obtenida la copia standard de la película, cualquiera de las dos partes (PEFSA y 'Paraguas Films', de quien es director propietario don Manuel Summers Rivero) podrá iniciar gestiones de venta o distribución, tanto para España como para el extranjero. Cuando una de las partes tenga una proposición que considere ventajosa se lo comunicará a la otra, que tendrá la posibilidad de aceptarla o pedir un plazo de treinta días hábiles para tratar de conseguir una oferta mejor. En caso de no haberla conseguido se firmará por ambas partes la oferta propuesta, y de conseguirlo, se formalizará la nueva proposición más ventajosa.»

La película se concluyó con retraso respecto al plazo contractualmente previsto, pero PEFSA no hizo objeción alguna al coproductor y director, señor Summers. En cambio, sí procedió unilateralmente—sin el concurso de éste—a solicitar de la competente autoridad administrativa la oportuna licencia de exhibición, y visto el escaso éxito del film cedió—siempre unilateralmente—los derechos de exhibición en exclusiva a una firma distribuidora, con lo que contravino el tenor de la cláusula antes transcrita en orden al procedimiento de comercialización de la película. A la vista de ello, el señor Summers solicitó la resolución del contrato por incumplimiento y la devolución de la suma aportada por él con sus intereses.

La demanda es estimada por el Juez de Primera Instancia, pero revocada por la Audiencia. Recurre Summers alegando defectuosa interpretación de contrato, olvido del valor vinculante de éste e incorrecta aplicación del artículo 1.124.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel Lojo Tato, casa la sentencia de la Sala y en su segundo fallo confirma en todas sus partes la de Primera Instancia.

Considerando que el primero de los motivos de este recurso se ampara en el ordinal primero del artículo 1.692 de la LEC, acusándose en él la infracción por violación del artículo 1.281 del Código civil, por estimar la parte recurrente que en la sentencia que se impugna, en la que se parte de la aceptación y vigencia del contrato básico de este litigio de fecha 1 de marzo de 1965, al contemplar el contenido de la estipulación decimocuarta se le da un sentido ilógico con vulneración de dicha norma de hermenéutica.

Considerando que la interpretación o exégesis de la mencionada cláusula viene a constituir la temática esencial de la controversia litigiosa y en relación con la producción y comercialidad de la película cinematográfica a la que en el contrato de mención se refiere y a los actos dispositivos de cesión a tercero para su exhibición, venta o explotación, textualmente se establece (se reproduce la cláusula antes transcrita).

Considerando que, evidentemente, los términos en que está extendida esta cláusula son claros y precisos y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, conforme está previsto en el primer párrafo del artículo 1.281 del Código civil y cual sostiene la parte recurrente, sin que en modo alguno pueda tildarse su contenido de antifolológico, pues siendo las partes contratantes copropietarias de la película en cuestión, en la cláusula comentada se armonizan los recíprocos derechos de las mismas, posibilitando la facultad de iniciar gestiones de venta y distribución en forma independiente; pero está claramente estipulado que si alguna de las partes lograra alcanzar alguna «proposición ventajosa» surgía entonces la obligación de comunicarlo a la otra, la cual podía hacer uso de la facultad de aceptarla o bien tratar de conseguir dentro del plazo de treinta días hábiles una oferta mejor, y, a la postre, bien aceptada la oferta primera o bien la mejorada dentro del plazo señalado, constituía esa aceptación la base necesaria e inexcusable para determinar el acto dispositivo, con intervención siempre y con la firma de ambas partes contratantes, siendo esa cláusula esencial para la correcta comerciabilidad de la película; pero, en consecuencia, lo que en modo alguno resultaba permisible es que, prescindiendo de lo así pactado y sin poner la oferta obtenida en formal conocimiento de la otra parte, se concierte con una tercera persona o entidad, en firme, sobre la transmisión, explotación y distribución de la película, arrogándose el contratante incumplidor el poder de disposición absoluto sin contar con la otra parte y obrando cual si fuera dueño exclusivo de la producción, disponiendo de la película como único propietario de la misma, estableciendo así una situación nueva, en principio, irreversible, al realizarse en exclusiva la transmisión de la distribución y explotación comercial del film a favor de un adquirente de buena fe, transmisión que consta convenida en la escritura de 2 de febrero de 1967, en la que PEFSA, como entidad productora, manifiesta poseer la plena disposición, libre de carga, de los derechos de explotación para el territorio español de la película cuestionada, acto que no se ha atendido, desde luego, a lo convenido en el contrato básico, con transgresión de una cláusula contractual esencial que quedó incumplida notoriamente, siendo consecuencia de lo expuesto que la Sala de Instancia, al no entenderlo así, ha sostenido una interpretación ilógica de la cláusula decimocuarta, que no puede prevalecer por no ajustarse a los términos claros y precisos de lo realmente convenido, razones por las que debe prosperar el motivo primero del recurso y con él también el segundo, íntimamente relacionado con el anterior al haberse infringido por inaplicación el artículo 1.091 del Código civil, pues es obvio que, a tenor de lo estipulado en la mencionada cláusula, la empresa demandada, PEFSA, antes de perfeccionar contrato alguno como el que llevó a cabo venía en la obligación de comunicar la propuesta de «Delta Films, S. A.».

sin atribuirse, cual lo hizo, la plena facultad de disposición de la película, por lo que es claro que la sociedad demandada, hoy recurrida, no ha cumplido sus obligaciones con sujeción a los términos del contrato, que tenía fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo cumplirse las obligaciones nacidas de él a tenor del contrato mismo...

Considerando que en el motivo tercero, acogido a la misma vía procesal que los precedentes, se aduce la interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y de la doctrina legal contenida en las sentencias que se mencionan, argumentando el recurrente que la resolución que se impugna da como probado que el señor Summers Rivero (o sea, el accionante) estaba obligado a que la copia standard de la película se tuviese en disposición, a lo sumo, el 25 de julio de 1965, y que dicha copia no se tuvo hasta el 5 de febrero de 1966, estimando la Sala de Instancia que, a tenor del artículo 1.124 del Código civil y doctrina jurisprudencial aplicable, carece de facultad el demandante para resolver el contrato; mas debe señalarse que a una abierta, clara y deliberada infracción contractual, la Sala viene a oponer un parcial incumplimiento por no haberse aportado la copia standard dentro del tiempo establecido en la cláusula segunda del contrato, en la que se estipulaba: «La película cuya parte documental ya se ha iniciado comenzará a rodarse en su parte argumental el día 15 de marzo y su copia standard definitiva se obtendrá, como fecha máxima el 15 de julio del año actual», y siendo de notar que la mentada copia se produjo y fue entregada efectivamente, aunque existiese retardo en su entrega, por causa que no consta especificada; pero esa tardanza, además, no provocó reclamación alguna por parte de PEFSA ni fue obstáculo para que ésta, aun faltando a lo convenido, dispusiese de ella, sin previa reclamación ni protesta alguna, acusando la intrascendencia del retardo la propia parte demandada, ahora recurrida, según lo que paladinamente se expresa al respecto en su escrito de súplica, y si bien es constante doctrina jurisprudencial de esta Sala que la acción resolutoria sólo corresponde al perjudicado, que, por su parte, cumplió lo que le incumbe y sufre el incumplimiento de las obligaciones del contrario, ello no obstante, no cabe aplicar con tanto rigor esa doctrina, de modo que cualquier clase de incumplimiento circunstancial e intrascendente, máxime cuando ha sido consentido o aceptado, sirva para enervar una acción resolutoria, fundada ésta en un incumplimiento claro y deliberado de una cláusula esencial, por lo que el retardo aludido carece a todas luces de entidad para impedir u obstaculizar el ejercicio de la acción resolutoria invocada por la parte actora, debiendo ser estimado, en consecuencia, el motivo tercero del recurso, ya que existe infracción del artículo 1.124 del Código civil y doctrina aplicable.

Esta interesante sentencia presenta dos partes claramente diferenciadas: en la primera, considera incumplido el contrato por PEFSA y acoge la resolución instada por el actor, y en la segunda, rechaza el pretendido incumplimiento en que éste habría incurrido y que le inhabilitaría, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, para pedir aquella resolución.

Al juzgar sobre esta segunda cuestión, nuestro más alto Tribunal aprecia con todo acierto que «no cualquier clase de incumplimiento circunstancial e intrascendente, máxime cuando ha sido consentido o aceptado, sirve para enervar una acción resolutoria». En efecto, no se ha frustrado el fin empírico perseguido por las partes por el hecho de que la copia standard de la película se entregase con unos meses de retraso y, por tanto, no puede ampararse en ello la demandante para justificar el incumplimiento suyo. En este punto, la presente sentencia se halla en línea con otras muchas que sientan semejante conclusión (sentencias de 5 de enero de 1935 y 12 de abril de 1945, entre otras).

En cambio, lo que ya no resulta tan palmario es la solución ofrecida al primer problema, el del incumplimiento de PEFSa. Ante todo, se impone una labor de calificación. ¿Qué naturaleza presentaba el convenio de producción filmográfica concertado entre actor y demandada? El Tribunal Supremo, que no se plantea la pregunta, llega a decir incidentalmente que los dos litigantes eran «copropietarios» de la cinta, pareciendo apuntar que estamos ante un supuesto de comunidad convencional. Sin embargo, particularmente estimo que estamos ante una figura de indudable carácter asociativo, ante una sociedad, en suma. En efecto, concurren todos los requisitos previstos en los artículos 1.665 del Código civil y 116 del Código de Comercio: pluralidad de partes, aportaciones (que en este caso eran heterogéneas, pues Summers se obligaba a entregar parte en metálico y parte en actividad directiva) y ejercicio de una actividad productiva cuyas ganancias habían de ser objeto de reparto (requisito en el que va implícita, para los que la crean necesaria, la debida *affectio societatis*). Es cuestión marginal, pero pletórica de interés, el dilucidar si se trata de una sociedad civil o mercantil, lo que nos obligaría a descender al concepto mismo de acto de comercio, pues sería necesario precisar si la producción de una película constituye una operación de mediación o intercambio de servicios en el mercado (31). Por no creer en la distinción que apunto y por estimar con GIRÓN (32) que la sociedad civil representa el tipo genérico de sociedad al que se reconducen todos los supuestos que no encajen específicamente en otras, figuras típicas (anónima, colectiva, etc.), me inclino a creer que el contrato que calificamos era un contrato de sociedad civil, válido por su forma (artículos 1.669 y 1.280 *in fine* del Código civil) y dotado dudosamente de personalidad, según hubiesen mantenido o no secreta la colaboración al contratar con terceros. El fondo común, constituido por metálico y actividad, fue subrogado, a medida que se rodaba el film, por un celuloide cuya complejísima naturaleza aún está por dilucidar (confluyen en él, aparte otros ingredientes, todos los problemas de las obras de ingenio, pero multiplicados, por ser múltiples los derechos de autor hacinados en la cinta). Entonces, sobre ese fondo común, uno de los socios efectúa un acto de disposición unilateral, siendo así que en el contrato fundacional se había estipulado una prevención en este sentido muy parecida a la contenida en el artículo 1.694 del Código civil. La cinta se cede a una distribuidora mediante un contrato de exhibición en exclusiva (cuya naturaleza, ¿arrendamiento?, ¿contrato atípico?, también está reclamando atención), y quizá por aplicación de la ley de transmisibilidad de los bienes muebles (art. 464 del Código civil), el Tribunal parece considerar irreivindicables los derechos sobre aquélla.

Todo este largo excursus calificador, de búsqueda de naturalezas jurídicas, por desgracia aún harto imprecisas, tiene como finalidad permitir la más clara aplicación del Derecho: en efecto, la obligación fundamental que un contrato de sociedad genera es la de aportar lo prometido. Parece entonces que sólo la contravención de esa obligación capital puede justi-

(31) *Vide* sobre el debatido problema de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, en el que no puedo ahora, en sede tan dispar, profundizar, CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales", separata de la *R. G. L. J.*, Ed. Reus, Madrid, 1929; GIRÓN TENA: "Sociedades civiles y sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho comparado", en la *RDM*, 1946, pág. 345; el mismo: "Sociedades civiles y sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho español", en la misma Revista, 1947, pág. 7; el mismo: "Sobre los conceptos de sociedades en nuestro Derecho", en *R. D. P.*, 1954, páginas 369-403; el mismo: "Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos civil y de comercio y sus relaciones", en volúmenes del *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, vol. IV, Madrid, 1963, págs. 1 a 96; AZURZA: "Problemas de la sociedad civil", en *ADC*, tomo V, fascículo 1.º, enero-marzo 1952, pág. 125; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ: "Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas", en *R. D. M.*, enero-marzo 1956, págs. 51-98.

(32) GIRÓN TENA, *opera citata*, *passim*.

ficar la resolución (¿parcial?, ¿total?) del contrato ex artículo 1.124 del Código civil. Si uno de los socios dispone indebidamente del fondo común podrá dudarse de la validez del acto (art. 1.694), y se podrá, si éste es inatacable, solicitar—y probar, no se olvide—la indemnización de daños y perjuicios (por la vía del 1.686 o, en último término, del 1.101), pero no parece muy justificable que se resuelva el contrato social y se ordene la restitución de la íntegra aportación al actor. El señor Summers debió haber demostrado—lo que le hubiera sido muy difícil dado el poco éxito de la película—que el comportamiento desleal de su socio le había hecho perder tal o cual ventajosa oferta de otra firma distribuidora. De no conseguirlo parece más equitativo hacerle disfrutar, en la proporción establecida, de los escasos beneficios que el film fuera produciendo que no exonerarle, por la vía inadmisible de la resolución, de todas las pérdidas que el álea cinematográfica había acarreado a la sociedad.

LA VENTA PREVIA DE PARTE DEL MOBILIARIO NO TRANSFORMA UN ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA EN ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO. LA FALTA DE RECIPROCIDAD ECONOMICA DE LAS OBLIGACIONES NO DETERMINA LA ILICITUD DE LA CAUSA NI LA RESCISION POR LESION (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1971).

La Sociedad Anónima Industrias de Espectáculos (S.A.I.D.E.) contrató separadamente con don Elpidio Sánchez Marcos, por una parte, y con «Edificio España, S. A.», por otra, el arrendamiento de dos industrias de exhibición cinematográfica que, respectivamente, les pertenecían. Los convenios eran de casi idéntico contenido, pues no en vano eran muy estrechas las relaciones entre los dos arrendadores. Antes que comenzaran a regir los arrendamientos se celebraron otros dos contratos, ahora de compraventa, cuyo objeto era una parte importante del mobiliario y enseres de las dos salas de proyección. En los arriendos se habían incluido sendas cláusulas de revisión de renta, tendentes a paliar los efectos de la depreciación monetaria de las mercedes. Cuando estas cláusulas comenzaron a operar, la sociedad arrendataria pretendió, de un lado, que los arrendamientos eran de local de negocio y, por tanto, sujetos a la LAU, y no de industria, exentos de ella, pues al adquirirse en propiedad parte del mobiliario, ya no se recibía una organización con vida propia y en funcionamiento, y de otro, que las citadas cláusulas revisorias eran contrarias a la moral por excesivamente antieconómicas para una de las partes contractuales. Primera Instancia acogió, en parte, la demanda, pero la Audiencia Territorial revoca el fallo y estima parcialmente las reconveniones mediante las que se reclamaban los aumentos pactados y otros pedimentos varios. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Sala, reiterando, una vez más, su doctrina interpretativa de la distinción entre arrendamiento de industria y de local de negocio.

Considerando que la sentencia recurrida, con base en los hechos aceptados por los litigantes o acreditados en debida forma durante el proceso, sienta, en síntesis, como probado que bastantes años antes de los contratos discutidos, los demandados fundaron los negocios de exhibición de películas de los cines a que estas actuaciones se contraen, en locales de su propiedad, en los que incorporaron los elementos materiales fijos y adecuados para el desenvolvimiento de dichas industrias que organizaron, dándoles una denominación comercial y poniéndolas en explotación, con lo que consiguieron prestigio, renombre y clientela y alcanzaron un elevado rango entre los de su clase, hasta que en 7 de agosto de 1964 con-

certaron dichos contratos y en 1 de septiembre siguiente la actora «sucedió a los demandados en ambas explotaciones, vivas y en funcionamiento, después de entrar en posesión de los indicados elementos materiales, conservando la estructura, la organización y la forma de explotación antiguas, con los mismos nombres comerciales, los mismos empleados, los mismos números telefónicos, las películas ya contratadas con las casas distribuidoras y los contratos de seguros, publicidad, bar o ambigú, etc., en cuyos derechos y obligaciones de los antiguos empresarios se subrogó, todo ello sin solución de continuidad, hasta el punto de no advertirse públicamente de inmediato el cambio de titular, sin que la arrendataria estableciera su propio negocio ni tuviera que organizar nada que no lo estuviera ya desde bastante años antes por la actividad inteligente y laboriosa del arrendador».

Considerando que los hechos anteriormente expuestos demuestran con toda claridad que el objeto de los contratos de arrendamiento de 7 de agosto de 1964 lo constituyeron las industrias de cinematógrafo que en ellos se describen y no los locales donde estaban instaladas, por haberse entregado a la recurrente el goce de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento, que son los requisitos indispensables, según la jurisprudencia de esta Sala, para que sea de apreciar la existencia de la unidad patrimonial con vida propia, a que se refiere el párrafo primero del artículo 3 de la Ley de 11 de junio de 1964..., sin que a ello obste el que por documentos privados de la misma fecha se transmitieran en propiedad a la demandante determinados bienes muebles integrados en los cinematógrafos, entre los que se encontraban las butacas y aparatos de proyección de películas, porque respecto a las primeras, como dice la sentencia de 4 de marzo de 1966, cualesquiera que fueran los pactos sobre ellas, quedaron afectas, hasta el final del contrato, al servicio ininterrumpido de la industria y su enajenación no alteró la calificación jurídica del arriendo concertado, y en cuanto a los segundos, debe llegarse a la misma conclusión, siempre que, como aquí sucede, quedaron en vigor los demás elementos esenciales de la industria, como la organización y nombre comercial..., sobre todo si el arrendatario se obligó a no sustituir éste y se hizo cargo de los contratos y seguros subsistentes, circunstancias todas ellas que obligan a considerar el objeto de la locación como de industria..., sin que en forma alguna pueda encuadrarse en el número segundo del citado artículo 3, por no haber establecido la recurrente, en los referidos locales, su propio negocio y haberse limitado a continuar el anteriormente instalado por el arrendador...

Considerando que... la sentencia recurrida, al declarar válidas las cláusulas cuartas de dichos contratos, en las que se establece un sistema de revisión de rentas para poder aumentarlas en proporción al índice en que el valor de la peseta se vaya depreciando, según los módulos que fije el Instituto Nacional de Estadística, no incurrió en la violación del artículo 1.255 del Código civil, cual se pretende en el motivo, sino que le aplicó correctamente, puesto que ni tales pactos son contrarios a la moral, ni provocan la ruptura del equilibrio de las prestaciones estipuladas por los contratantes, ni semejante armonía o proporción entre ellas es indispensable para su validez, ya que, como dice la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 1947, la falta de reciprocidad económica de las obligaciones convenidas y la consiguiente lesión para alguna de las partes no determina en nuestro Derecho, con arreglo al artículo 1.293, la ilicitud de la causa, ni siquiera su rescisión fuera de los casos señalados por la Ley, sin que a estos efectos quepa acoger la doctrina consignada en la juris-

prudencia citada por la recurrente, por referirse 'la misma a supuestos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

NO HA LUGAR A LA INDEMNIZACION DE DAÑOS PRODUCIDOS EN COLISION DE VEHICULOS SI LA CULPA ES IMPUTABLE UNICAMENTE AL PERJUDICADO (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1972).

