

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CARLOS MARÍN ALBORNOZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL: PATIOS. LUCES Y VISTAS. ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio interpone demanda contra el antiguo propietario del inmueble, que es la empresa constructora del mismo, y ahora, de otro colindante, entendiendo el demandante que en ese nuevo edificio el demandado ha abierto ventanas sobre un patio que es elemento común del de la Comunidad que representa, y, además, señala que el demandado ha considerado como propia de él una franja de terreno de dos metros de ancha, sobre la que también ha abierto ventanas, con todo lo cual ha infringido las normas de propiedad horizontal, que dicho constructor creó en su día en el edificio que ahora pertenece a la Comunidad demandante, solicitando se cierren las ventanas existentes sobre dicho patio y sobre la franja situada detrás del edificio, por no respetar las distancias reglamentarias.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Oviedo desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandante, porque no existe incongruencia en la sentencia apelada, como alega el recurrente, ya que el vicio denunciado no consiste en «incoincidencia entre lo convertido y lo resuelto por la Sala sentenciadora», sino que la inadecuación ha de existir entre el fallo y las pretensiones de las partes, y en el presente caso, examinada la demanda y la contestación, se observa que se ha fallado conforme a lo que se discutía; porque el recurrente crea supuestos distintos al de la fundamentación de hecho de la sentencia, pues señala que el patio

es elemento común del inmueble de la parte demandante y, en cambio, en la sentencia recurrida se expresa, como resultado de la valoración de la prueba pericial y de reconocimiento judicial, que «dicho patio se abre a terrenos de los hoy recurridos, pues la mitad del mismo, tres cuartos, por lo menos, está construido sobre terreno propio de los demandados, y porque la infracción por violación del artículo 541 del Código civil, que también alega el recurrente, está basada en la verificación del supuesto de este precepto, que no es el de autos, en el sentido que pretende el recurrente, porque una cosa es que en el edificio primeramente construido se abrieran huecos con vistas al terreno, también propiedad de los recurridos, situado al fondo de aquél, y que posteriormente se vendiera por pisos, y otra bien distinta es, como se expresa en la sentencia recurrida, que por esa circunstancia pertenezca al recurrente la propiedad de ese terreno a todo lo largo del edificio con una anchura de dos metros (apartado c) del suplico de la demanda).

PROPIEDAD DE AGUAS. TURNO DE RIEGOS. COMUNIDADES DE REGANTES (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—Es objeto de discusión entre las partes litigantes una cuestión de turno de riegos: los demandantes solicitan se declare la obligación de la Comunidad de regantes demandada, situada aguas arriba, de dejar discurrir libremente las aguas que circulan por la acequia de N., desde el sábado de cada semana, a la puesta del sol, hasta la puesta del sol del lunes siguiente, por tener los actores un derecho de aprovechamiento de las aguas en esa forma desde tiempo inmemorial, y, además, pretenden sea condenada la parte demandada a indemnizarles por los gastos de instalación y elevación de otras aguas que tuvieron que hacer para no perder la cosecha, ante la privación del caudal de la acequia de N., a que tienen derecho.

La Comunidad de regantes demandada niega que exista tal derecho a favor de los demandantes y, además, opone falta de legitimación activa por no comparecer en juicio la mayoría de los regantes que componen la Comunidad, ya que sólo firman la demanda 23 regantes de los 97 que forman aquélla, contra lo dispuesto en el artículo 398 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia de Calatayud estima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

La parte demandada interpone recurso de casación por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, abandonando la argumentación de instancia, que se centraba en los artículos del Código civil sobre comunidad de bienes, y recalcando ahora la falta de representación de los actores, por no ser el órgano adecuado de una Comunidad de regantes, como persona jurídica que es.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso, reiterando la conocida doctrina de que para la viabilidad de la alegación de error de derecho «es imprescindiblemente necesario la cita de las normas legales valorativas de la prueba que, siendo de obligado acatamiento por el Tribunal sentenciador de Instancia, hubiesen sido infringidas, así como el concepto de esa infracción»; además, respecto al error de hecho, «los documentos que se mencionan no patentizan sin complejidades de juicio y de razonamientos la pretendida equivocación del Juzgador»; también porque «la infracción de preceptos procesales no es apta para basar en ella una casación de fondo», y, en último término, porque «habiéndose

opuesto realmente en la instancia una excepción de falta de acción o de legitimación de los demandantes, la parte recurrente pretende acogerse ahora a una excepción de falta de personalidad, cuestión impropia para ser traída a este recurso de casación por infracción de Ley, sólo adecuada para ser tratada en un recurso por quebrantamiento de forma».