Don Herminio Miguélez Montero, que conducía un motociclo por una carretera de Orense, entró en colisión, a la altura de una curva de escasa visibilidad, con un turismo Seat 1.500, conducido por don Manuel Gil Novoa y amparado por el correspondiente seguro obligatorio expedido por la Agrupación Mutual de Seguros de Automóviles (MUNAT). De la colisión resultó lesionado don Herminio Miguélez con heridas que tardaron en curar setecientos días y de las que quedó como secuela incapacidad permanente, consistente en limitación funcional de la rodilla y tobillo izquierdos en un 50 por 100 de lo normal. En el juicio de faltas incoado para dilucidar la responsabilidad penal a que hubiese lugar, se condenó a las dos partes a sendas multas y al conductor del Seat, además, a una indemnización de 165.000 pesetas; pero recurrida la sentencia, el Juez de Instrucción la revoca, manteniendo sólo la condena impuesta al motociclista. Este inicia entonces, bajo beneficio de pobreza, un proceso civil para reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pero las tres Instancias absuelven al demandado sobre la base de que «el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula se produjo por culpa imputable exclusivamente al actor, cual así resulta claro y lógicamente deducido de la prueba aportada a los autos». Como el fallo se resuelve, pues, en una mera cuestión de hecho, no parece de gran interés reproducir el único considerando de esta sentencia.

J. M. R. P.

RECLAMACION DE CANTIDAD: EL JUZGADO COMPETENTE EN LA ACCION PARA RECLAMAR DAÑOS Y PERJUICIOS DEBE SER EL DEL LUGAR DONDE SE PRODUJERON. LA VALORACION DE LA PRUEBA HA DE SER CONJUNTA, SIN DAR PREFERENCIA A UN MEDIO SOBRE LOS DEMAS (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Por un convenio de 5 de noviembre de 1968, el demandante—propietario—y el demandado—constructor—acordaron la realización de obras de reparación del hotel del primero, las cuales debían efectuarse en un plazo de dos meses, comprometiéndose el constructor a abonar una cantidad diaria como indemnización si no se concluyesen en ese plazo. No realizadas tales obras a satisfacción del propietario, éste requirió notarialmente, el 24 de febrero siguiente, al constructor, entablando querella criminal posteriormente, que se sobreseyó en la Audiencia Provincial por ser civil el asunto y no penal. Se tasaron los daños causados por un arquitecto, dentro del procedimiento penal, en 401.800 pesetas, y se entabló la correspondiente demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarancón. El demandado contestó que en el contrato relativo a las reparaciones se estipuló que para la recepción de la obra se estaría a la certificación expedida por el arquitecto-director, cuya certificación fue expedida en

8 de febrero de 1969, siendo, por tanto, absurda la alegación de daños hecha por el actor, ya que las reparaciones convenidas se hicieron con la diligencia debida, sin que haya intervenido tampoco el demandado en la fijación de los daños. Opuso también la excepción dilatoria de incompetencia del Juzgado, ya que debía corresponder al de Cuenca, domicilio del deudor, conforme al artículo 62, regla 1.ª, de la LEC. El Juez de Tarancón admitió esta excepción de incompetencia y no entró en el fondo del asunto.

Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial revocó la del Juez estimando la demanda interpuesta, condenando al demandado al pago de los daños que se determinen en la ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación, la Sala lo admite sólo en cuanto a los motivos primero y tercero. El primero, relativo a la excepción de incompetencia, por estimar el recurrente que debe ser competente el Juzgado del domicilio del deudor, por tratarse de pago de cantidad como indemnización de daños, dimanante del contrato primitivo de construcción entre ambas partes y no del convenio posterior de 1968. El tercero, por error de derecho, al apreciar el contenido y fuerza probatoria del convenio referido sin tener en cuenta la certificación del arquitecto-director de la obra, puesto que la responsabilidad debe ser del técnico, limitándose el constructor a seguir las instrucciones de su principal, sin que la sentencia recurrida diera valor a tal certificación.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Federico Rodríguez-Solano Espín, rechaza el recurso. En cuanto al motivo primero, porque la jurisprudencia de la Sala atribuye la competencia en las acciones para pedir indemnización de daños y perjuicios al lugar donde éstos se produjeron, y las relativas al incumplimiento de obligaciones, al de la población donde debieron llevarse a cabo, situaciones ambas en que se encuentra la ejercitada en este caso. En cuanto al tercero, porque ni los artículos 1.091 y 1.256 del Código civil, que se dicen violados, contienen reglas sobre valoración de la prueba, ni el Juez de Instancia desconoció la eficacia de la certificación del arquitecto, sino que la estimó en conjunción con las demás pruebas extrayendo las consecuencias oportunas, lo que se combate en el recurso sin fundarse en ninguna de las reglas de hermenéutica de los artículos 1.281 al 1.289 de nuestro primer Cuerpo legal.

CONTRATO DE CORRETAJE: PARA PERCIBIR SUS HONORARIOS EL AGENTE-CORREDOR HA DE CUMPLIR LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL DECRETO DE ABRIL DE 1951, QUE HACEN QUE EL CONTRATO DE CORRETAJE NO SEA PURAMENTE CONSENSUAL (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Un Agente de la Propiedad Inmobiliaria interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de La Roda contra un matrimonio y sus hijos, reclamando el pago de los honorarios correspondientes a la gestión para la venta de una finca que decía ser de la propiedad de aquéllos, que le habían encargado a él, dispensándoles de rellenar el impreso correspondiente debido a la amistad que les unía. Habiendo hallado compradores para tal finca y llegado a un acuerdo con ellos, fue grande su sorpresa al ver que los vendedores habían realizado la venta a otras personas, por lo que reclamaba el importe del corretaje pertinente a aquellos que le dieron el encargo, renunciando al que hubiese podido exigir a los frustrados compradores. La contestación se basó en que la finca era de la madre solamente y no de los restantes demandados, sin que aquélla le hubiese encargado la venta al actor, por lo que no pudo formalizar docu-

mento alguno ni constaba su conformidad con el precio y condiciones que había fijado el Agente para la venta, habiendo reconocido él mismo en una visita a dicha señora su pleno dominio de la finca.

El Juzgado estimó la demanda en parte, condenando al marido de la propietaria a pagar la comisión y absolviendo a los demás demandados. La Audiencia Territorial de Albacete modificó la sentencia anterior, condenando a la esposa a pagar al Agente sus honorarios.

El recurso de casación por infracción de ley se fundó, sobre todo, en que la finca era parafernial, sin que la representación del artículo 60 del Código civil alcance al extremo de que pueda el marido encargar un corretaje sobre bienes parafernales sin conocimiento de la esposa propietaria. No consta tampoco la representación voluntaria dada por la mujer y sólo ella es la que tiene facultad de disposición de los mismos, conforme al artículo 1.387 del Código. Siendo de cuenta de la sociedad de gananciales (art. 1.408) las deudas y obligaciones del marido contraídas durante el matrimonio, no se puede hacer responsable sólo a la mujer de aquellas que no ha consentido ni ratificado expresamente.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Cantos Guerrero, da lugar al recurso con base exclusivamente en el incumplimiento por parte del Agente de la Propiedad Inmobiliaria de la normativa de su profesión, contenida en el Decreto de 6 de abril de 1951, que hace que este contrato de corretaje no sea puramente consensual. Como ha declarado esta Sala, en sentencia de 18 de junio de 1968, el cumplimiento de estos requisitos es lo único que justifica la intervención de tales corredores como garantía de las transacciones inmobiliarias, por lo que al no cumplirse en este supuesto debe ser acogido el recurso, denegando al corredor todo derecho a percibir honorarios, por lo que no hay necesidad de entrar en el estudio de los demás motivos del recurso, sin especial imposición de costas, según declara la segunda sentencia, de la misma fecha.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO HAY INCERTIDUMBRE EN EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO CUANDO EXISTE UN PLAZO FIJO PARA ELLO. NO PUEDE COMBATIRSE LA INTERPRETACION DEL JUEZ DE INSTANCIA CON APRECIACIONES UNIPERSONALES E INTERESADAS DE UNA DE LAS PARTES SIN QUE EXISTA INFRACCION DE LAS NORMAS DE INTERPRETACION, QUE SEÑALAN LOS ARTICULOS 1.281 Y SIGUIENTES DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1972).

El actor demandó a los hermanos Balcázar por incumplimiento de contrato de cesión de derechos hecho a uno de ellos—Francisco—, que decía contratar en nombre de «Producciones Cinematográficas Balcázar», optando, entre las dos facultades que concede el artículo 1.124 del Código civil, por la resolución del contrato con abono de intereses.

Se opuso el señor Balcázar alegando que carecía de legitimación pasiva en estas actuaciones. El Juez del número 7 de Barcelona dio lugar a la demanda, desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el deudor demandado, condenándole a pagar la cantidad fijada en el contrato y los intereses correspondientes desde que optó el actor por la resolución del contrato celebrado.

Confirmada la sentencia por la Audiencia de Barcelona, se entabló recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal basándose en que el contrato dependía de un suceso incierto y no era exigible su cumplimiento hasta que se diera la condición, así como por aplicación

indebida del artículo 1.124 del Código civil y de la doctrina legal del Supremo dictada para la aplicación del mismo.

El Alto Tribunal, siendo ponente don José Beltrán de Heredia, rechaza el recurso, ya que no existía incertidumbre por tratarse de un contrato con plazos fijos y, por tanto, a término, en el que para nada aparece la determinación accesoria de carácter voluntario que se alega como justificante de la falta de cumplimiento, por lo que no tenía que aplicarse un precepto referido a este tipo de obligaciones condicionales, concepto éste de condición distinto de las exigencias de orden legal que de modo prevalente, previo y fundamental complementan las declaraciones de voluntad de los que contratan, que fue el factor determinante y discutido en el supuesto examinado. Tampoco debe admitirse el segundo y último de los motivos formulados, ya que la declaración de incumplimiento hecha por la sentencia recurrida se combate con apreciaciones unipersonales e interesadas que no pueden prevalecer frente a las del Juez de Instancia, ya que no se denuncia infracción alguna de las normas relativas a la interpretación de los contratos, que se encuentran en los artículos 1.281 y siguientes del Código en tal sentencia, ni se presentan hechos distintos de los que resultaron probados para demostrar que no existió la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento que exige la doctrina jurisprudencial, poniendo de relieve en el recurso una mezcla de cuestiones jurídicas y fácticas incursas en la causa de inadmisión del número 9 del artículo 1.729 de la LEC, por lo que debe desestimarse el recurso en su totalidad.

ARRENDAMIENTO DE SOLAR: LA AUTORIZACION PARA EDIFICAR EL ARRENDATARIO DESNATURALIZA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SOLAR, POR LO QUE VENCIDO EL PLAZO FIJADO EN EL CONTRATO PROCEDE EL DESAHUCIO (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1972).

La Congregación de las Hijas de la Caridad arrendó, en 20 de diciembre de 1941, una porción de terreno por un plazo de veinte años con la facultad de edificar. Posteriormente, la Congregación vendió la finca al padre de la actual dueña, que se subrogó en todos los derechos del contrato. Vencido el plazo, continuó tácitamente. Siendo requerida notarialmente la arrendataria, manifestó que había fundado una sociedad limitada con otra señora, que se había subrogado en los derechos derivados del arrendamiento, requiriéndose a esta sociedad sin que se llegase a un acuerdo entre ambos, por lo que el arrendador presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Orense, que la desestimó. La Audiencia Territorial de La Coruña revocó esta sentencia condenando a la sociedad a desalojar la finca por finalización del plazo contractual.

Se interpuso recurso de casación con base, sobre todo, en la transformación del objeto del arrendamiento en un local de negocio sujeto, por tanto, a la Ley de Arrendamientos Urbanos y a la prórroga forzosa a favor del arrendatario.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Antonio Peral García, rechazó el recurso, ya que la calificación del contrato ha de retrotraerse a la fecha de constitución del arrendamiento sin que sufra modificación por la autorización al arrendatario para construir, siendo, por tanto, un arrendamiento de solar, ya que la autorización para edificar no llevaba en sí obligatoriedad, sino voluntariedad en su realización, ni se fijó renta adecuada para el local de negocio, por lo que queda clara la voluntad de las partes, que era la de conceder una mera autorización para edificar, que

no alteraba la naturaleza del arrendamiento primitivo, quedando excluido del ámbito de la Ley Arrendaticia Urbana. Tampoco es inadecuado el desahucio para dar por terminado el contrato, ya que es doctrina legal que en el desahucio cabe la discusión y calificación definitiva del problema que se plantea, sin necesidad de remitirlo al juicio declarativo, pues el mero permiso para edificar no autoriza para entender constituido un derecho de superficie ni desnaturaliza la tipicidad del arrendamiento y la remisión al juicio declarativo sólo procede, a modo de excepción, cuando la oscuridad y ambigüedad de las cláusulas contractuales o la complejidad de las relaciones entre los interesados hagan tan difícil la apreciación del caso, que no pueda admitirse el desahucio sin riesgo de indefensión o de error, supuesto distinto al de autos.

ARRENDAMIENTO NO SUJETO A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: EL USO DEL LOCAL, ARRENDADO POR TEMPORADAS, DURANTE TODO EL AÑO, LO QUE FUE CONOCIDO, PERO NO CONSENTIDO POR EL ARRENDADOR, NO SUPONE NOVACION DE DICHO CONTRATO, SIN QUE PUEDA PRESUMIRSE EN EL CONTRATO PRIMITIVO EL FRAUDE DE LEY PREVISTO EN EL ARTICULO 9 DE LA LAU (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1972).

La propietaria de un local lo arrendó en 1965 para peluquería de señoras—«por el tiempo de cinco temporadas veraniegas». En 1969 se requirió a la arrendataria para que desalojase el local, habiéndose iniciado posteriormente negociaciones para un nuevo contrato, del que se entregó un ejemplar firmado en blanco por la actora, sin que la arrendataria lo devolviese, promoviéndose diligencias preliminares ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farnés, en las que se reconoció por la demandada la entrega de este nuevo contrato, que no había aceptado. Como a pesar de ello y de haberse extinguido el arrendamiento anterior, la demandada continuaba en el local, procedía declarar la resolución del contrato y el desalojo de la arrendataria. En la contestación a la demanda se dijo que el local estaba abierto todo el año y que las instalaciones de la peluquería eran de su propiedad exclusiva, por lo que no se había arrendado una industria, sino solamente el local, contrato sujeto a la Ley especial y, por tanto, a la prórroga forzosa sin necesidad de nuevo convenio, por cuyo motivo había rechazado firmar el documento que le entregaron. El Juez de Santa Coloma dictó sentencia declarado resuelto el contrato, pero la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la anterior sentencia declarando la inadecuación del procedimiento de desahucio seguido, remitiendo a las partes al procedimiento adecuado para el ejercicio de sus acciones.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, éste se fundó en que la excepción de procedimiento inadecuado no había sido alegada por la demanda, sin que los Tribunales puedan, dado el principio de instancia de parte, plantear de oficio cuestiones, salvo las relativas a normas procesales urgentes, pero no las que tengan repercusión en normas materiales de libre elección del actor, apreciándose, por tanto, incongruencia en la sentencia recurrida. El procedimiento debe ser el de la LEC y no el de la Ley arrendaticia, ya que ésta no admite el desahucio por expiración de plazo contractual, al ser la prórroga forzosa el principio inspirador de dicha legislación. A efectos de competencia y de procedimiento, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, son irrelevantes los cambios de destino, debiendo tenerse en cuenta el destino inicial para el que se concertó el arrendamiento, que era el de temporada solamente, aun-

que se usase también fuera de la misma, pues tal uso era conocido, pero no consentido, por el arrendador, constituyendo una violación unilateral del contrato primitivo, del que no pueden derivarse derechos para la demandada ni novación de aquel contrato. Tampoco puede hablarse de fraude de ley, ya que la ley no sustituye a la voluntad de las partes, sino que ambas están perfectamente coordinadas en el contrato primitivo, sin que existiese la intención de burlar la aplicación de la Ley Arrendaticia, por tanto.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel Taboada, conde de Borrajeiros, admite el recurso y casa la sentencia de la Territorial, recogiendo los motivos del recurso sustancialmente. La intención de hacer un contrato por temporadas era clara en el mismo, así como los elementos objetivos que configuran tal arrendamiento, sin que altere su naturaleza el hecho de que la actora conociese que se usaba el local el resto del año, ya que no prestó su consentimiento a dicho uso. Debe entenderse excluida, consiguientemente, la Ley de Arrendamientos Urbanos y el procedimiento de desahucio de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el adecuado. No existe fraude de ley, previsto en el artículo 9 de la LAU, por las razones expuestas por el recurrente. En la segunda sentencia, de la misma fecha, se confirma la del Juzgado de Primera Instancia, salvo en lo relativo a costas, de las que no se hace especial declaración en ninguna de las instancias.

RECLAMACION DE CANTIDAD: NO SE PUEDE OBLIGAR A DEVOLVER LA CANTIDAD DADA COMO FIANZA EN TANTO NO SE LLEVE A EFECTO LA DEVOLUCION DE LA COSA (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Mediante documento privado de noviembre de 1967, el demandado arrendó a los actores una industria en marcha, propiedad del primero, haciendo constar que únicamente se arrendaba el bajo comercial, las instalaciones propias de la industria y los utensilios y enseres que se relacionaban en el inventario adjunto. Se estipuló un precio de 16.000 pesetas mensuales y 300.000 de fianza. Expirado el plazo contractual, los actores quisieron devolver la industria a su dueño, pero reteniendo el disfrute del piso, que ocupaban en precario, según el demandado, aunque ellos fraccionaban el pago de la renta mensual entre la industria y el piso, a lo que se opuso formalmente el dueño.

Interpuesta demanda, en la que se solicitaba la devolución de las 300.000 pesetas y 7.187 más, importe de la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, a cargo del demandado, obligando a éste a hacerse cargo de la industria arrendada. Se opuso el dueño alegando que no se podía devolver la fianza sin saber cuáles serían los gastos pendientes de pago, sin que bastase la presentación de la baja en el Impuesto Industrial, ya que podían existir obligaciones pendientes que no estuviesen determinadas aún. Por otro lado, los gastos por Impuesto de Derechos Reales debían imputarse a la fianza. Por último, del contrato no se deducía que la entrega de la industria se supeditase al pago de la fianza.

El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior. Interpuesto recurso de casación, por infracción de ley, por los actores, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, lo rechaza por la siguiente

Doctrina.—No se ha violado el artículo 1.561 del Código, ya que la sentencia recurrida absuelve de la devolución de la fianza por la no devolución

de la industria, no estimando probadas las causas para hacer las oportunas deducciones.

Aunque no se trate de fianza propiamente dicha, la obligación accesoria de garantía, al no estar hecha la devolución de la cosa, no se puede condenar a devolver la cantidad retenida.

No existe error de hecho, pues los justificantes y recibos que se acompañan no bastan para hacer las deducciones totales, ya que puede haber otras que, por no haberse entregado la cosa, no se han determinado y, por ello, no puede acordarse la devolución de la cantidad retenida.

Para que se puedan fijar los daños en ejecución de sentencia es preciso que exista condena previa al pago de los mismos, y al no constar esto, no es posible decir si existen o no, pues ello es materia del litigio y no de su ejecución.

El reintegro de la cantidad pagada por Impuesto de Derechos Reales está también subordinada a la devolución de la cosa, que no se ha hecho.

RECLAMACION DE CANTIDAD: EXISTE FIANZA CUANDO EN UNA CARTA SE EMPLEAN TERMINOS INEQUIVOCOS QUE EXPRESAN VOLUNTAD CLARA DEL QUE LA ENVIA PARA RESPONDER POR LAS DEUDAS AJENAS (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Se interpone demanda por «Cervezas San Miguel» contra uno de sus distribuidores reclamando la cantidad que le adeudaba, como consecuencia de la relación contractual que les unía, dirigiéndose también contra el presidente del Consejo de Administración de la entidad distribuidora, como fiador o avalista de aquélla, según constaba en una carta que había dirigido a la sociedad actora en ese sentido diciendo textualmente: «Personalmente les garantizo cualquier descubierto que por razones de orden interno pudiera provocar la sociedad R.O.S.A.»

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Tarragona estimó la demanda en cuanto a la entidad deudora, pero la desestimó en cuanto al pretendido fiador. La Audiencia de Barcelona revocó parcialmente la anterior sentencia, condenando también al fiador.

Este interpuso recurso de casación por infracción de ley, basándose fundamentalmente en la inexistencia de fianza, en sentido estricto, considerando la carta como una promesa de intercesión de los buenos oficios del demandado cerca de la entidad deudora, sin que contuviera términos concretos respecto al afianzamiento ni a su extensión, contra lo que dispone el artículo 1.827. Por otra parte, se infringe el último párrafo del artículo 1.289, en cuanto no puede conocerse exactamente qué es lo querido por las partes, así como el párrafo primero del mismo precepto, ya que al ser gratuito el contrato, las dudas han de entenderse en beneficio del deudor.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don Gregorio Díez Canseco, rechaza el recurso sentando que a pesar de que el artículo 1.827 del Código dice que la fianza ha de ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella, lo que corrobora reiterada jurisprudencia, en el caso debatido la existencia de la fianza es a todas luces evidente, porque el recurrente en la carta aludida, después de lamentar la devolución de giros hecha, emplea las palabras «personalmente les garantizo», cuyo texto, en su sentido literal, está poniendo de manifiesto que quien suscribe la carta constituye su garantía personal, comprometiéndose a cumplir, caso de no hacerlo la sociedad, sin limitación de tiempo ni de cantidad y sólo condicionado a la circunstancia de que el descubierto

obedezca a razones de orden interno, lo que ocurre en el caso de autos, según afirma la Sala sentenciadora en declaración no impugnada en el recurso adecuada ni eficazmente.

LIQUIDACION DE CUENTAS: NO SE INFRINGE LA LEY DEL CONTRATO CUANDO NO DECRETA LA ANULACION DE NINGUNA OBLIGACION CONTRACTUAL, SINO QUE SE INTERPRETAN LAS EXISTENTES ENTRE LOS LITIGANTES, ESTIMANDO LIQUIDADA UNA DE ELLAS EN ARMONIA CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 1.156 DEL CODIGO (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—El actor cedió la explotación de unas minas al demandado en el año 1957, sin que éste le rindiera cuentas de aquella explotación, existiendo, además, otras relaciones de negocios entre ellos, entre las que se cuenta una cesión de derechos hereditarios relativos a la sucesión de un hermano suyo, que era un verdadero contrato de fiducia o de garantía, otorgado ante Notario en 1961, en cuya fecha se hizo también otro documento privado entre las partes, modificativo de lo consignado en la escritura. El actor citó en conciliación para anular aquel contrato de 1961, sin que compreciese el demandado, por lo que se interpone demanda solicitando la rendición de cuentas y la nulidad del referido contrato de garantía o de fiducia, consignando la cantidad que garantizaba en la Caja General de Depósitos. El demandado contestó que el actor no había cumplido sus compromisos y, por tanto, no procedía la liquidación de cuentas, por cuyo motivo no asistió al acto de conciliación, por estimarlo temerario y de mala fe.

El Juez de Primera Instancia número 17 de Madrid declaró nula la escritura de cesión de derechos hereditarios y válido el documento privado suscrito entre ambas partes una vez que se abonasen las 210.000 pesetas más los intereses correspondientes, absolviendo al demandado de las demás pretensiones. La Audiencia de la misma capital confirmó íntegramente la sentencia anterior.

Se interpuso recurso de casación por las dos partes. El actor, por no haberse tenido en cuenta el documento de 1957, que estableció una relación entre las partes debiendo rendir cuenta de la administración de las minas, por lo que se incumplen los artículos 1.225, 1.278, 1.098 y 1.261 del Código civil, al no tener en cuenta aquel contrato y no reconocerle la fuerza que se deriva de sus términos, alegando igualmente la incongruencia de la sentencia recurrida. El demandado, por no haber tenido en cuenta la obligación de pagar la suma adeudada, los gastos e intereses, porque al no ofrecerse ni consignarse éstos, no se ha cumplido totalmente la prestación por el deudor, sin que pueda obligarse al acreedor a recibirla en parte.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Federico Rodríguez-Solano Espín, rechaza ambos recursos.

El primero, porque no existe incongruencia, a que se refiere el artículo 359 de la LEC en la sentencia recurrida, sino que adolece de falta de claridad por confundir dos negocios distintos como si fuesen uno solo, lo que puede corregirse por la aclaración establecida en el artículo 363 de la misma Ley, según reiterada jurisprudencia de esta Sala. También porque el Tribunal *a quo* no ha desconocido la eficacia del artículo 1.225 del Código en cuanto estima que las relaciones creadas por el documento de 1957 han sido liquidadas por los dos de 1961, lo que no ha podido desvirtuarse por el recurrente. Tampoco se pueden admitir los otros motivos

por sustentarse en supuestos contrarios a los admitidos por los juzgadores de Instancia y no se infringe el principio *pacta sunt servanda* ni la ley del contrato cuando no se decreta la anulación de ninguna obligación, sino que se interpretan las existentes entre las partes, estimando liquidada una de ellas en armonía con lo dispuesto en el artículo 1.156 del Código.

El segundo, porque el artículo 1.169 del Código y jurisprudencia que se cita no se adujeron en el litigio ni sobre ellos giró controversia, por lo que su invocación constituye cuestión nueva, que debe rechazarse en esta fase de las actuaciones, existiendo armonía entre el fallo de la sentencia recurrida y la finalidad de ambos motivos, lo que hace que el recurrente carezca de interés tutelable.

RECLAMACION DE CANTIDAD: UN DICTAMEN PERICIAL NO PUEDE SERVIR DE BASE A UN RECURSO DE CASACION NI SE PUEDE DAR A LA CONFESION JUDICIAL UN VALOR SUPERIOR AL DE LOS OTROS MEDIOS (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Convenida la explanación en banales y la preparación de terrenos de una finca por el actor con la sociedad propietaria de la finca y pagada una factura por esta entidad, uno de los administradores de la sociedad se puso al habla con aquél para ver de rebajar el precio convenido y se llegó a un acuerdo ante testigos modificando aquél. Nombrada una persona por los dueños de la finca para controlar los trabajos de las máquinas hubo desacuerdo en cuanto a la cuantía de diversas facturas posteriores impagadas, por lo que se entabló demanda para reclamar 1.101.272 pesetas, por los trabajos realizados, ante el Juzgado de Carmona. Se contestó la demanda y se formuló reconvencción, a la que se contestó por el actor. El Juzgado desestimó la demanda, así como la reconvencción formulada por la entidad demandada. La Audiencia Territorial de Sevilla revocó parcialmente la sentencia anterior, admitiendo la obligación de pagar la sociedad demandada al actor la cantidad de 721.710 pesetas más los intereses legales desde la interposición de la demanda, desestimando la reconvencción formulada por aquélla. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal por error de derecho en la apreciación de la prueba y vulneración de los artículos 1.544 y 1.248 del Código, así como por error de hecho, al no estimar la reconvencción que se formuló.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don Francisco Bonet, rechaza el recurso por confundirse en el mismo motivo distintos fundamentos, contra lo que dispone la jurisprudencia de esta Sala, así como el apoyarse en un dictamen pericial que no puede servir para acreditarse en un recurso de casación. Tampoco se puede dar a la confesión un valor superior al de las otras pruebas, sino que han de valorarse conjuntamente. Tampoco puede admitirse el último motivo por dejar incólumes las declaraciones de la Sala sentenciadora, en las que se funda la desestimación de la reconvencción.

INSUFICIENCIA DE PODER: ES INSUFICIENTE EL OTORGADO POR EL GERENTE DE UNA SOCIEDAD CUANDO NO ACREDITA DOCUMENTALMENTE QUE LO SEA NI QUE TAL CARGO OSTENTE LA REPRESENTACION DE LA ENTIDAD (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—La cuestión de fondo, en la que no entra el Tribunal Supremo, se reducía a la validez o nulidad de la declaración de obra nueva hecha por una sociedad anónima, aunque, en realidad, la obra estaba hecha por un socio, que aportó los terrenos y las obras sin hacer previa escritura de declaración. Entablado embargo contra el socio por la entidad actora, se suspendió en el Registro la anotación por no estar inscritas las edificaciones a nombre de persona alguna. Inscrita la obra por la sociedad, se canceló la anotación de embargo y la de suspensión respecto a las edificaciones. El Juzgado de Tafalla dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declaró la nulidad de la escritura de declaración de obra nueva y de la inscripción correspondiente. La Audiencia de Pamplona revocó la sentencia del Juzgado y absolvió a los demandados de todos los pedimentos.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley con base en la inexistencia de la sociedad mercantil cuando se embargaron las edificaciones, construidas por el socio deudor, y en que la declaración de obra, conforme a la Ley Hipotecaria y su Reglamento, debe hacerla el verdadero dueño, el cual, después de declarada, puede aportarla a la sociedad si lo desea.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, sin entrar en el fondo de esta interesante cuestión, por insuficiencia del poder del procurador de la entidad recurrente, ya que el Reglamento Notarial exige que cuando se represente a una sociedad se exprese el nombre y domicilio de la misma, insertando o incorporando a la escritura los documentos fehacientes que acrediten la representación, pudiendo también acompañarlos a las copias. La copia del poder que presenta el procurador no reúne los requisitos reglamentarios, ya que el poderdante no acredita fehacientemente que sea gerente de la sociedad ni que tal cargo tenga la representación de la entidad que invoca, así como tampoco se acredita que el consejero-vocal represente en juicio a la sociedad, ya que esta representación corresponde, según la LSA, al Consejo de Administración si no se dice nada en los Estatutos.

LIQUIDACION DE CUENTAS: EN LA ESCRITURA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD SE ESTIPULAN CIERTAS CLAUSULAS DETERMINANTES DE LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR A PAGOS DE PRESTACIONES QUE NO SE SATISFICIERON A SU DEBIDO TIEMPO (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—Actor y demandado constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada dedicada a tratamientos minerales, contratando con otra entidad la construcción de una planta de concentración de minerales, lo que no realizó debidamente. Actor y demandado extendieron un contrato privado en 1965, en que se concedía al primero una opción de compra de su parte en la sociedad y, al mismo tiempo, que en el supuesto de tener que pagar a la entidad constructora de la planta la parte de precio no satisfecho por decisión judicial o arbitraje, el demandado respondería

personalmente del 50 por 100 del precio no pagado más los intereses de demora. El actor usó de este derecho de opción, pasando la sociedad a ser de su exclusiva propiedad. Sometidas a arbitraje las cuestiones existentes con la entidad constructora de la planta, se dedujo la necesidad de pagar el demandado al actor la cifra de 607.699 pesetas. En la contestación a la demanda se dijo que la única cantidad adeudada era de 10.000 pesetas al demandante.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santander estimó la demanda, condenando al demandado a pagar la cantidad que se pedía en la demanda. La Audiencia de Burgos confirmó la sentencia.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, se fundó en la violación de los artículos 1.281, 1.282, 1.285 y 1.286, en cuanto no se ha entendido bien por el Tribunal *a quo* el sentido exacto del contrato de 1965, que era el de un completo finiquito entre ambas partes, y, por otra parte, no tener en cuenta el contenido real de la referida cláusula quinta, por la que se obligaba al demandado a pagar la mitad de lo que hubiera de satisfacerse a la otra entidad, deduciendo esta mitad de una cifra que no es el abono real de lo que se ha de liquidar ni está incluida en el marco de las obligaciones que el convenio en cuestión impone al demandado.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel Taboada, conde de Borrajeiros, rechaza el recurso teniendo en cuenta que, en virtud del laudo arbitral, se había dado el supuesto de indemnización previsto en la citada cláusula quinta, atendiendo al tenor literal de la misma, siendo correcta la exégesis hecha por el Tribunal de Instancia, sin que se haya probado la contradicción entre esta cláusula y las restantes del contrato. En el negocio de disolución de una sociedad—que era el sentido que el recurrente da al contrato último—es frecuente que se estipulen ciertas cláusulas determinantes de la obligación de contribuir a pagos de prestaciones que no se satisficieron a su debido tiempo. En el contrato de 1970 no se hizo ninguna reserva de lo que había de pagarse a la otra entidad, pero esto no tenía mayor importancia, ya que el único objeto del mismo era la consumación del derecho de opción por el actor.

C. R. R.

IV. FAMILIA

DEMANDA DE NULIDAD DE INSCRIPCION DE NACIMIENTO PRACTICADA EN 1933. LA INSCRIPCION DE NACIMIENTO Y EL DERECHO A APELLIDOS: Artículos 3 y 92 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957; el principio de la irretroactividad; la prescripción de la acción para impugnar el reconocimiento como hijo natural efectuado en 1933. **EL RECONOCIMIENTO Y LA POSESION DE ESTADO:** Interpretación del artículo 135, 2.º, del Código civil; los titulares de la acción tendente al reconocimiento forzoso de la filiación natural; la eficacia de las normas de la Constitución de la República de 9 de diciembre de 1931 en cuanto a provocar el nacimiento de derechos civiles; la prueba de los actos consistentes en la posesión de estado. **EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL Y LOS DAÑOS EXTRACONTRACTUALES:** ABOGADO DEL ESTADO c. DUQUE y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1972).

Antecedentes.—La relación de los hechos que precedieron al pleito aparece claramente y es aceptada por ambas partes, salvo en lo referen-

te a la interpretación de algunas circunstancias de dudosa valoración jurídica. Dicha relación es como sigue: I) Don... había contraído matrimonio canónico en 1922, del cual no hubo descendencia; la esposa falleció en 1939, y el marido, en 1962, en su domicilio de la capital, sin que haya constancia expresa de estar empadronado en otra residencia. II) Fallece el causante bajo testamento ante Notario, otorgado en 1947, en el que dice estar casado sin hijos del matrimonio e instituye única heredera a su esposa. III) En 1933 se había practicado la inscripción de nacimiento, en uno de los Registros civiles de la capital, de una niña—la demandada en este pleito—como hija del referido causante y otra señora, omitiéndose en el momento de practicarse la inscripción la condición de «casado» de dicho señor y la «legitimidad» o «ilegitimidad» de la persona que se inscribía. IV) La demandada, alegando su condición de hija «natural» del causante referido, compareció ante el Juzgado de Primera Instancia de E. (sito en otra provincia), manifestando que el causante, si bien fallecido en la capital, era vecino de la localidad donde radica el Juzgado, y solicitando la declaración de herederos abintestato a su favor; por auto de 1963, el Juzgado declaró heredera abintestato en el todo de la herencia a la hija natural del causante, fallecido viudo y sin descendientes ni ascendientes legítimos y con testamento abierto instituyendo heredera a su esposa, fallecida con anterioridad.

El señor Abogado del Estado finalizaba su demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare: 1) que doña...—la demandada—es hija ilegítima, no natural, del causante y que, en consecuencia, se proceda a la rectificación del asiento de la inscripción de nacimiento en el Registro civil; 2) que se decrete la nulidad del auto de declaración de herederos a favor de dicha señora, dictado en 1963 por el Juzgado de E.; 3) que se declare que la demandada carece de derechos sucesorios en la herencia del causante dicho y, por ende, que se proceda a la declaración de herederos a favor del Estado. Y, finalmente, que se condene a la demandada al pago de los gastos y costas del procedimiento.

Emplazados los demandados, doña..., en base a los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 514 de la LEC, solicitó la suspensión del curso del juicio hasta que fuere resuelto el sumario iniciado en el Juzgado de E. sobre los mismos hechos. Dicha suspensión fue acordada y posteriormente alzada, a petición del demandante, invocando haberse resuelto el proceso penal.

El Ministerio Fiscal contestó exponiendo los mismos hechos que el demandante y haciendo constar que la demandada había vertido manifestaciones falsas ante el Juzgado, a los efectos de la declaración de herederos abintestato, como la de que el causante era vecino de dicho municipio y la de que ella era hija natural del difunto. Terminaba suplicando se dicte sentencia accediendo a todas las pretensiones formuladas en la demanda.

La demandada contestó y se opuso a la demanda, aceptando los hechos, pero no determinadas manifestaciones, cuales las de que su padre no tuviera residencia en E. (así constaba en el propio auto del Juzgado); la de que se hubiere OMITIDO toda declaración acerca de la legitimidad o no de la inscrita en 1933 y de su propio estado civil (dado que, conforme a la Constitución entonces vigente de 1931, no existían hijos legítimos ni ilegítimos y no podía consignarse declaración alguna sobre tales extremos: su padre lo que hizo fue reconocer que la inscrita era hija suya); la de que la demandada NO ERA hija natural (pues lo alegó, lo estimó entonces, lo estima ahora y, en tanto otra cosa no se disponga, sigue considerando se trata de una hija natural). Terminaba su escrito suplicando se dicte sentencia declarando prescritas las acciones ejercitadas por el Abogado del Estado o, en otro caso, se declarase la continua pose-

sión del estado de hija natural de la demandada respecto de su padre, la validez de su derecho sucesorio y las restantes consecuencias que de ello dimanar.

Además, la parte demandada formulaba RECONVENCION y hacía constar: 1) el hecho de haber obtenido auto declaratorio de herederos abintestado; 2) procesada por querrela por estafa, promovida por la representación del Estado, a consecuencia de la cual estuvo detenida durante cincuenta y siete días; después obtuvo su libertad bajo fianza y quedó sometida a las incidencias de un proceso penal, del que fue absuelta por sentencia de la Audiencia; 3) el Estado ordenó la retención y embargo de todos los bienes del causante y, ADEMÁS, ordenó la detención de la demandada, contraviniendo con ello el derecho a la libertad personal; 4) tales actos habían producido a la demandada daños MORALES, dada su condición de madre de tres hijos menores de edad, desatendidos durante su detención, dado el descrédito personal, sin motivo alguno para ello, y dada la categoría oficial de su marido, desprestigiado moral y socialmente con su detención. Acreditada la existencia de tales daños morales, los valoraba provisionalmente en la cifra de 6.500.000 pesetas. Termina suplicando se tuviera por formulada reconvencción por la expresada suma más los intereses legales y las costas causadas.

La parte demandante evacuó el traslado de REPLICA, solicitando se desestimase la reconvencción y alegando: 1) que se procedió a incoar el sumario por el Juzgado de Instrucción de E. y se decretó el procesamiento y prisión de la demandada por dicho Juzgado, en atención a concurrir los supuestos prevenidos en los artículos 503 y 504 de LECrim.; 2) que la acusación la mantuvo el Ministerio Fiscal, calificando los hechos como constitutivos de un delito de estafa, otro de falsedad y otro de presentación de testigos falsos: dicha acusación la mantiene la propia Abogacía del Estado; 3) que la Audiencia absolvió a la demandada, pero CON RESERVA al Estado de las acciones que pudieran asistirle, que son precisamente las ejercitadas en el presente juicio.

Evacuado el trámite de SUPLICA, practicada la prueba y evacuados los trámites de CONCLUSIONES, el Juzgado acordó—para mejor proveer—que fueran traídos a los autos los documentos que en relación a los hechos discutidos obraran en el domicilio del causante.