ACCION REIVINDICATORIA. DESESTIMACION DEL RECURSO POR DEFECTOS PROCESALES (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—Don Francisco-Javier S. S. ejercita la acción reivindicatoria contra la entidad «Inmobiliaria C.», entendiendo que ésta había invadido una parte de la finca inscrita a su nombre, a lo que la parte demandada opone el título inscrito de su propiedad, centrándose la discusión en el alcance de los linderos de una y otra inscripción y en aspectos probatorios.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Tarrasa desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, «dado que no expresan el concepto en que, a juicio del recurrente, se han infringido los artículos 348 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, olvidando así lo dispuesto preceptivamente por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», y porque, respecto al error de hecho que se denuncia, «es rigurosamente indispensable que se individualicen y concreten no solamente los documentos que revestidos de autenticidad extrínseca e intrínseca muestran la equivocación evidente del juzgador, sino aquella parte de los mismos que se halle en contradicción palmaria con los hechos fijados formalmente en la sentencia combatida, exigencias desatendidas en el motivo tercero, el cual, en bloque, de modo conjunto y global, alude someramente a las escrituras públicas aportadas al pleito por la parte demandante y a las certificaciones registrales, catastrales y fiscales que se encuentran unidas a los autos del Juzgado...».

COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. RECLAMACION DE CANTIDAD POR GASTOS COMUNES. RECURSO POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1972).

Hechos.—El Procurador don Carlos Z. C., en representación de tres Comunidades de Propietarios, en virtud de poder general para pleitos otorgado por los presidentes de las mismas, interpone demanda contra un copropietario de las tres Comunidades, reclamando una cantidad por los gastos comunes de dichos edificios. El demandado no acepta las cuentas que se le piden, ya que las considera emanadas de una organización que no funciona de manera legal, pues no otorgaron los poderes ni dictaron los acuerdos los propietarios, sino los meros detentadores o poseedores.

El Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid estimó la demanda, condenando al demandado al pago de la cantidad de 93.144 pesetas con 60 céntimos más los intereses legales. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandado interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, denunciando la falta de personalidad de las Comunidades de Propietarios demandantes, en el motivo primero, e igual defecto respecto al Procurador que las representaba en el pleito, en el motivo segundo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, pues éste ha de limitarse a la cuestión de las infracciones adjetivas, y en el presente caso, la acción se ejercita con indudable personalidad, sin posibilidad de discutir la legitimidad de los títulos dominicales, y, por otro lado, los poderes fueron otorgados por quienes se encontraban en el ejercicio de sus cargos de presidentes de las Comunidades, según certificación del secretario, quedando cumplida con ello la exigencia del Reglamento Notarial para la virtualidad de dichos poderes.

TERCERIA DE DOMINIO: RESPONDEN LOS BIENES GANANCIALES POR UN AVAL CONTRAIDO POR EL MARIDO SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU ESPOSA, DADO EL CARACTER ONEROSO DE ESE AVAL (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—Doña María-Sara M. R. interpone demanda de tercería de dominio contra el Banco de V. y contra el marido, ante el embargo de bienes gananciales trabado por el Banco por la responsabilidad del aval prestado por el marido, sin consentimiento de la esposa, a favor de una sociedad de la que el esposo era socio. La discusión se centra en el carácter gratuito u oneroso del aval y en si la mujer tiene legitimación para reivindicar los bienes gananciales viviendo el marido.

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Valencia desestima la demanda de tercería, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, sobre la base de configurar el aval como negocio oneroso y de negar a la mujer legitimación para reivindicar bienes gananciales.