— Después de todo esto, el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA dictó sentencia, estimando en todas sus partes la demanda presentada por el señor Abogado del Estado. Y desestimando la reconvencción formulada por la parte demandada.

— La AUDIENCIA confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

— La demandada interpuso RECURSO DE CASACION por infracción de ley, en base a los siguientes MOTIVOS:

1.º Por violación, por no aplicación, del artículo 1.964 y concordantes del Código civil: porque las acciones ejercitadas por el Abogado del Estado demandante, estimadas por la sentencia recurrida, están prescritas por haber transcurrido más de quince años desde la práctica de la inscripción de nacimiento (en el año 1933); que en aquel preciso instante adquirió la recurrente unos derechos de tipo personal; que si bien la sentencia recurrida alega que «las acciones ejercitadas tienen carácter SUCESORIO y por ello no han podido ser ejercitadas hasta después del fallecimiento del padre de la recurrente», sin embargo, tanto la rectificación en el Registro civil como la legitimidad o ilegitimidad de la filiación NO SON acciones personales de carácter sucesorio, y que la acción de IMPUGNACION del reconocimiento hecho a favor de un hijo que no

reúna las condiciones del artículo 119, 2.º, del Código civil está sujeta, como PERSONAL que es, a la prescripción de quince años.

2.º Por violación del artículo 135, 2.º, del Código civil, basada en la constante y continua posesión de estado de hija natural de la recurrente, justificada por actos directos de su mismo padre: porque resulta probado en la sentencia de la Audiencia, resolutoria del sumario incoado a la demandada, que la inscripción de nacimiento y la partida de bautismo se practicaron SIN ninguna mención del estado civil de los padres ni la condición filial de la nacida; que ella vivió hasta su matrimonio en casa y compañía de sus padres, con quienes continuó después las íntimas relaciones propias de una hija; que el padre fue padrino de su boda y de bautismo de alguno de los hijos y figuró como abuelo en las inscripciones de nacimiento de los nietos. Aparece, por tanto, probado que la recurrente ha estado, respecto a su padre, en una constante posesión del estado de hija.

3.º Por violación del artículo 1.902 del Código civil: porque la recurrente, por el simple HECHO de haber formulado declaración de herederos a su favor como hija única a la muerte de su padre, fue procesada por estafa y encarcelada durante cincuenta y siete días; que la «prisión preventiva» responde exclusivamente a exigencias de aseguramiento sólo justificadas cuando las circunstancias concurrentes hagan presumir con fundamento que el reo tratará de sustraerse a la acción de la justicia, y era patente la inutilidad de la prisión sin fianza dictada contra la recurrente cuando ya se había ordenado la retención y embargo de los bienes del causante, por lo que con todo ello se le ocasionaron a la recurrente perjuicios de toda índole, cuya indemnización fue desestimada por la sentencia recurrida, infringiendo el precepto denunciado.

— El TRIBUNAL SUPREMO acoge el recurso PARCIALMENTE sentando la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín.

Considerando que el *segundo motivo del recurso*, en el que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia la violación de la regla 2.ª del 135 del Código civil, *no puede alcanzar el resultado apetecido por la parte recurrente: Primero. Porque la acción de reconocimiento forzoso, a que dicho precepto se contrae, únicamente puede ejercitarse por las personas que, con relación al demandado, ostenten la condición de «hijo natural», como claramente indica el texto del encabezamiento de la sección 1.ª, capítulo IV, título V, libro I, y de los artículos 129, 131 y 134 a 137 del expresado Código, es decir, por las que hubieren nacido de padres que al tiempo de la concepción podían casarse sin dispensa o con ella (arts. 119, párrafo 2.º, y 130), situación en que no se encuentra la recurrente, según los hechos que la sentencia impugnada declara probados, por lo que su pretendido «reconocimiento» no sólo puede ser impugnado por aquellos a quienes perjudique, conforme al artículo 138, sino que resulta inadmisibile en cuanto se dirige a acreditar su posesión de estado (sentencia de 18 de marzo de 1954) o a investigar su paternidad (art. 141). Segundo. Porque, aun cuando por aplicación del artículo 43 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, vigente a la sazón, se equiparase la condición de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, tal circunstancia no desvirtúa lo acabado de exponer, por integrar los preceptos contenidos en las leyes fundamentales del Estado meras enunciaciones de principios, encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles, salvo que éstos se desarrollen por leyes ulteriores, según se reco-*

noció en la Orden ministerial de 4 de octubre de 1933 y en las sentencias de esta Sala de 29 de enero de 1935 y 11 de marzo de 1940, *cosa que no sucedió respecto a los derechos sucesorios de los hijos habidos fuera del matrimonio, a pesar del intento que a tal fin se llevó a efecto en los artículos 24 y 26 del Anteproyecto de Ley de 1933, que no llegó a promulgarse. Tercero.* Porque, en último término, la «posesión de estado» se constituye por una serie continuada de actos procedentes del padre o su familia relativos a la dirección, cuidado y protección del hijo, que por su número, significación e importancia revelan no sólo el convencimiento de la paternidad, sino también la voluntad ostensible de tenerle y tratarle como tal en las relaciones sociales de la vida (sentencias de 22 de marzo de 1919, 24 de enero de 1920 y 24 de marzo de 1927), *cuyos actos deben ser acreditados cumplidamente para que proceda la aplicación de los artículos 135 y 741 (sentencia de 24 de junio de 1930), siendo así que en el presente caso la realidad de los mismos ha sido expresamente negada por el Juzgador de Instancia, a cuya soberanía está encomendada su apreciación (sentencias de 30 de enero de 1931, 24 de febrero de 1966 y 27 de enero y 8 de febrero de 1971).*

Considerando que *igual suerte debe correr el tercer motivo del recurso*, dirigido por la vía formal de los que le preceden, porque *negada la realidad de los daños «extracontractuales», en que el motivo fundamenta la violación del artículo 1.902 del Código civil, la transgresión indicada carece de base fáctica en que apoyarse.*

Considerando que, *en cambio, debe prosperar el primer motivo del recurso*, acogido al número 1.º del citado artículo 1.692, *porque al haberse practicado la inscripción de nacimiento de la recurrente, ocurrido el día 14 de marzo de 1933, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto de 3 de febrero de 1932, confirmado, en cierto modo, por la Ley de 25 de mayo del mismo año, dicha señora gozó a partir de entonces del derecho a usar el apellido de sus padres, aun cuando no ostentase respecto a ellos la condición de «hija natural», sin que se la deba privar de aquel disfrute en estas actuaciones, como consecuencia de la restitución de la vigencia del artículo 48 de la Ley de Registro civil de 17 de junio de 1870 y derogación del Decreto últimamente mencionado por los artículos 1 y 6 del de 3 de mayo de 1938, en atención al principio de irretroactividad consignado en el artículo 3 del Código civil y a la circunstancia de que si ése fue el criterio mantenido por esta Sala en sentencia de 18 de enero de 1929, en cuanto al «reconocimiento», después de la promulgación de dicho Cuerpo legal de las prerrogativas concedidas a los hijos «ilegítimos», por el artículo 9 de la Ley de Toro, no existe razón alguna para sustentar otro distinto en la actualidad, cuando tanto la doctrina científica como el párrafo 2.º del artículo 25 de la Declaración de Derechos Humanos e incluso nuestro legislador, a través del artículo 178 de la Ley sobre Adopción de 4 de julio de 1970, se orientan en ese sentido, al igual que sucede con algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros, que, con apoyo en el artículo 191 del Reglamento, autorizan a estos hijos a conservar en determinadas ocasiones, y siempre que, como aquí ocurre, no se perjudique a terceros, los apellidos que venían usando (resolución de 7 de mayo de 1965 y circular de 21 de mayo de 1970), lo que unido a que los artículos 3 y 92 de la Ley de 8 de junio de 1957, en que el representante del Estado fundamenta ese pedimento, no son de ineludible aplicación a este caso concreto, por no existir contradicción entre este pronunciamiento y el asiento registral litigioso, en el que no consta la naturaleza de la filiación de la demandada, y a que si se tratase de impugnar su reconocimiento como hija natural, la acción habría prescrito por el transcurso de los quince años a que se refiere el artículo 1.964 del Código civil (sentencias de 11 de diciembre de 1943 y 4 de febrero*

y 15 de octubre de 1960), *determina que el motivo haya de ser acogido, con la anulación parcial de la sentencia recurrida.*

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de doña ..

— Segunda sentencia del Tribunal Supremo:

Siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín.

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede.

Considerando que por los razonamientos expresados en dicha sentencia debe confirmarse la dictada por el Juez de Primera Instancia, salvo en lo que afecta a la rectificación del asiento de inscripción de nacimiento de la demandada, de cuyo pronunciamiento absolvemos a dicha señora.

Considerando que no es de apreciar temeridad ni mala fe por parte de los litigantes respecto a la imposición de costas en ambas instancias.

Fallamos que confirmando, en parte, la sentencia pronunciada por el Juez de Primera Instancia número 1 de esta capital, con fecha 13 de diciembre de 1969, *debemos declarar y declaramos: Primero.* Que doña... no es hija legítima ni natural de don... *Segundo.* Que es nulo el auto de declaración de herederos dictado a favor de la referida señora el día 13 de marzo de 1963 por el Juzgado de Primera Instancia de E. *Tercero.* Que la misma carece de derechos sucesorios en la herencia de don..., declarándose éstos en favor del Estado, y absolvemos a la expresada señora del resto de las pretensiones contra ella formuladas en la demanda, y al Estado, de la reconvencción contra él dirigida por la demandada, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias, y para que tenga cumplimiento lo resuelto en la presente sentencia insértese la misma en la certificación mandada librar.

DEMANDA DE DECLARACION DE NULIDAD DE INCAPACIDAD. LA INCAPACIDAD DECLARADA POR PARANOIA Y LA VALORACION DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: OLLETE *cv* TRAMULLAS y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1971).

Antecedentes.—En el año 1967, la esposa—aquí demandante—había sido declarada incapaz para regir su persona y administrar sus bienes, confiando el Tribunal la tutela de su persona y bienes a su esposo—el aquí demandado—. Dicha declaración de incapacidad constituye el antecedente INMEDIATO de este litigio.

Los antecedentes REMOTOS son los siguientes: 1) En 1946, la esposa había instado unas medidas de depósito de mujer casada preparatorias de la correspondiente demanda de separación (al parecer, no intentada). En el mismo año, el marido promovió expediente de declaración de incapacidad de la esposa, y previos dictámenes médicos y declaración de los vocales del consejo de familia de entonces, el Juez declaró que la mujer «estaba completamente sana y era absolutamente capaz para regir su persona y bienes». 2) En 1951 promueve de nuevo el marido expediente de declaración de incapacidad, también denegado. 3) Y, finalmente, en 1966, nuevamente promovido por el marido el expediente de incapacidad, obtuvo esta vez resolución favorable, siendo resuelta por la Audiencia la apelación de la esposa en forma idéntica a la del Juzgado. Era ésta la declaración al principio aludida como origen próximo del pleito.

Ambas partes disienten totalmente en la apreciación de las circunstancias SUBJETIVAS de la otra parte: para la *demandante*, la conducta del marido sostenida a lo largo de veintisiete años iba *sistemáticamente*

encaminada a obtener la declaración de incapacidad, creando de paso en la esposa un estado de delirio persecutoria para desembocar en una posible locura; para el esposo *demandado*, «ha sido precisamente la desdichada enfermedad de ella la que ha alejado a su desdichada familia de toda clase de felicidad y paz» (*sic*), siendo la conducta de la esposa consecuencia de su «incontenible afán pleitista», de su «capacidad extraordinaria para deformar las realidades», de su «deseo de aparentar estrecheces y colocarse en el papel de víctima», y siendo el único propósito del marido el conseguir el bien de su esposa enferma y de los hijos, sin que ningún interés exista para ostentar la tutela de su esposa, otorgada por imperativo legal.

No son aquí del caso las diversas incidencias acaecidas a lo largo de todos dichos años, siendo únicamente relevante el hecho de que en 1964, previa inyección con calmantes y el ingreso en un manicomio, en dicho centro otorgó la esposa ante Notario—quien consigna tenía capacidad legal para otorgar la escritura—apoderamiento a favor de su marido para vender una finca.

Entre otros hechos relevantes destacan la serie de informes y dictámenes médicos contradictorios acerca de la capacidad de la esposa.

La DEMANDA termina con la súplica de que se dicte sentencia anulando y dejando sin efecto la declaración de incapacidad de la esposa demandante.

El Ministerio Fiscal CONTESTO la demanda negando los hechos en tanto no fueren suficientemente probados.

El demandado, antes de su contestación, formuló tres excepciones dilatorias, por falta de personalidad en el demandante, por defecto legal en el modo de proponer la demanda, por falta de personalidad en el Procurador del actor y por insuficiencia e ilegalidad de poder; sustanciado el correspondiente incidente por auto desestimatorio, la Audiencia resolvió la apelación estimando parcialmente el recurso y admitiendo la excepción de insuficiencia de poder del Procurador de la actora. El Procurador compareció con nuevo poder. En su CONTESTACION a la demanda, el marido, tras alegar lo pertinente, suplica se dicte sentencia por la que desestimando la demanda interpuesta se declare no haber lugar a la nulidad o anulación de la sentencia definitiva dictada en el expediente de jurisdicción voluntaria que sirvió de antecedente al presente juicio, confirmando definitivamente la declaración de incapacidad de la actora en los términos expresados en el fallo citado.

— Las pruebas practicadas fueron: a petición de la actora, la documental, la pericial médica y la confesión del demandado; a petición del demandado, la documental y la testifical.

— El JUZGADO de Primera Instancia dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, declaró que la actora es incapaz para administrar sus bienes y comparecer en juicio, confiando su tutela respecto de estos autos a su marido.

— La AUDIENCIA, desestimando el recurso de apelación, confirmó la sentencia apelada, basándose para ello en que: en el considerando cuarto alega que la recurrente padece paranoia, y ello lo deduce de la dificultad del diagnóstico, y en el considerando quinto, antes de afrontar los informes médicos, examina el resto de la prueba practicada; en el considerando sexto reconoce que la prueba pericial médica es aparentemente contradictoria (motivaciones éstas que sacamos del escrito del recurso de casación al no tener a la vista la sentencia recurrida).

— La actora interpuso recurso de casación por infracción de ley en base a los MOTIVOS siguientes:

1.º Por violación, por aplicación indebida, del artículo 200, 2.º, del Código civil y de la doctrina legal contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947 y 6 de febrero de 1968, porque por encima de las normas de Derecho positivo está el principio de Derecho natural, según el cual «toda persona es capaz y responsable de sus actos mientras no se demuestre lo contrario», y toda norma limitativa de este reconocimiento de capacidad de las personas debe ser de interpretación estricta, porque, conforme al precepto 200, 2.º, del Código civil citado, sólo los locos o dementes deben ser sometidos a tutela, y de acuerdo con las sentencias aludidas se establece una diferencia entre el estado de demencia y el de retraso o debilidad mental, aunque los equipara en su consecuencia; y la sentencia recurrida, SIN declarar a la recurrente demente ni retrasada mental, la declara INCAPAZ para administrar sus bienes y comparecer en juicio, aun sin reconocerle enfermedad alguna; de modo que no siendo demente ni retrasada mental, ninguna falta le hace la tutela, por ser perfectamente capaz, y así nadie le niega el regir su persona.

2.º Por error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador: además del poder otorgado en el manicomio aduce otra escritura, en que el marido autoriza a la mujer para viajar y administrar sus bienes, lo que evidencia que éste consideraba capaz a la mujer cuando así le convenía, y estos documentos AUTENTICOS han sido desconocidos en ambas instancias, y este doble error de hecho resultante de tales documentos demuestra la equivocación evidente del Juzgador.

3.º Por violación, por falta de aplicación, del principio general de Derecho *secundum iusta allegata et probata iudex judicare debet* y error de Derecho en la apreciación de la prueba: porque aunque dicho principio tiene su límite en la propia Ley, sin embargo, la sentencia recurrida incide en los siguientes errores de Derecho: el principio general de Derecho de la capacidad de las personas en tanto no se halle probada la completa insania mental, la actuación del marido al otorgar poder a la esposa para administrar equivale a reconocimiento de la capacidad y no es lícito actuar contra los propios actos, la aceptación por el marido de las facultades contenidas en escritura de poder para vender, el que la paranoia no es causa de incapacidad ni de sumisión a tutela, el que la sana crítica debiera haber aconsejado al Juzgador apreciar las «posiciones» del marido con valor normativo cuando aquél confesó haber procedido dolosamente en el internamiento, que el reconocer lo contradictorio de la prueba pericial médica sería suficiente para estimar que NO ha habido prueba plena y el que la declaración de incapacidad se hace ante la PRESUNCION de que la esposa pueda cambiar de vecindad civil (lo cual va contra el principio de apreciación de las presunciones).

— El TRIBUNAL SUPREMO estima que NO HA LUGAR al recurso en base a la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez.

Considerando que *el motivo primero* acusa la «violación, por aplicación indebida», del artículo 200, apartado 2.º, del Código civil, así como de la «doctrina legal, representada por las sentencias del Tribunal Supremo» que cita, por entender que la combatida declara a la hoy recurrente incapaz para administrar sus bienes y comparecer en juicio, a pesar de que no la considera demente ni retrasada mental y de que no afirma que padezca enfermedad alguna; *motivo que tiene que perecer no sólo por invocar dos conceptos de infracción antitéticos y de incidir, por consiguiente, en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, convertida en este instante procesal en causa de*

desestimación, sino porque las dos sentencias de Instancia coinciden en estimar, tras la apreciación conjunta de todas las pruebas practicadas en el proceso, que «la actora está aquejada de una paranoia, enfermedad mental que le produce una alteración del equilibrio psicológico de tal naturaleza, que la priva del necesario discernimiento para administrar su patrimonio y realizar actos procesales».

Considerando que esta apreciación fáctica trata de desvirtuarse en los dos últimos motivos, pero sin el menor éxito, dado que las dos escrituras públicas invocadas en el ordinal segundo no muestran hecho auténtico alguno que se halle en relación de contradicción con lo aseverado por el Juzgador a quo, y el motivo tercero no aduce ninguna norma de valoración de la prueba que haya podido ser violada en la sentencia impugnada, por lo que, en definitiva, *hay que declarar no haber lugar al recurso*, con las preceptivas consecuencias del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento.

DEMANDA DE SEPARACION CONYUGAL DE MATRIMONIO CIVIL ENTRE EXTRANJEROS CONTRAÍDO EN EL EXTRANJERO. EL ESTATUTO PERSONAL Y SU APLICABILIDAD A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. LA PRUEBA DE LA LEGISLACION EXTRANJERA. El acuerdo o desacuerdo de los litigantes acerca de la aplicabilidad de la ley extranjera o de su contenido, vigencia o interpretación: OSBORN c. GRAHAN (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Antecedentes.—I) Ambos litigantes, súbditos norteamericanos, habían contraído matrimonio en el estado de Connecticut, en 1956, civilmente. Desde 1960 residían en España, donde habían adquirido una finca, inscrita a nombre de ambos en el Registro de la Propiedad, y donde tuvieron un hijo, nacido en el lugar de su residencia.

II) Hacia el año 1967 comenzaron las desavenencias conyugales, cuyas CAUSAS parecen muy claras según la posición de cada litigante: para el marido, *demandante*, todo se debió a que la esposa estaba sometida a excesos de bebida, a que hubo de internarla en un sanatorio, a que abandonó la vivienda conyugal e hijo y a que llevó consigo todo el mobiliario de la casa; para la esposa, *demandada*, las desavenencias comienzan en el momento que se instala en un chalet vecino la esposa de un amigo del marido, al que encargaron cuidase, lo que hizo solícitamente hasta llegar a convertirse en amantes; el internamiento obedeció a una crisis nerviosa motivada por su situación de desamparo, ya que a las iniciales remesas de dinero por el marido (10.000 pesetas mensuales) sucedió la suspensión de tales envíos; que en tal situación tuvo que pasar a residir con unos amigos de la familia y luego atender a su subsistencia buscando empleo en Inglaterra.

El marido, *demandante*, finaliza su DEMANDA con el suplico de que se dicte sentencia estimando la demanda y declarando la separación de ambos cónyuges a los solos efectos de la suspensión de la vida en común de los mismos y a los prevenidos en el artículo 63 del Código civil.

El Ministerio Fiscal, en su CONTESTACION, se manifiesta conforme con los hechos de la demanda hasta tanto no quedaran debidamente probados.

La esposa fue demandada por edictos dado lo que el actor dijo ser en ignorado paradero. CONTESTO y se opuso alegando lo pertinente, suplicando se dictase sentencia conforme al suplico de su escrito de contestación; en el mismo formulaba RECONVENCION aportando las pruebas de confesión del actor y de la sentencia de divorcio pronunciada por

el «Royal Courts of Justice, Divorce Country Courts», de Londres, UN MES ANTES de la fecha de la demanda del actor; alegaba la necesidad de la guarda y custodia del único hijo habido del matrimonio dada la profesión de escultor del marido, su vida de vagabundo y su poco eficiente conducta. Suplica una sentencia por la que desestimando la demanda se absuelva a la esposa de los pedimentos articulados en la misma, y estimando en todas sus partes la demanda reconvenzional se declare la separación de ambos cónyuges por causa de adulterio imputable al marido y con expresa declaración de inocencia a favor de la demandada, a quien se confiera la guarda y custodia del único hijo habido del matrimonio.

El Ministerio Fiscal interesaba una sentencia por la que estimando la demanda y la reconvencción se decretara la separación del matrimonio, con culpabilidad de ambos cónyuges.

— El JUZGADO de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimando la demanda absuelve a la demandada, y desestimando la demanda reconvenzional absuelve al marido.

— La AUDIENCIA, resolviendo sendos recursos de una y otra parte, dictó sentencia confirmando en todas sus partes la del Juzgado.

— Cada una de las partes interpuso su respectivo recurso de casación por infracción de ley.

El recurso de casación del DEMANDANTE se basa en los siguientes MOTIVOS:

1.º Por interpretación errónea del artículo 9 del Código civil, porque dicha norma se transforma automáticamente en una clara «norma de conflicto», que únicamente surge en aquellos casos en que otra norma extranjera pretenda someter a su jurisdicción una de las actuaciones relativas al Derecho de familia o el estado, condición o capacidad legal de los españoles en el extranjero; la Audiencia, en su considerando primero, detecta un espíritu amplio, comprensivo de las hipótesis de los extranjeros en España, y tal interpretación es evidentemente errónea, ya que el ESPIRITU de una norma debe deducirse de su literalidad, pero nunca entender por tal aquello que ni con los mayores esfuerzos interpretativos se puede entresacar de su texto.

2.º Por interpretación errónea del artículo 14 del Código civil, ya que la Audiencia apoya su tesis y la capacidad de los extranjeros en España sobre dicha norma, tesis errónea, porque lo que NO DICE el artículo 14 del Código civil en modo alguno es que «lo dispuesto en el artículo 9 sea de aplicación a los extranjeros en España», sino «a los propios españoles EN territorios o provincias de diferente legislación civil; aún más, NO habla de otros países ni de legislación extranjera, y si con la palabra «territorio» se entendiese otro país, siempre quedaría que dicha norma se refiere exclusivamente a los propios españoles y no a los extranjeros en España.

El recurso de la DEMANDADA lo basa en los siguientes MOTIVOS:

1.º Por infracción, por violación de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1885, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935, porque la sentencia de la Audiencia recurrida desestima la reconvencción sobre la base de que, solicitada la separación conyugal por ambas partes en base a la legislación extranjera que les corresponde por su nacionalidad (la del estado de Connecticut), debía haberse probado su contenido, vigencia, alcance e interpretación, y no lo ha sido, como exige la jurisprudencia patria; cita la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1969 y expone las dos direcciones seguidas por la jurisprudencia: de una parte, se ha exigido que la PRUE-

BA de la legislación extranjera se complemente con el dictamen de dos juristas del país extranjero—lo que FALTA en el proceso que nos ocupa y ello origina la resolución recurrida—, pero toda esta doctrina legal que crea esta exigencia está integrada por resoluciones de casos en que las partes estaban EN DESACUERDO sobre la aplicabilidad de la ley extranjera o su contenido, vigencia o interpretación, ya que cuando ambas partes estaban DE ACUERDO con tal extremo de hecho la jurisprudencia ha seguido una línea diferente creando una doctrina legal (sentencias de 9 de julio de 1885, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935) que se estima infringida; precisamente, la sentencia de 1 de febrero de 1934 fue dictada a la vista de un supuesto de hecho exacto al actual; por todo ello, de acuerdo las partes en la legislación aplicable, cuya vigencia acreditaba una certificación del viceconsulado en España, resulta absolutamente innecesaria la probanza ulterior de la legislación extranjera. Todo esto en orden a la FORMA, pues en cuanto al FONDO, no se han demostrado probados los hechos en que el marido fundamenta sus pedimentos y, sin embargo, está plenamente acreditado el adulterio del marido.

2.º Por infracción, por aplicación indebida, de la doctrina legal contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1926, 30 de mayo de 1928, 18 de diciembre de 1935 y 30 de junio de 1962, que dispone que la legislación extranjera ha de probarse no sólo mediante certificación de la ley, sino también con el dictamen de dos juristas: porque tal doctrina está fijada para los casos contradictorios, cuando en el presente caso las partes están plenamente conformes en cuanto a la legislación aplicable.

3.º Por error de Derecho en la apreciación de la prueba infringiéndose los artículos 565 y 566 de la LEC y la doctrina legal contenida en sentencias de 9 de julio de 1885, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935: porque la sentencia recurrida se basa en que la ley americana no ha sido suficientemente probada con la certificación del consulado al no haber completado la prueba con el dictamen de dos jurisperitos; y hay que recordar que la certificación presentada por el actor junto con su demanda como prueba del CONTENIDO de la ley personal en materia de separación conyugal fue expresamente ADMITIDA por la parte demandada, la cual, incluso fundándose en el propio texto aducido, formuló reconvencción: se trata, por tanto, de una cuestión DE HECHO en que las partes se hallan conformes, lo que excluye la prueba, conforme a los artículos 565 y 566 de la LEC; hay que atender, por consiguiente, a las normas de Derecho contenidas en aquellas sentencias y en estas normas adjetivas, que deben regular la apreciación de la prueba, obligando al Juzgado a tener por probados aquellos hechos en los que las partes se encuentran conformes.

— El TRIBUNAL SUPREMO en su sentencia, de la que fue ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, RECHAZA uno y otro recurso interpuestos y sienta la siguiente doctrina:

Considerando que para decidir acerca de las cuestiones que plantean los presentes recursos de casación y habida cuenta que las razones que en ellos se aducen son, en definitiva, las mismas que en su día se utilizaron en los escritos iniciales de que traen causa estas actuaciones, se hace necesario precisar su entidad, tal y como de ellos resulta, no sólo en lo que tienen de discrepantes, sino también en lo que son coincidentes, apareciendo la *coincidencia en los siguientes hechos*: los litigantes, ahora recurrentes, son *súbditos norteamericanos*, que contrajeron *matrimonio civil* el día 7 de octubre de 1956, en la ciudad de S., estado de *Connecticut* (USA), según las leyes del mismo; fijaron el domicilio conyugal en la localidad española de..., donde adquirieron una finca, a principios del

año 1960; del matrimonio nació un hijo varón el 21 de marzo de 1961; a partir de 1967 comenzaron las desavenencias conyugales, que condujeron al estado actual, y *mostrándose la discrepancia con la actuación posterior de los interesados*: a) el día 18 de abril de 1969, *el marido presentó demanda de separación matrimonial* ante la autoridad judicial española alegando la vida desordenada de la esposa, a la que acusaba de beber en demasía—por lo que había estado internada en una clínica, donde recibió el tratamiento adecuado—, que culminó con el abandono del hogar aprovechando una ausencia del actor, llevándose todos los muebles y enseres que existían en aquél, y aduciendo como fundamentos jurídicos de sus pretensiones el Código civil español y en especial los artículos 103, 104 y 107, en relación con el 27, en cuanto atribuye a los extranjeros iguales derechos civiles que a los nacionales, y el 68, a los efectos de la adopción de las pertinentes medidas provisionales que para estos supuestos establece el legislador; todo ello, junto con *lo que afirmaba ser la ley sobre la materia en el estado particular de Connecticut*, contenido en unas hojas de papel simple mecanografiadas, traducidas al castellano por un corredor intérprete (jurado) marítimo, que el vicecónsul de USA en Sevilla certificaba correspondían exactamente con lo que constaba en la 97 edición, de 1965, del *Martindale-hubel law directory*, cuyo ejemplar existía en el archivo del consulado; b) *la mujer*, citada por edictos, por encontrarse en ignorado paradero, compareció contestando a la demanda, de la que rechazaba los cargos que se le hacían, al propio tiempo que *formulaba reconvencción solicitando igualmente la separación conyugal a causa del adulterio del marido*, que probaba con el testimonio de una *sentencia firme de un Tribunal inglés*, en que aquél figuraba condenado como cómplice en el procedimiento de divorcio por ese motivo que se siguió de un matrimonio británico, e *invocaba como Derecho aplicable no el español*—salvo lo referente a los artículos 27 y 68 del Código civil—, sino, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del mismo y de la interpretación dada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, *el privativo del Estado de Connecticut*, según refleja la certificación presentada por la parte actora, con la que estaba conforme, tanto en cuanto a su vigencia como a su contenido.

Considerando que de la relación que antecede *se deduce que el primer problema a dilucidar es el atinente a la legislación que debe ser aplicada*, es decir, si habrá de tenerse en cuenta la española o, por el contrario, tendrá que ser la del estado americano de Connecticut; *que la sentencia recurrida*—confirmando en un todo la de primer grado—*resolvió en sentido favorable a la primera, solución que se impugna por el recurso que interpuso el marido*, manteniendo su punto de vista inicial, antes aludido, al sostener en los dos motivos que formula, en ambos casos por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, que se infringió por interpretación errónea lo establecido en los artículos 9 y 14 del Código civil, y *que, sin embargo, debe reputarse correcta y adecuada con el espíritu y alcance de los preceptos de referencia*, que instauran en nuestro sistema el *principio del estatuto personal* para resolver los conflictos de leyes en el espacio en materia de familia, estado y capacidad legal de las personas, *que implica la aplicación de las normas patrias aun en el extranjero respecto de los súbditos españoles y la consiguiente recíproca aplicación en España de las normas extrañas cuando de extranjeros se trate*, siempre que no sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres; *reglas, sin duda, elementales del denominado «Derecho Internacional Privado»*, divulgadas por la doctrina científica, consagradas en tratados y convenciones internacionales—de los que el ejemplo más reciente es el de La Haya de 26 de abril de 1966—y, por supuesto, observados continua e ininterrumpidamente por la jurispuden-

cia de este Tribunal, especialmente recogida en las sentencias de 18 de febrero de 1925, 1 de febrero de 1934, 4 de diciembre de 1935, 23 de febrero de 1944, 29 de marzo de 1956, 16 de diciembre de 1960, 29 de septiembre de 1961 y 30 de junio de 1962, *todo lo cual conduce a la desestimación de este primer recurso*, cuya formulación, por otra parte, carece de la precisión y claridad indispensables—de acuerdo con la exigencia del artículo 1.620 de la Ley Procesal—no sólo por la forma oscura con que aparece redactado, sino porque toma como punto de partida el que fue fundamento principal del escrito de demanda, donde, a pesar de solicitar se aplicase el Derecho español, presentaba lo que estima eran las normas vigentes en el estado americano, innecesarias en caso de defender la primacía de nuestra legislación e inducentes a confusión si lo que pretendía era la aplicación conjunta de dos clases de reglas de conflicto—con independencia de su contenido material—disparés entre sí.

Considerando que *el segundo problema que se plantea se refiere a si*, partiendo de la base de que el Derecho aplicable en este caso debe ser el americano del estado particular de Connecticut, *ha sido o no suficientemente acreditado por las partes* ante la autoridad judicial española a la que, por voluntad de aquéllas, corresponde resolver la cuestión debatida; *punto éste que los litigantes no discutieron porque están de acuerdo en su admisión*, sino que fue suscitado por los Juzgadores de Instancia, acordes en estimar que no se cumplieron los requisitos requeridos por la doctrina jurisprudencial para supuestos como el aquí contemplado, y *que constituye la base del recurso interpuesto por la esposa*, articulado en tres motivos, de los que sólo son susceptibles de examen en este trámite los dos primeros, porque *el último*, amparado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, *adolece de defectos formales*, que, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala, lo hacen incurrir en la causa de inadmisión del ordinal cuarto del 1.729 del propio texto legal, que en este momento lo es de desestimación, ya que se denuncia error de Derecho en la apreciación probatoria diciendo que fueron infringidos los artículos 565 y 566 también de la Ley Procesal, pero *sin precisar el concepto de la infracción*, aparte de que dichos preceptos no contienen norma alguna valorativa de la prueba cuya vulneración puede servir para respaldar el alegato, en contra todo ello de la claridad y precisión, antes recordada, que para esta clase de recurso se exige en el artículo 1.720 de la misma Ley de Enjuiciar; *motivos aquéllos* en que, por el cauce del número 1 del artículo 1.692 del propio texto, *se alega violación de la doctrina jurisprudencial* contenida en las sentencias de 9 de julio de 1885, 1 de febrero de 1934 y 18 de diciembre de 1935, según las que «cuando los litigantes está conformes—cual sucede en este caso—respecto de la vigencia y aplicabilidad del Derecho extranjero resultan innecesarios los requisitos antes mencionados», y *de otro, aplicación indebida de la doctrina que proclama la necesidad de éstos*, recogida en las sentencias que cita.

Considerando que para valorar en su justa medida las infracciones que se denuncian es preciso recordar la *tesis fundamental de la doctrina jurisprudencial* cuya pertinencia para este caso se discute, consistente en que «la alegación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada por las partes interesadas de modo pleno e indubitado no sólo por lo que se refiere al texto legal concreto, sino también en cuanto a su sentido, alcance e interpretación asignadas por los Tribunales del respectivo país, porque al aplicar la ley extranjera el Juez patrio viene obligado a su observancia como si lo fuera del país de que se trate», *exigiéndose a éstos efectos el dictamen conforme de dos jurisconsultos* de aquél debidamente legalizados—sentencias, entre otras, de 25 de febrero de 1926, 30 de marzo de 1928, 12 de diciembre de 1935,

30 de junio de 1962 y 9 de junio de 1969—, *exigencia* que, como se ha expuesto precedentemente, aquí *no* fue *cumplimentada* y *que no puede suplirse por la conformidad*, también referida, de los litigantes, *la cual*, aunque tenida en cuenta ciertamente por las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan, *lo fue respecto de textos legislativos de indiscutible vigencia, cual el Código civil francés*, y en relación con preceptos concretos, cuya aplicabilidad las partes, más que constatar, se limitaban a reconocer para resolver sus disputas, *que es cosa distinta de lo que sucede en este caso*, en que *el acuerdo de los litigantes*, de ser vinculante para la autoridad judicial española, supondría tanto como *eliminar el primer y fundamental elemento de la prueba requerida*, puesto que aquello sobre lo que éstas están conformes es insuficiente por sí solo a estos fines, al tratarse, como se ha dicho, de una simple copia mecanografiada en cuartillas de papel común, sin firmar ni sellar, tomada de un repertorio legal cuya edición de 1965 no demuestra la inexistencia de otras anteriores; presentándose traducida por un corredor intérprete (jurado) marítimo sin intervención de los que normalmente son utilizados; autenticada con una certificación de un vicecónsul—dentro del consulado general de USA en Sevilla—, pero sólo en cuanto a que corresponde con el mentado repertorio, *no en cuanto a su vigencia* ni a la relación que guarda esta ley particular de uno de los estados—Connecticut—con el ordenamiento general de la Unión Americana en su consideración de estado federal; careciendo todo ello, además, de las debidas legalizaciones, tanto americanas como españolas; en una palabra, *sin base suficiente y sería* para que, sin más, una autoridad judicial patria pueda estar en condiciones de resolver la disputa sometida a su decisión, a causa de todo lo cual deben ser igualmente *desestimados los dos aludidos motivos* y con ello este segundo recurso en su totalidad.

Considerando que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la *desestimación de los dos recursos* interpuestos lleva consigo la imposición de las costas causadas y la pérdida del depósito constituido.

MATRIMONIO CELEBRADO CIVILMENTE EN EL EXTRANJERO POR PERSONA LIGADA POR VINCULO ANTERIOR: *la realidad del matrimonio como hecho y la configuración jurídica y efectos del acto matrimonial celebrado. EFECTOS DEL MATRIMONIO DECLARADO «NULO» DE PLENO DERECHO:* *la existencia como «hecho» del matrimonio ante los tipos de ineficacia, la nulidad del matrimonio, la sanción aplicable y la necesidad de previa declaración judicial. EL MATRIMONIO PUTATIVO:* *sus requisitos, la aplicación del artículo 51 del Código civil y los tipos de ineficacia. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL:* CALERO c. LECANDA y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1972).

Antecedentes.—I) La demandante había contraído matrimonio civil con don A., en una ciudad de USA, donde ambos estaban domiciliados, conforme a las reglas locales (principio *locus regit actum*). El marido aparecía como «naturalizado» estadounidense, aunque ambos eran de nacionalidad originaria española. Acompañaba la actora la pertinente documentación acreditativa del matrimonio celebrado, consistente en una certificación del vicesecretario municipal de la ciudad de residencia donde se celebró el matrimonio. Dicha certificación no aparecía legitimada por el cónsul de España ni tampoco legalizada en forma.

II) Reintegrado el matrimonio a España, donde residieron desde fechas recientes, comparecen ambos ante Notario—el marido al solo efecto de asistir con su licencia a la esposa—y la mujer adquiere una parcela de terreno por precio de 13.000 pesetas, confesando el vendedor su anterior recibo. Sobre dicha parcela, un año después, se declara por la mujer una obra nueva, consistente en un chalet, valorado en 400.000 pesetas. Ambas escrituras tuvieron su acceso al Registro de la Propiedad, donde se inscribieron «para la sociedad conyugal», por los títulos reseñados. No se consignaron en las escrituras el origen o procedencia del dinero declarado para la adquisición del solar ni para la obra nueva efectuada sobre el mismo.

III) Poco antes de su muerte, el marido, don A., comunica a su esposa haberse casado canónicamente en España y tener varios hijos del matrimonio—los aquí demandados—, sin tener noticias de su familia desde hacía más de cuarenta años. El marido fallece en 1961 sin dejar testamento.

IV) Se celebra una entrevista entre la viuda y los hijos habidos del anterior matrimonio: según la demandante, como resultado de su iniciativa y gestiones emprendidas a tal efecto; según los demandados, como efecto de la comunicación a ellos dirigida por la empresa naviera para la cual el difunto trabajó en vida y tras esperar varios meses la contestación de la pretendida viuda.

V) Los hijos del primer matrimonio promovieron ante el Juzgado del domicilio del causante la prevención y tramitación del correspondiente juicio de abintestato acreditando ser hijos legítimos del finado, quien falleció—afirman—no en estado de casado con la hoy demandante, sino en estado de viudo de su madre, con la que al morir no se hallaba separado legalmente.

VI) La viuda, aquí demandante, había informado a los hijos—demandados—de la existencia de unas cartillas de ahorro en establecimientos bancarios estadounidenses. De una libreta aportada al juicio, de cuenta de ahorro en banco norteamericano, aparece un movimiento de dólares ascendente hasta la fecha aproximada de las obras efectuadas para construir el chalet, con salida de unos 8.000 dólares, quedando un saldo favorable a su muerte de poco más de 2.000 dólares. Los demandados alegaban la existencia de otra cartilla de ahorro por importe de unos 12.000 dólares, según las manifestaciones hechas a ellos por la viuda, aquí actora, sin que hubieran podido averiguar en qué establecimiento se hallaba.

Del juicio de prevención de abintestato resultó que se entregaron a los hijos los bienes del finado, a excepción del chalet y solar, y sin que apareciera la citada cartilla con 12.000 dólares.

— La DEMANDA finaliza con la súplica de que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1) que se declare «nulo» el matrimonio civil contraído por la actora y el difunto; 2) que la demandante es dueña exclusiva y excluyente de la parcela de terreno y chalet citados; 3) que se condene a los demandados a guardar perpetuo silencio sobre la propiedad de la parcela y obra nueva precedentemente declarados; 4) que, como necesario complemento, se rectifiquen las pertinentes inscripciones en el Registro de la Propiedad, en el sentido de que la adquisición y edificación llevadas a efecto por la demandante lo fueron «en estado de soltera»; 5) que los honorarios y gastos de la rectificación sean impuestos a los demandados en todo caso. Y *ad cautelam* solicitaba la ineficacia de las referidas inscripciones si se estimase que se ejercita acción contradictoria de dominio inscrito.

— Los demandados, tras alegar lo pertinente, formularon RECONVENCION con súplica de que dicte sentencia por la cual se declare:

1) no celebrado el pretendido matrimonio civil entre la demandante y su difunto padre, que se dice celebrado en USA en 1957; 2) desestimar totalmente las peticiones de la demanda; 3) estimar la reconvención declarando: que el dinero con que se satisfizo el precio de compra de la parcela de terreno y aquel con el que se sufragaron los gastos de construcción del chalet no pertenecían ni eran de exclusiva propiedad de la demandante, sino de pertenencia exclusiva de su difunto padre; que si los hubiera entregado en virtud de donación a la actora, tal donación es nula y no puede surtir efecto alguno, como realizada con causa ilícita; que como consecuencia de los dos apartados anteriores, tanto la parcela de terreno como el chalet fueron adquiridos por el causante como dueño exclusivo y excluyente, y a su fallecimiento, a su herencia; que deben rectificarse las inscripciones de dominio en el Registro de la Propiedad, y, finalmente, condenar a la demandante a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de todos los gastos y costas por ser de justicia.

— El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, acogiendo parcialmente la demanda, dictó sentencia por la que se declaró: 1) que es radicalmente nulo el matrimonio civil celebrado en 1957 en USA entre el causante y la demandante; 2) se desestiman todas las demás peticiones de la parte actora, absolviendo de ellas a los demandados; 3) que la parcela de terreno y el chalet no fueron adquiridos y destinados y sufragados los gastos de su construcción, respectivamente, con dinero de la pertenencia de la actora, sino con el de la propiedad del causante, que lo donó a aquélla, contrato de donación radicalmente nulo, correspondiendo la propiedad exclusiva de la parcela y chalet al causante, y por su fallecimiento, a su herencia, de la que aparecen partícipes los demandados; 4) que son nulas las inscripciones de dominio en el Registro de la Propiedad de la parcela y chalet expresados; 5) que no se hace expresa condena en costas.

— La AUDIENCIA, revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado y con desestimación total de la demanda, dictó sentencia por la que se declara inexistente el matrimonio celebrado, confirmando íntegramente los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, sin expresa imposición de costas.

— La demandante interpuso RECURSO DE CASACION por infracción de ley con apoyo en los siguientes MOTIVOS:

1.º Por error de hecho en la apreciación de las pruebas, documentos auténticos, que evidencian la equivocación del Juzgador, cuales son las escrituras de compra del solar y de obra nueva del chalet y la certificación del vicesecretario municipal de la ciudad de USA acreditativo del matrimonio civil contraído en la fecha citada: en unos y otros hechos se observó escrupulosamente la regla *locus regit actum*, o sea, el estatuto formal del lugar en que los documentos se emiten; podrá discutirse la calificación jurídica del matrimonio civil celebrado o su posterior eficacia, mas es indudable que el acto en sí ha tenido existencia plena y ha dado origen a una apariencia, al menos, matrimonial que no puede ser olvidada en Derecho; reconocido esto por el Juzgado de Instancia, por la parte contraria y aun implícitamente por la sentencia de la Audiencia recurrida, al decir que «el criterio jurisprudencial entiende ha de considerarse 'inexistente' lo que es nulo desde su origen»; por lo que al calificar como «inexistencia» la ineficacia del acto matrimonial va contra la realidad de la litis, en que lo discutido es el PROBLEMA ECONOMICO de las CONSECUENCIAS CIVILES de este acto, incidiendo en evidente error en la apreciación de la prueba, al no dar relevancia en la litis al acto matrimonial y declarando, por el contrario, su irrelevancia.

2.º Por violación o inaplicación del artículo 69 del Código civil, que recogiendo un principio de honda raigambre en nuestro Derecho establece la presunción de la buena fe salvo prueba en contrario: no se ha tenido en cuenta por la sentencia recurrida, ya que es suficiente la buena fe de UNO de los cónyuges para que los EFECTOS CIVILES se produzcan respecto de él y de los hijos; en la presente litis lo que realmente se discute y se debate, más que la nulidad, inexistencia o posible legalidad del matrimonio, es acerca de los efectos civiles de esta situación, las consecuencias de orden patrimonial del hecho—en tal sentido, nulo o inexistente—del matrimonio controvertido; su apariencia jurídica produce efectos civiles, pues la actora y recurrente ha obrado de buena fe, que por imperativo legal se presume siempre salvo prueba en contrario, y ha actuado como esposa en su estado civil de casada, sin que este argumento quepa destruirlo por simples presunciones sobre su catolicidad o el conocimiento o no de los artículos 42 y 9 del Código civil (como hizo el Juzgado), ya que ello afectaría a un problema de conciencia religiosa o a un conocimiento profundo de las leyes; tampoco puede exigirse a la actora un conocimiento profundo del Código civil acerca de su matrimonio, ya que contrajo matrimonio civil con arreglo a normas y costumbres ajenas a las españolas y cumpliendo los requisitos de la legislación del lugar, siendo palmaria la buena fe de la recurrente.

3.º Por violación o falta de aplicación del artículo 1.417 del Código civil en relación con el citado artículo 69, pues si existió, al menos, una apariencia de matrimonio durante un tiempo determinado y si se vivió como tal matrimonio habiendo buena fe por parte de la actora, este hecho produce efectos civiles y éstos no son otros que la EXISTENCIA de una presunta sociedad de gananciales, que al ser declarado nulo el matrimonio por sentencia ha de disolverse con arreglo al artículo 1.417 del Código civil, que establece como una de las causas de disolución de la sociedad de gananciales precisamente la de declaración de nulidad del matrimonio, lo que ocurre en el presente caso.

4.º Por error de Derecho en la justa valoración de la prueba de presunciones, con infracción de los artículos 1.215, 1.249 y 1.253 del Código civil, citados en el segundo considerando de la sentencia recurrida, porque al plantearse en dicho considerando el problema de los efectos patrimoniales de la situación originada entre los aparentes cónyuges respecto a la PROCEDENCIA del dinero con que se adquirieron los bienes discutidos establece una presunción equivocada, deduciendo de la serie de presunciones fijadas que el dinero empleado para menesteres era de la exclusiva propiedad del causante; pero tal argumento, que pretende ser una presunción, carece de verdadera entidad, ya que si son ciertos los hechos sobre que se basa, no es acertada la conclusión, al olvidar el HECHO ESENCIAL de la vida en común «como esposos», o sea, con absoluta unidad económica y patrimonial, con lo que el dinero de uno y otro se identifica genéricamente como común y nada obsta a la aportación por la esposa de su trabajo personal, ahorros, etc.; si entre dos personas que viven como esposos caben todas las combinaciones posibles económicamente hablando derivadas de una sola unidad patrimonial, se deduce que el silogismo empleado por el Juzgador conduce a una conclusión subjetiva que no puede admitirse como «presunción».

5.º Por incongruencia de la sentencia recurrida al otorgar el fallo más de lo pedido por las partes: la sentencia recurrida se dictó en apelación, interpuesta por la actora contra el fallo del Juzgado de Instancia, y los demandados acudieron a la apelación, sólo como apelados, a MANTENER el criterio del Juzgador de Instancia, y en dicha sentencia se declaró «acogiendo parcialmente la demanda»..., y contra dicho pronunciamiento los demandados no recurrieron, sino que acudieron a mantener

y sustentar la doctrina del fallo del Juzgado, o sea, la declaración de NULIDAD del matrimonio; siendo esto así, la sentencia de la Audiencia recurrida, sin haber interpuesto recurso los demandados contra el fallo del Juzgado, modifica este punto y agrava la cuestión concediendo la INEXISTENCIA del matrimonio entre los citados cónyuges, que no fue pedida ni por la actora ni por los demandados; por tanto, la Audiencia, en su sentencia, otorgó más de lo que las propias partes habían solicitado.

— El TRIBUNAL SUPREMO dicta sentencia, de la que fue ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, rechazando los motivos UNO y CUARTO y ESTIMANDO el QUINTO, sentando la siguiente e interesante doctrina en las dos sentencias:

CONSIDERANDOS DE LA PRIMERA SENTENCIA:

Considerando que habida cuenta de su propia naturaleza *deben ser examinados*, ante todo, *los motivos señalados con los números uno y cuatro*, en los que, con amparo en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impugna la apreciación de la prueba efectuada en la sentencia recurrida utilizando la doble vertiente que dicho precepto permite, *ninguno de los cuales es susceptible de estimación: a) el primero, en que se denuncia error de hecho porque los documentos aducidos en cumplimiento del mandato legal no sirven para el fin pretendido*, pues no tienen el carácter de «auténticos» a los efectos específicos de la casación civil, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial, ya que constituyeron el objeto principal del debate habido en el pleito de que trae causa este recurso, sobre los que recayó directamente la interpretación del Juzgador, que no desvirtúan por sí mismos y sin ulterior razonamiento; pero, además, porque *uno de ellos es el certificado expedido por el vicesecretario municipal de la ciudad de Nueva York (USA) de 11 de julio de 1957, que aunque presentado en la traducción realizada por la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio español de Asuntos Exteriores, no se acompaña con las legalizaciones y legitimación exigidas por el artículo 600 de la Ley Procesal para que pueda tener eficacia ante los Tribunales de nuestra Patria, y los otros dos, en razón a que por su calidad de escrituras públicas notarialmente autorizadas podrán valer para constatar el acto en sí de su otorgamiento, pero no son suficientes para autenticar la verdadera «relación familiar» de las personas que en ellos intervienen, y b) el cuarto, en que se alega error de Derecho*, a causa de que *la denuncia se trata de apoyar en la infracción de los artículos 1.215, 1.249 y 1.253 del Código civil, sin precisar el concepto de la misma*, contrariamente a lo requerido por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento y la constante doctrina dictada en su aplicación, aparte de que *ni el artículo 1.215 contiene norma alguna valorativa de la prueba que puede decirse vulnerada*, ya que se limita a enumerar los medios probatorios admitidos legalmente, *ni sea permisible desde el punto de vista procesal el alegato conjunto de los dos preceptos relativos a las presunciones*, estando como está el segundo referido al puro juicio deductivo de orden jurídico, que *sólo puede ser cometido a través del cauce del número uno del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Considerando que *en el motivo quinto del recurso—que igualmente debe examinarse con precedencia los restantes, dado el carácter de la alegación que en él se contiene—, y por la vía del número dos del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, se dice que la sentencia que se recurre incurrió en incongruencia, porque la dictada en primer grado declaró*

«que era radicalmente nulo» el matrimonio civil celebrado entre la hoy recurrente y el padre de los actuales recurridos, *lo que implica el reconocimiento de su existencia, al menos, como realidad de hecho*, declaración con la que estos últimos se aquietaron, pues ni apelaron ni se adhirieron a la apelación, y, *en cambio, la resolución que ahora se impugna*, revocando expresamente en ese punto el fallo anterior, *proclamó «la inexistencia del indicado matrimonio»*, lo que, en decir del recurso interpuesto, implica una modificación agravatoria de la declaración precedente, que lleva consigo una verdadera *reformatio in peius*, *que, sin duda, es de apreciar desde un doble punto de vista, que conduce a la estimación del motivo de referencia: en primer lugar, por lo que se refiere a la realidad del matrimonio como hecho*, pues frente a la afirmación de su «existencia» que se hizo por el Juzgador de Primera Instancia, el Tribunal *a quo* justifica la parte propiamente dispositiva de su resolución diciendo que «aquella declaración no se corresponde con la resultancia de la prueba, de la que no deriva justificación del acto declarado nulo», y *en segundo término, por lo que respecta a la configuración jurídica del acto matrimonial celebrado*, pues mientras en un caso se dijo, como se acaba de ver, que era «nulo», en el otro se proclamó su «inexistencia», lo que tiene indudable repercusión respecto de las consecuencias que en Derecho le pueden ser atribuidas.

Considerando que, en su consecuencia, y *sin necesidad de entrar a examen de los demás motivos articulados, procede la casación y anulación de la sentencia recurrida*, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas con este recurso.

Fallamos que debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña L. Calero.

CÓNSIDERANDOS DE LA SEGUNDA SENTENCIA DE CASACION:

Por los fundamentos de hecho y de Derecho de la sentencia de casación que precede y

Considerando que *el matrimonio civil celebrado por la actora, doña...*, en la ciudad de Nueva York (USA), *con el hoy fallecido, don...*, del que no hubo descendencia, y a causa del anterior matrimonio canónico contraído por el esposo en 1910 en España con doña... (fallecida el 19 de enero de 1939), de cuya unión nacieron tres hijos legítimos, que actualmente figuran como apelados, *en virtud de lo establecido en el número primero del artículo 101 del Código civil*, por concurrir el impedimento de *ligamen* del ordinal quinto del artículo 83 del mismo Cuerpo legal, *es «nulo» de pleno Derecho* el modo solicitado en la demanda y declarado en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que debe ser confirmada en este extremo.

Considerando que *para señalar los efectos jurídicos que esta declaración de nulidad lleva consigo*, dado el confusionismo conceptual apelado, *es indispensable precisar y aclarar los términos que entran en juego*, debiendo recordar al respecto que *el concepto de «inexistencia» no tiene consagración en nuestro ordenamiento positivo*, siendo usado por la doctrina científica remedando la práctica del antiguo Derecho, especialmente el francés, que lo ideó como reacción frente al rigorismo de la regla según la que sólo podía ser nulo el matrimonio que se celebrase *en contra* de una norma expresamente establecida en un texto legal—«no hay nulidad sin texto»—y *que se concretó en aquellos supuestos en que no existiendo dicha norma era inconcebible pensar en la realidad efectiva de un acto matrimonial*, cual sucedía en los casos de identidad de sexo, falta absoluta de consentimiento y ausencia total de acto; *quedando, por tanto, excluidas las hipótesis en que la ley establece una prohibición específica*

y decreta la consiguiente nulidad para cuando sea infringida al modo como ocurre en el caso de bigamia, puesto que en nuestro sistema el número cinco del artículo 83 del Código civil preceptúa el impedimento dirimente para contraer matrimonio respecto de aquellos que se hallen ligados por un vínculo precedente, y el ordinal primero del 101 del mismo Código sanciona con nulidad a los matrimonios celebrados en contravención con lo dispuesto en aquél; resultando, en el caso que aquí es objeto de examen, que no puede incluirse en ninguna de las tres posibilidades de inexistencia que la doctrina científica—que no el Derecho positivo—menciona, ya que ha quedado probado que el acto matrimonial existió «de hecho», aunque incida en la sanción de «nulidad» justamente por la preexistencia del matrimonio que el marido había contraído.

Considerando que esta consecuencia sancionadora es, sin duda, común a todos los supuestos de «ineficacia absoluta», pues bien si se trata de un acto que «no existe» al faltar alguno de los elementos esenciales para su existencia o bien si es radicalmente «nulo» por ser contrario a una prohibición expresa de la ley, no podrá tener otra sanción que la máxima de carencia total de efectos jurídicos, que se concreta en la clásica fórmula «quod nullum est nullum effectum producit», desde el instante mismo de su celebración, pues al no llegar a hacer, jurídicamente hablando, equivale al surgir de algo carente de toda virtualidad, pero siempre, en todo caso, con necesidad de una previa declaración judicial que constate, en el orden civil, la nulidad o la inexistencia, que aun con valor meramente declarativo, es indispensable para deshacer la apariencia del acto realizado, según proclamó la jurisprudencia de este Tribunal Supremo de manera constante y uniforme, para toda clase de actos jurídicos en general, de la que hizo aplicación para el matrimonio en la sentencia de 25 de enero de 1963, en que se contempló el caso de un matrimonio civil anterior, contrastante con otro canónico posterior, respecto de los cuales se había pedido por las partes litigantes la nulidad de las respectivas inscripciones en el Registro civil, decidiéndose en el sentido de no poder acceder a lo solicitado sin que antes se hubiese instado la nulidad del acto que motivó aquellas transcripciones registrales, lo que no se contradice con lo proclamado en la sentencia de 19 de enero de 1926—de evidente repercusión científica y generalmente utilizada en apoyo de la tesis contraria—, porque en ella lo que se resuelve es un contraste entre dos matrimonios canónicos y la decisión de no ser precisa la previa declaración de nulidad está referida exclusivamente a que la competencia para hacerlo en este caso está reservada a los Tribunales eclesiásticos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 de nuestro primer Código sustantivo, quedando atribuido tan sólo a la jurisdicción ordinaria el poder declarar la ineficacia en el orden civil, para lo que en aquel supuesto se consideró suficiente, pero, sin duda, necesaria, la declaración de que el matrimonio «era nulo desde su origen» y «no había tenido existencia legal».

Considerando que la igualdad de trato reseñada hace excepción en el supuesto del matrimonio «putativo», regulado en nuestro ordenamiento por el artículo 69 del Código civil, en el que se hace salvedad respecto de la iusproductividad de eficacia '*pietatis causa et publica utilitate exigente*', que requiere la concurrencia de tres requisitos, que, sin duda alguna, se dan en el caso que se examina: a) en primer lugar, que se trate de un matrimonio «nulo», no inexistente, es decir, de los específicamente sancionados como tales en el número uno del artículo 101 del propio Código, como es el ahora examinado, en que, como se ha dicho, concurre el impedimento del ligamen anterior, del ordinal quinto del artículo 83; b) en segundo término, que los efectos que obtiene sean de carácter estrictamente civil, circunstancia que igualmente se cumple, por cuanto que lo único que, en definitiva, se solicitó por la parte actora, como

«efecto» de la declaración de nulidad, fue la propiedad de unos bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio; c) y, finalmente, que exista buena fe de parte, al menos, de uno de los contrayentes, consistente aquí—dada la causa de nulidad alegada y tomada en consideración—en la ignorancia o desconocimiento del matrimonio anterior, que habrá de presumirse siempre, salvo prueba en contrario, que ni siquiera se suministró por lo que respecta a la actora y actual apelante, no haciendo sobre ello cuestión alguna la sentencia de primer grado, sin que puedan entrar en juego consideraciones que ésta utiliza acerca de la catolicidad de la contrayente en relación con el artículo 42, máxime teniendo en cuenta la fecha del matrimonio—11 de julio de 1957—; en relación con la reforma introducida en dicho precepto con la ley de 24 de abril de 1958, ni la personalidad de esta clase de leyes consagrada en el artículo 9, frente a la territorialidad de la norma que regula la «forma» de los actos jurídicos a los fines del artículo 4, asimismo, de nuestro primer Código sustantivo, pues si bien es cierto que todo ello refuerza la sanción de nulidad, antes señalada, no lo es menos que resulta inoperante a los efectos del régimen especial del matrimonio putativo del artículo 69 en su aplicación al caso que se contempla.

Considerando que a esta conclusión no puede ser un obstáculo la norma contenida en el artículo 51 del Código civil, pues con la fórmula que encierra no se altera en el terreno estrictamente civil la genérica sanción de nulidad del artículo 101, porque al término «ser nulo», que éste emplea, no se puede atribuir otro significado que el de «no producir efectos civiles», que se utiliza en aquél, sino que simplemente se reitera, a los exclusivos fines de la coexistencia en nuestro Derecho de las dos clases de matrimonio que mantiene el artículo 42 después de la reforma llevada a cabo en 1958, tratando de evitar dudas interpretativas y, sobre todo, posibles infracciones, sin que pueda significar la introducción de un tipo especial de «ineficacia» más grave que los demás, ni habiendo base jurídica alguna para deducir que en este caso el matrimonio nulo se convierte en inexistente; del mismo modo que tampoco puede alegarse en contra la tesis sustentada por parte de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias de 14 de julio de 1953 y 29 de mayo de 1962, pues con independencia de afirmaciones generales de carácter doctrinal no vinculantes acerca de la relación entre los preceptos citados—es decir, los artículos 69 y 51 del Código civil—, no hizo sino dar predominio a uno u otro, según se estimó necesario en cada planteamiento concreto, siguiendo la línea trazada por la mejor de nuestra doctrina científica, que faculta a los Tribunales en esta materia para elegir con prudente arbitrio la norma adecuada que permita resolver cada caso con espíritu de equidad y atendiendo todas las particularidades del mismo.

Considerando que, como consecuencia inevitable de la declaración de «nulidad» del matrimonio celebrado por la actora con don... en 1957, procede declarar igualmente concluida la sociedad de gananciales nacida con él, de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 1.417 del Código civil, cuya disolución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 72 del mismo Cuerpo legal, habrá de ponerse en el momento del fallecimiento del esposo, siendo igualmente de aplicar el párrafo segundo del antes citado artículo 1.417, en el sentido de que el fallecido marido, que con su mala fe dio lugar a la nulidad, no tendrá parte en los bienes gananciales que existan del matrimonio, no existiendo méritos que permitan hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

Fallamos que con estimación parcial de la demanda y confirmando en parte, y en parte revocando, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de 7 de marzo de 1970, debemos declarar y declaramos

nulo de pleno Derecho el matrimonio civil celebrado entre la actora y don... en la ciudad de Nueva York (USA), el día 11 de julio de 1957, *que producirá efectos civiles en cuanto a la indicada actora, doña..., dada su condición de cónyuge de buena fe, debiéndose proceder, en su consecuencia, a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales existente entre ellos mismos*, que habrá de considerarse *conclusa a partir de la fecha del fallecimiento del marido, el cual, dada su calidad de cónyuge de mala fe, no tendrá derecho alguno a la parte de los bienes gananciales* que le pudiese corresponder, sin hacer declaración especial en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO OLOGRAFO. NULIDAD (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y de Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 23 de la misma capital, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que del estudio de lo actuado se desprende claramente que los dos puntos esenciales a que el litigio se refiere son: Primero. Validez o nulidad del llamado testamento ológrafo otorgado por doña María R., fechado el 17 de febrero de 1951, y que fue protocolizado por auto del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid, de fecha 7 de marzo de 1961. Segundo. Idéntica declaración sobre el también designado testamento ológrafo de la misma señora fechado el 7 de octubre de 1950.

Considerando que declarado nulo por la sentencia recurrida el referido testamento ológrafo de fecha 17 de febrero de 1951 y de todas sus consecuencias de protocolización y subsiguientes, por el que la testadora designaba heredero de sus bienes al que fue su esposo, don F. P. E., tal declaración ha quedado firme y consentida por los litigantes al no haber sido impugnada en el recurso.

Considerando que en cuanto al otro testamento, de fecha 7 de octubre de 1950, en el que la testadora manifiesta que: «Quiero que todo sea para mi padre, J. C.», fue impugnado por dos causas, que, en concreto, se reducen a tachar de falsedad el documento y a la caducidad de la acción entablada, y habida cuenta que la resolución impugnada rechaza la falsedad de tal testamento, es evidente que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala—sentencia, entre otras, de 24 de febrero de 1961—, la comprobación de la identidad del testamento es problema de hecho respetable en casación, por lo que también ha quedado firme tal declaración de no ser falso el testamento referido, al no impugnarse por la vía del número séptimo del artículo 1.692.

Considerando que sentado lo anterior y entrando en el estudio del recurso, en el primer motivo, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos 658, 667, 670 y 675 del Código civil y de la doctrina de esta Sala que se cita, por entender el recurrente que el testamento de 1950 no puede estimarse como tal al no expresar la voluntad de testar, sin que ni siquiera aparezca en su texto la palabra testamento, ni contiene dis-

posición *post mortem*, ni del mismo se deriva un *animus testandi* de la otorgante, ni designa heredero o herencia, ni de bienes, no va dirigido al heredero, sino a una sirvienta, como un encargo u opinión, y contiene una disposición de desheredación de su esposo sin expresión de causa, etc., y habida cuenta que cualquiera que sea el concepto que a esta Sala merezca el documento en cuestión, lo cierto y positivo es que solamente fue impugnado en los escritos de contestación a la demanda y de súplica por falsedad y caducidad, sin que en ningún momento se les opusieran las causas de invalidez que ahora se postulan, es indudable que el motivo constituye una cuestión nueva, como se hizo resaltar en la vista del recurso, que no puede prosperar en casación, con merma de los medios defensivos de la otra parte, conforme viene constante y reiteradamente declarando la doctrina de esta Sala, que obliga a desestimar el motivo.

Considerando que el segundo de los motivos, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la interpretación errónea de los artículos 689 y 693 del Código civil y la violación de los 1.964 y 1.969 del mismo Cuerpo legal y de la doctrina jurisprudencial que cita, basándose para ello en que siendo el plazo de cinco años que dicta el artículo 689 de caducidad, transcurrido que fue el 4 de febrero de 1957, por haber fallecido la causante en igual fecha de 1952, no cabe su adveración y menos en la fecha de presentación de la demanda, que tuvo lugar el 16 de mayo de 1967, y habida cuenta que, conforme a dicho 689, el plazo de cinco años es para su presentación al Juez pidiendo la protocolización del testamento, y que en caso de ser denegado, como ocurre en el caso contemplado, según el artículo 693, quedará a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio correspondiente, es evidente que esta última acción no nace hasta el momento de ser denegada la protocolización, en cuya fecha comienza el plazo prescriptivo, por ser cuando puede ejercitarse, y como la negativa dicha se acordó por auto de 15 de septiembre de 1952, hasta igual fecha del año 1967 no se hallaba prescrita al tratarse de acción personal, fecha posterior a la de presentación de la demanda, que impide pueda prosperar el motivo.

Considerando que, por último, el tercer motivo del recurso se ampara en el número segundo del citado 1.692, con alegada violación de los artículos 359 y 548 de la misma Ley de Ritos, sosteniendo la incongruencia de la sentencia al no resolver la petición contenida en el suplico de la demanda de que se protocolizara el testamento de referencia, aunque tal petición se omitiera en el escrito de réplica, y como quiera que, conforme al artículo 548, en el escrito de réplica se pueden modificar las pretensiones de la demanda sin que se alteren las que sean objeto principal del pleito, y éste lo constituye la validez o nulidad de los testamentos y no ha sido variado, no concurre la incongruencia denunciada y parece el motivo, y con él, el recurso en su totalidad.

PACTOS EN CAPITULOS MATRIMONIALES. ASOCIACION A COMPRAS Y MEJORAS EN CATALUÑA. Artículos 53 a 56 de la *Compilación catalana* (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, 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 Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Valls, conforme a los siguientes fundamentos:

Considerando que la asociación a compras y mejoras que se practica en el Campo de Tarragona y otras regiones catalanas (*Asociatione uxoris in concuastibus et acequisitionibus*, constante matrimonio *faciendis*) consistía en el momento de concertarse las capitulaciones aquí discutidas —20 de octubre de 1900—, al igual que en la actualidad, según los artículos 53 y siguientes de la Compilación de 21 de julio de 1960, en la formada por ambos consortes, a veces en unión de los padres u otros familiares del marido, para que cada uno de sus componentes hicieran suyos, en la proporción convenida, los bienes ingresados en la comunidad durante la vigencia del matrimonio por compras, mejoras, ganancias y adquisiciones, siempre que las primeras se hubieran llevado a efecto a título oneroso con dinero ahorrado o ganado con el esfuerzo, profesión o trabajo de cualquiera de ellos; se regulaban por los pactos de su constitución en lo que éstos no previeran, por la costumbre de la comarca y, en su defecto, en cuanto concordasen con el espíritu de la institución, por las disposiciones establecidas para los gananciales en los artículos 1.392 y siguientes del Código civil, que debían aplicarse como supletorias, de acuerdo con lo indicado en su artículo 12, resoluciones de la Dirección General de los Registros de 21 de febrero de 1889 y 30 de junio de 1892 y sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1915, y se extinguía a la muerte de la esposa o cuando se declarase nula la unión conyugal (arts. 1.417 en relación con el 1.700, número 3.º, del Código y 56 de la Compilación), momento en que termina el derecho de sus componentes a participar en sus beneficios y en que nace el de cada uno de ellos para reclamar la parte que le corresponda, previa la oportuna liquidación del caudal, como medio determinativo de la masa partible y su entidad, sin que, mientras tanto, el cónyuge sobreviviente pueda atribuirse el dominio de todo o una cuota-parte sobre bienes determinados (resolución de 10 de julio de 1952), aun cuando hubiera sido nombrado usufructuario, sin perjuicio de que la adjudicación se efectuase en el momento de su muerte.

Considerando que al haber admitido la sentencia recurrida la doctrina anterior expuesta (tercer razonamiento del Juez, aceptado por la Sala) y al desestimar la declaración de nulidad e ineficacia de la escritura de manifestación de herencia del padre de la actora, solicitada en el segundo pedimento del escrito de demanda, por entender que dicha señora, en el documento de 15 de agosto de 1933, se había dado por pagada de los derechos que en ella le correspondían, no ha incurrido en ninguna de las infracciones que se denuncian en los cuatro primeros motivos del presente recurso: en las del primero, porque tuvo presente en todo momento el artículo 53 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña y normas consuetudinarias que le sirvieron de antecedente, circunstancia que elimina la posibilidad de violar dicho precepto por inaplicación, como se acusa en el motivo, porque lo que realmente se pretende en él consiste en sustituir la interpretación dada por el Tribunal *a quo* a la referida escritura, por la propia e interesada de la impugnante y porque lo que se desea poner de relieve no es la transgresión de tal norma, sino la de los pactos de las capitulaciones matrimoniales de 20 de octubre de 1900; en las del segundo, porque el Juzgador de Instancia no ha reconocido la eficacia en juicio que al primero de los instrumentos notariales citados asigna el artículo 1.218 del Código civil, sino que ha realizado con relación a él la labor exegetica que ha estimado oportuna respecto a su alcance y contenido, y porque el artículo 1.526, que también se dice quebrantado, no contiene regla alguna sobre valoración de prueba, como es preciso para el éxito de los errores de Derecho a que alude el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias de 16 de noviembre de 1968 y 17 de marzo de 1970), aparte de referirse a la cesión de créditos y no a la dación en pago; en las del tercero, porque tal docu-

mento, por haber girado en torno de él la controversia y sido objeto de examen y análisis por parte del acuerdo judicial combatido, carece de autenticidad a estos fines, según, entre otras, expresan las sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 1969 y 15 de junio de 1970, y en las del cuarto, porque no expresa el párrafo del artículo 1.281 que entiende «violado por inaplicación», omisión que le hace improsperable (sentencias de 19 de noviembre de 1968 y 31 de enero de 1970), sobre todo cuando la regla de hermenéutica contenida en el primero hace innecesario acudir a las restantes, que se especifican en el capítulo IV, título II, libro IV, del mencionado Cuerpo legal (sentencias de 19 de enero de 1935 y 30 de marzo de 1956), porque al estimar la Sala que, por la escritura de 15 de agosto de 1933, la actora había recibido la totalidad del crédito que ostentaba sobre el caudal relicto de su madre, no vulneró los artículos 1.281 y 1.283 de la Ley civil sustantiva, por hacerse constar en ella literalmente que actuaba como heredera de dicha señora, expresión que por sí sola no parece restringirse a los bienes dotales o esponsalicios, sino que puede adquirir la extensión que le atribuye la Audiencia sin implicar una interpretación ilógica, absurda o disparatada, por lo que debe mantenerse en casación, aun cuando cupiera alguna duda acerca de su exactitud (sentencias de 22 de octubre de 1957, 10 de octubre de 1959 y 7 de diciembre de 1961), y porque tampoco se infringió la doctrina consignada en las sentencias de esta Sala de 9 de diciembre de 1943, 16 de diciembre de 1947, 1 de diciembre de 1948 y 13 de marzo de 1953, por limitarse a establecer la distinción entre las figuras jurídicas de la cesión de bienes para pago de deudas (*cessio solvendi causa* o *cessio pro solvendo*) y la adjudicación o dación en pago (*cessio* o *datio in solutum*), a diferenciar la primera de ellas de la donación de bienes y a resolver acerca de la validez o nulidad de dichos contratos.

Considerando que igual pronunciamiento debe adoptarse respecto al quinto motivo del recurso, esgrimido bajo la rúbrica del número 1.º del repetido artículo 1.692: A) Porque, como se ha indicado antes, el Tribunal de Instancia tuvo presente y aplicó la doctrina recogida por el artículo 53 de la Compilación de 21 de julio de 1960, por la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1915 o por los preceptos del Código civil relativos a la regulación, disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, según se observa en el tercer considerando de la sentencia de primer grado, que parte de la tesis sustentada por el artículo 1.401 e incluso invoca específicamente el 1.417 del Código civil, con lo que no pudo incidir en la falta de aplicación que se intenta resaltar en el motivo. B) Porque toda la argumentación de éste se construye sobre la base de que durante la vigencia de la asociación a compras y mejoras pactada en los capítulos matrimoniales de 20 de octubre de 1900 se adquirieron por el esposo, padre de la recurrente, y con dinero procedente del esfuerzo o trabajo de los miembros de la asociación, diez fincas, que como de su exclusiva pertenencia inscribió en el Registro de la Propiedad, declaración fáctica que para nada se deduce de la sentencia recurrida y que al no haberse intentado demostrar en el recurso a través del cauce formal adecuado hace totalmente inaplicable los artículos y jurisprudencia enunciados en el motivo y en especial los 1.392, 1.407, 1.414 y 1.418, incurriendo, además, en el vicio de inadmisión señalado en el número 9.º del artículo 1.729 de la Ley de Trámites y en la consiguiente causa de desestimación en esta fase decisoria. C) Porque al haberse rechazado los motivos precedentes permanece en pleno vigor la afirmación de la sentencia recurrida de que la actora recibió a través de la escritura de 15 de agosto de 1933 la totalidad de los bienes que le corresponden en la herencia de su madre.

Considerando que igual suerte deben correr los motivos sexto y séptimo del recurso, dirigidos por la misma vía formal del anterior, porque ya se

califique la acción ejercitada en la demanda como de petición de herencia, prescriptible a los treinta años desde la muerte del causante, según se establece en el artículo 275 de la Compilación y *Usatge Omnes causa*, recogido por el volumen I, libro VI, título II, de las Constituciones, e inspirado en el título XI, libro VII, del Código Justiniano (tesis de la sentencia de Primera Instancia), o se le atribuya la naturaleza jurídica de acción divisoria del caudal relicto o de bienes comunes, por haber surgido al fallecimiento de la madre de la actora una comunidad entre sus herederos y el cónyuge supérstite (sentencias de 11 de junio de 1951, 26 de abril de 1956 y 20 de mayo de 1957), sometida a la imprescriptibilidad de los artículos 400, 1.052 y 1.965 del Código civil (tesis de la recurrente), lo cierto es que al haberse rechazado expresamente en el segundo considerando de la resolución impugnada la excepción de prescripción aducida oportunamente por los demandados, y al haberse aquietado éstos con semejante pronunciamiento, entró en juego lo estatuido en el artículo 408 de la Ley Procesal y los referidos motivos resultan totalmente irrelevantes a los fines que se pretenden, por ausencia de interés tutelable en favor de quien les formula por dirigirse a obtener la misma declaración que consiguieron ante el Tribunal de Instancia, lo que provoca el decaimiento, y con él, el del octavo, cuyo éxito depende del que tengan los que le preceden.

HEREDERO. INSTITUCION A TITULO UNIVERSAL. INTERPRETACION DE TESTAMENTO. Artículo 675 del Código civil (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1973).

El causante, de profesión Abogado, murió bajo testamento ológrafo, en el que favorecía, bajo la expresión «dejo cuanto poseo», a la demandada, apelada y recurrida en el presente pleito. Habiendo posteriormente al testamento enajenado el testador los bienes que poseía al otorgarlo, una hermana de éste pretende que el alcance de dicha expresión era la de institución a título singular, como referida exclusivamente a los bienes mismos de que era dueño el testador al otorgar el testamento, pero no a sus subrogados, por lo que al haber enajenado los bienes, el legado quedaba sin efecto, conforme al artículo 869, número 2.º, del Código civil.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, desestima el recurso interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 32 de esa capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Considerando que al no ser objeto de controversia en el recurso, como no lo fue tampoco en el pleito, la validez del testamento ológrafo otorgado por el causante de la herencia en litigio el 26 de octubre de 1964, la única cuestión a dilucidar en este recurso, propuesta en su único motivo, es la de determinar si la disposición de bienes contenida en las cláusulas segunda y tercera del referido testamento han de ser interpretadas como una disposición testamentaria a título universal a favor de la recurrida, como aprecian de consuno ambas instancias, o si, como pretende el recurrente, dichas cláusulas deben ser interpretadas como legado de cosa cierta, que al haber sido enajenado por el testador, en cuanto a inmueble se refiere, antes de su muerte, lo deja sin efecto (párrafo segundo del artículo 869).

Considerando que de los términos literales del testamento transcritos en la sentencia de Instancia, ante la rotunda frase de «dejo cuanto po-

seo...», del párrafo segundo, y la exclusión expresa de un reloj de metal, que deja a su hermano Carlos, en el párrafo tercero, hay que llegar, precisamente por imperativo de lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil, que en el motivo se estima como infringido por no aplicación, a la conclusión que, en el testamento cuestionado, se dispuso de los bienes a título universal, aunque no se consignara la palabra «heredero», lo que no es necesario, según el párrafo segundo del artículo 668 del mismo Cuerpo legal, y de que la referencia a los bienes que el testador en ese momento poseía era meramente enumerativa y circunstancial, interpretación que es la de la Instancia, lo cual, además, según la jurisprudencia de esta Sala, habrá de prevalecer siempre que no conduzca al absurdo, circunstancia que no se da en este caso, por lo que hay que desestimar el recurso.

ALBACEAZGO. REMOCION. Artículo 910 del Código civil (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que declara removidos y caducados de su cargo a los albaceas en razón a su grave negligencia en el cumplimiento de las funciones propias de los mismos, por la parte demandada y apelante en este litigio, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que si bien el Código civil preceptúa que el albaceazgo termina por remoción del albacea, de donde se sigue que ha de haber casos en los cuales éste puede ser removido de su cargo, incurre en la deficiencia de no desenvolver esta materia, dejando de señalar cuáles han de ser las justas causas que den lugar a la remoción, vacío que hoy está subsanado, en gran parte, por esta Sala, que en su sentencia de 4 de febrero de 1902 declaró que no puede el silencio de la ley, en punto a las causas de remoción de los albaceas, ser suplido con la aplicación analógica de lo estatuido con referencia a alguna otra institución jurídica, pues la única con motivo de la cual el Código civil trata de remoción de cargos es la tutela, institución que ni por la causa que le sirve de fundamento, ni por su peculiar organismo, ni por la finalidad a que responde, tiene analogía con el albaceazgo, por lo que dada la falta de ley expresa y con sujeción a los principios generales de Derecho, según los cuales las leyes prohibitivas y las que envuelven una sanción penal no pueden en modo alguno interpretarse extensivamente, las causas de remoción de los albaceas no deben ser otras que las que incapacitan para el desempeño del cargo o para el ejercicio de los derechos civiles, por la razón fundamental de que no puede desempeñar cargo alguno el que incurra en incapacidad legal para obtenerlo y, además, la conducta dolosa de los albaceas, causa que se deriva, primero, del principio inconcuso de que no debe ejercer función ni desempeñar cargo, debido exclusivamente a la confianza del testador, el que por actos engañosos o fraudulentos se hace indigno de ella y evidencia que carece de la condición esencial a la que debe su nombramiento, y segundo, del racional fundamento de que no puede ser ejecutor de la voluntad del finado quien maliciosamente la contraría, doctrina que completa la sentencia de 18 de febrero de 1908, dando a entender que también la negligencia, cuando es rayana en el dolo, puede estimarse como causa de remoción, pues establece que procede conceptuar como tal el incumplimiento durante larguísimo tiempo de la voluntad del testador y la abusiva gestión en cuanto al manejo de los bienes, revelada principalmente por la falta de inventario de los que el

testador dejó a su fallecimiento, señalando, finalmente, la sentencia de 5 de julio de 1947, que una de las notas diferenciales entre el albaceazgo y el mandato es la imposibilidad de que el nombramiento de los albaceas se revoque después de la muerte del testador, ya que no son mandatarios de los herederos; pero como ni el cargo de perpetuo ni en él les es dable producirse a su capricho, necesariamente ha de asistir a aquéllos la facultad de instar la remoción que entre los otros modos de terminar el albaceazgo establece el artículo 910, y cierto es que este precepto no enumera las causas que a la misma pueden dar lugar, pero precisamente por ello queda remitido el determinarlas a la prudente y justificada apreciación de los Tribunales, que en cada caso concreto habrán de fundar su criterio decisivo atendiendo a la naturaleza y finalidad del albaceazgo y a la observancia que el albacea presta a sus principios rectores, de donde se sigue que serán causas justas de remoción, además de las que incapaciten para el cargo a los albaceas nombrados, su conducta dolosa y el uso malicioso en perjuicio de los llamados a la herencia de facultades que no les asistan.

Considerando que en el caso de autos, habiéndose apreciado por el Tribunal *a quo*, que aunque el testador había concedido a los albaceas comisarios contadores las facultades más amplias propias de dichos cargos en forma solidaria y prórroga legal hasta un año después del fallecimiento de su consorte, lo que aún no ha ocurrido, nada impedía a los mismos haber llevado ya a cabo antes de dicho período la partición, al ser un término máximo, por lo que el hecho de no haber formalizado tampoco, al menos, un simple inventario de los bienes ni administrado éstos, pese al transcurso de más de diez años desde la muerte del repetido causante, con innegable perjuicio para los herederos, todo ello indica una pasividad, una dejación absoluta de sus funciones, obligaciones y deberes y una negligencia rayana en el dolo, pues como tal hay que conceptuar el incumplimiento durante larguísimo tiempo de la voluntad del testador y las faltas referidas (considerando tercero), firmes en casación los hechos declarados probados sobre los que descansa la calificación jurídica de negligencia rayana en el dolo, por aplicación de la doctrina legal antes expuesta, necesariamente decaen los dos primeros motivos del recurso.

Considerando que igual suerte ha de correr el motivo tercero, porque el artículo 1.059 del Código civil, que se invoca en él como violado, hace una remisión general a la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo declarado esta Sala, en sus sentencias de 14 de febrero de 1912 y 4 de junio de 1959, que los herederos no conformes sobre el modo de hacer la partición de herencia pueden ejercitar su derecho en la forma prevista en dicha ley, o sea, en el oportuno juicio ordinario, ya que no existe ninguna limitación sobre ello, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

COMENTARIO.—Según esta sentencia podemos sistematizar las causas de remoción de los albaceas así:

- 1.ª Las mismas causas que incapacitan para el ejercicio del cargo.
- 2.ª Las que impiden el ejercicio de los derechos civiles.
- 3.ª La conducta dolosa, como es el uso malicioso en perjuicio de los llamados a la herencia, de facultades que no les asisten. Parece aludirse aquí a la extralimitación en sus funciones.
- 4.ª La negligencia grave, rayana en el dolo, de la que es ejemplo la falta de formalización de todo inventario de la herencia en un plazo prudencial.

CAPACIDAD DEL TESTADOR. ENAJENACION MENTAL. TESTAMENTO OLOGRAFO. Artículos 663, número 2.º, y 687 del Código civil (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Granollers, por la parte actora y apelante, conforme a los siguientes pronunciamientos:

Considerando que la Sala sentenciadora, apreciando en su conjunto las pruebas practicadas y con mención expresa del certificado médico acompañado con la demanda y de las pruebas de confesión judicial y testifical, llega a la conclusión de que la actora no ha logrado acreditar cumplidamente la enajenación mental de la testadora en el momento de redactar el testamento ológrafo de que se trata, declaración que se constata en el tercero y último motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, motivo que está incurso en la causa de inadmisión del artículo 1.729, número 4.º, en relación con el 1.720, ambos de dicha ley, porque se alega la violación por inaplicación del artículo 687, en relación con el 663, número 2.º, del Código civil, cuya infracción se ha de acusar por la vía del número 1.º del indicado artículo 1.692, y, además, en su desarrollo se argumenta de manera conjunta e indiscriminada sobre el error de hecho y de Derecho en la apreciación de las pruebas, aparte de que, según reiterada doctrina jurisprudencial, cuando el Tribunal *a quo* ha apreciado la prueba en su conjunto, no le es lícito al recurrente desarticularla para con base en alguno de sus elementos reprochar al Juzgador de haber incidido en equivocación y que, en todo caso, las probanzas que se invocan o son intrascendentes al fin perseguido o no tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación, al consistir en certificación e informe facultativo, dictamen pericial y declaraciones de testigos prestadas en el pleito, en causa criminal y en acta notarial, por todo lo cual se ha de rechazar el motivo examinado.

Considerando que el segundo motivo, fundado en el número 1.º del citado artículo 1.692, denuncia la violación por no aplicación de los artículos 1.249 y 1.253, en relación con el 670, todos del Código civil, el cual debe correr igual suerte que el anterior, porque la recurrente establece por su cuenta los hechos que estima por conveniente y deriva de ellos las deducciones que tiene a bien, y por ese inaceptable procedimiento construye una presunción, a su entender, demostrativa de que el testamento ológrafo no refleja la libre expresión de voluntad de la testadora, siendo así que la sentencia recurrida no da por probada la intervención de un tercero en dicho testamento, y sólo examinando el evento de la posibilidad de tal intervención para orientar a la testadora en la redacción del testamento e incluso para hacerle saber la existencia de esa forma de testar concluye que no tendría, en su caso, la trascendencia suficiente en orden al discernimiento por parte de la testadora de sus propios actos y a que el contenido del testamento no fuese manifestación de su libre voluntad.

LEGADO DE NEGOCIO GANANCIAL ORDENADO POR EL PADRE A FAVOR DE UN HIJO. Artículos 813 y 864 del Código civil (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara que ha lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesta por la hija mejorada, demandada y apelada, contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pontevedra, con base en el siguiente y fundamental considerando:

Considerando que el sexto de los motivos, seguido por el mismo cauce procesal que los anteriores, denuncia como vicio de la sentencia la aplicación indebida del artículo 864 del Código civil, en relación con el 813 del mismo texto legal, y afronta la cuestión fundamental del pleito, que consiste en decidir la validez o la nulidad de la cláusula contenida en el testamento del padre de la recurrente, por la cual dispone que en concepto de legado y, en su caso, también de mejora, por cuenta de los dos tercios lega y mejora a su hija Virginia el derecho arrendaticio del piso bajo y primero de la casa señalada con el número 16 de la calle de la Oliva de esta ciudad, del que es arrendatario, en donde tiene su comercio y vivienda el testador, con todas las cosas y efectos muebles que existan dentro de ella a su fallecimiento, así como las mercaderías que en dicho local queden a su óbito, y el del negocio de juguetería, ordenando en la siguiente cláusula que en el remanente de todos sus bienes instituye herederos a sus seis hijos, nombrados en la cláusula segunda, sustituidos, tanto en la herencia como en legado, por sus respectivos descendientes, dejando reducido a la legítima estricta al que no se conformase en todo con este testamento o bien promoviera o diere lugar a la partición judicial, y partiendo de estas premisas y de que por la resolución recurrida se declara en el quinto de sus pronunciamientos que el negocio instalado en el número 16 de la calle de la Oliva es ganancial del matrimonio J. C. J. y J. F. G., es preciso tener en cuenta, al efecto de la aplicación del invocado artículo 864 del Código civil, conforme al cual si el heredero o legatario tuviese sólo una parte o derecho en la cosa legada se entiende limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero, y los términos claros y precisos del testamento revelan que la disposición contenida en la cláusula testamentaria que se examina, por la cual mejora y lega a la hoy recurrente los bienes en ella comprendidos, es perfectamente clara y expresamente comprende la totalidad de los mismos, lo que hace aplicable al caso el último inciso del mencionado precepto legal, y dado el concepto de bien ganancial del negocio, que de modo firme ha sido declarado por la Sala sentenciadora, es patente que el testador, don J. C. J., ostentaba sobre el mismo un derecho o parte indeterminada hasta que por medio de las operaciones particionales del mismo y de su esposa, doña J. F. G., quede éste especificado señalando el valor del mismo, y debe por ello estimarse que la disposición testamentaria es válida, ello sin perjudicar los derechos legítimos de los demás herederos, que han de quedar a salvo, materia que sólo podrá concretarse al practicar las operaciones particionales de ambos cónyuges, dando lugar a que si la parte que, conforme al testamento, se atribuye a la recurrente excede de la que, conforme a la mencionada cláusula, lega y mejora, deba reducirse en la cuantía precisa para que queden a salvo los derechos legítimos de los herederos, hijos de ambos cónyuges, razones por las que ha de esti-

marse que concurre en vicio, que el motivo denuncia, y, por consiguiente, casar y anular parcialmente la sentencia recurrida en relación al extremo a que el indicado motivo se refiere, sin que proceda hacer especial imposición de costas.

TESTAMENTO DEL CIEGO. Artículo 698 del Código civil (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1973).

No es preciso que la ceguera sea total, sino que basta con que impida leer el testamento y firmar con claridad.

Don J. G. M. murió bajo testamento otorgado ante Notario, en el que se observaron las formalidades del testamento del ciego, por considerarlo preciso el fedatario en atención a que, dada su enfermedad y avanzada edad, el testador no podía leer ni firmar legiblemente.

En este testamento, y revocando otro anterior, el testador instituyó herederos por partes iguales a los dos únicos hijos habidos de su matrimonio y legó el tercio de libre disposición a sus hermanos, quienes le habían atendido y cuidado en sus últimos años, por encontrarse legalmente separado de su esposa.

El Juzgado de Primera Instancia de Mondoñedo estimó la demanda interpuesta por los hermanos del testador, quienes reclamaron la entrega de los bienes correspondientes a su legado del tercio de libre disposición, sentencia que fue confirmada por la de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, desestima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por los demandados y apelantes, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que para combatir las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida, concretamente en relación con el hecho de que el testador, don Jesús Gayoso Marful, se hallaba imposibilitado de leer y firmar el testamento objeto de impugnación, otorgado por aquél en 30 de diciembre de 1964 ante el Notario de Ribadeo don José María Mosquera Merino, se formuló el primer motivo del recurso por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, el que trata de deducir de una serie de documentos, ninguno de los cuales demuestra de modo auténtico, a efectos del recurso, que el testador no estuviera impedido para leer y firmar el testamento en el momento de su otorgamiento, y lo que realiza el recurrente a través del desarrollo del motivo ante la imposibilidad de oponer un documento auténtico demostrativo del error en que haya podido incidir la Sala de Instancia, en una labor deductiva del examen conjunto de diversos documentos tratando de sustituir con su propio criterio el del Tribunal *a quo*, lo que no puede prevalecer y menos por el cauce de este motivo, que, en consecuencia, ha de ser desestimado.

Considerando que el segundo motivo formulado, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación de los artículos 695 y 687 del Código civil y jurisprudencia de este Tribunal establecida en las sentencias que cita; pero ha de tenerse en cuenta que para la válida aplicación de las formalidades exigidas por el artículo 695 del Código civil en el otorgamiento del testamento abierto por un ciego no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquélla, a fin de que lo defectuoso de la

misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad, y frente a la afirmación de la sentencia recurrida de que el testador en aquel acto sufría una ceguera total o que, en todo caso, le impedía la visualidad del texto escriturado y la caligrafía de la firma, como no fuera un trazo de puro tropiezo, no combatida eficazmente esta afirmación fáctica, como queda expresado al tratar del anterior motivo, decae el presente, puesto que han sido cumplidos todos los requisitos formales exigidos por los artículos 695, 698 y 699 del Código civil para el otorgamiento del testamento abierto por una persona que carezca de visión, dándose lectura del testamento una vez por el Notario y otra por uno de los testigos designados a dicho fin por el testador, el que, a su vez, firmó también por éste y a su ruego, a la vez de por sí, todo ello en unidad de acto y de lo que da fe el Notario autorizante del testamento.

Considerando que el tercer motivo se formula igualmente al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusándose la violación del artículo 670 del Código civil e inaplicación del artículo 4 del mismo Cuerpo legal, y si bien es cierto que el testamento es un acto personalísimo, según el precepto invocado del artículo 670 del Código civil, en el caso presente lo que se trata de combatir a través del motivo es la actuación de un albacea en el ejercicio de las facultades que le fueron concedidas por el testador en uso de la autorización que al efecto le otorga el artículo 901 del propio Código civil, conducta que no puede motivar la nulidad del testamento, sino de otra responsabilidad, caso de hallarse justificada, al presente no ejercitada, por lo que debe desestimarse este motivo.

TITULOS NOBILIARIOS. ORDEN DE SUCEDER. Artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948. Ley 2.ª, título XV, partida 2.ª Ley 40 de Toro (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1973).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 14 de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que según el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias—cual la que es objeto del presente recurso—se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia, consistente en las reglas contenidas en la Ley 2.ª, título XV, de la partida 2.ª, así como en la Ley 40 de Toro, diciéndose en la primera de ellas que en el señorío del reino heredarán «...aquellos que viniesen por línea derecha o, por ende..., que si fijo varón non oviese, la fija mayor heredase el reyno, o... que si el fijo mayor muriese antes que heredase, si fijo o fija oviese de su mujer legítima, que aquel o aquella lo oviese o non otro ninguno...», donde con independencia de proclamar el principio de representación a los efectos sucesorios de la Corona, aplicable a los de los títulos nobiliarios, la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, entendió siempre que consagraba el lógico e inevitable principio de la legitimidad de la filiación, pues quedaba circunscrita a la descendencia habida derechamente o de mujer legítima, al modo como comenzó afirmando GREGORIO LÓPEZ, máximo comentarista del Código Alfonso, cuando decía que «...el quod in ista lege dicitur de praeferende

in successione regnil vel mejoriae filio primogénito, intelligite de legítimo nato, no de bastar de...» (*Los Códigos españoles concordados y anotados*, de Rivadeneyra, II, Madrid, 1848, pág. 413, col. primera); regla que aparece más tarde recogida en el segundo de los preceptos invocados, es decir, la Ley 40 de Toro, donde concretamente se afirma que «en la sucesión del mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo o de aquel a quien pertenece, si el tal hijo mayor dejare hijo, nieto o descendiente legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor, por su orden, prefieran al hijo segundo del dicho tenedor o de aquel a quien el dicho mayorazgo perteneció..., de manera que siempre el hijo o sus descendientes legítimos, por su orden, representen la persona de sus padres...», texto que también en el sentido antes indicado fue interpretado de manera inalterada hasta nuestros días a partir de los comentarios que a la referida Ley hicieron ANTONIO GÓMEZ (*Ad leges Tauri. Commentarium absolutissimos*, Madrid, 1768) y LLAMAS y MOLINA (*Comentario crítico-jurídico-literal de las ochenta y tres Leyes de Toro*, segunda edición, Madrid, 1852); doctrina y principio de legitimidad que en el motivo primero del recurso—separado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—se denuncian como infringidos por inaplicación, motivo que no puede ser estimado porque los preceptos donde aquéllos se contienen fueron precisamente el punto de partida que tuvo en cuenta el Juzgador de Instancia para resolver el problema planteado, que consistió en dilucidar si en el caso discutido concurría en todos y cada uno de los supuestos en que basó su petición la reclamante la circunstancia imprescindible de la legitimidad, llegando a la conclusión afirmativa después de valorar la prueba practicada, que es lo que en verdad se discute por el recurrente, que impugna no la aplicación o inaplicación desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino aquella apreciación probatoria, lo que sólo podía haber llevado a cabo por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, de acuerdo con los términos literales de la Ley y la constante e inalterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

Considerando que por el cauce procesalmente adecuado del número 7.º del citado artículo 1.692, el motivo segundo y último impugna aquella valoración de la prueba alegando error de Derecho, en que dice incidió el Tribunal *a quo*, que tampoco es susceptible de estimación porque cita como infringido el 1.214 del Código civil, cuyo carácter genérico, tantas veces recordado por la doctrina jurisprudencial en cuanto que se limita a señalar el *onus probandi*, le hace insuficiente para el fin perseguido, aparte de que la sentencia recurrida no es que no lo haya tenido en consideración, sino que hace uso de él y estima que en el caso contemplado la prueba suministrada por aquel a quien correspondía la carga de la misma ha sido bastante para inducir al Juzgador a llegar al resultado combatido; suerte desestimatoria que no puede alterarse con la cita que igualmente se hace del artículo 446 de nuestro primer Código sustantivo, porque tampoco contiene norma alguna valorativa de la prueba que pueda decirse infringida en la apreciación efectuada, puesto que lo único que afirma es que «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión...», con independencia de que dicha norma habrá, en todo caso, de ponerse en relación con el «mejor derecho» de quien reclama, por principio elemental de todo ordenamiento jurídico, que en los supuestos como el que aquí es objeto de examen—es decir, el de las rehabilitaciones de títulos y dignidades nobiliarias—se deja expresamente a salvo, por lo que demostrada la mejor cualidad de otro titular, que goza, por otra parte, de una posesión civilísima e imprescriptible, es él quien tendrá derecho a la protección que el recurrente invoca a su favor.

F. C. L.