Doña María-Sara M. R. interpone recurso de casación insistiendo en su tesis de gratuidad del aval (por lo que el marido no podía obligar a la sociedad de gananciales) y de legitimación de la mujer para ejercitar la tercería sobre bienes gananciales, dado que era partícipe, junto con el marido, de dichos bienes.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, partiendo del principio general de que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales y de que las limitaciones de sus facultades de obligar a la sociedad conyugal han de interpretarse con criterio restrictivo, dada su calidad de jefe de la familia, por razones de unidad de dirección de la misma (considerando primero).

En el considerando tercero destaca el carácter gratuito del aval en el presente caso: «Considerando que si bien es cierto que el aval prestado por el marido en el supuesto del presente recurso constituye una forma de afianzamiento o fianza mercantil, que, según el artículo 441 del Código de Comercio, 'será gratuito salvo pacto en contrario', y que, según el 1.882 del Código civil—de obligada remisión a los efectos de la reglamentación complementaria que impone el 50 del Código Mercantil—, si el deudor no paga, el fiador viene obligado a efectuarlo, no lo es menos que por su propia esencia es un contrato de garantía y accesorio respecto de una obligación principal, cuyas suertes sigue, por carecer en nuestro Derecho de valor abstracto e independiente de aquélla, que en este caso es, como se ha referido, un contrato de préstamo y crédito carente de toda

idea de gratuidad ni en su nacimiento, por tratarse de una operación bancaria, ni en su finalidad, pues el numerario solicitado y concedido por el Banco iba destinado a resolver un problema financiero de la sociedad deudora, que permitiese su desenvolvimiento negocial solventando dificultades del pasado y haciendo frente a proyectos futuros con el indiscutible objetivo de incrementar los beneficios; del mismo modo que, como consecuencia del mecanismo de esta clase de pactos, el hecho mismo de la firma del aval convierte al fiador en un acreedor potencialmente, al menos, frente al deudor principal, que se hace efectivo en la hipótesis de incumplimiento de éste, con los derechos típicos de reembolso y de subrogación, que determinan los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil; como igualmente, y a causa de que la fianza prestada en el supuesto que se examina lo fue solidariamente por todos los socios de la empresa, tendrá que regir la norma del párrafo segundo del artículo 1.145 del propio Código, a cuyo tenor quien pagó—en este caso, el marido—podrá reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda; todo lo cual impide catalogar el acto como presidido por un intento o fin de liberalidad y gratuidad de los que son prohibidos al marido por el párrafo primero del artículo 1.413 del Código civil, sin que a ello pueda oponerse el criterio seguido por la sentencia de esta misma Sala de 13 de mayo de 1971, donde no se abordó directamente el problema que aquí se resuelve y donde, además, el planteamiento fáctico difería también del ahora contemplado, pues de los antecedentes de la misma resulta que no había constancia escrita del convenio o contrato causal que sirvió de base al aval cambiario allí prestado, con arreglo al cual y en razón a la accesoriedad antes referida se hubiese podido discernir acerca de la gratuidad alegada, razones todas que conducen a la desestimación de los tres motivos examinados.»

Y en el considerando cuarto destaca que la mujer no tiene legitimación para ejercitar la tercería sobre bienes gananciales viviendo el marido, en la forma siguiente: «Considerando que... sea cual fuere la naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales, dentro de la variada gama de posturas doctrinales formuladas, que fueron recogidas y analizadas en la sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967, es evidente que durante el matrimonio no puede constituir una forma de copropiedad de la regulada en los artículos 392 y siguientes del Código civil, al faltar por completo el concepto de parte característico de la comunidad de tipo romano que en ellas se recoge, ni atribuye a la mujer viviendo el marido la propiedad de la mitad de los gananciales existentes, porque para saber si éstos existen o no, es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse en pago de él la consiguiente adjudicación, no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante—lejos de una propiedad exclusiva y excluyente—, que no la legítima para ejercitar la acción reivindicatoria en que, en definitiva, consiste la tercería de dominio, con independencia de que pueda tener otros procedimientos para impugnar los actos efectuados por el marido si son contrarios a la Ley o en fraude de sus intereses, al modo como proclamó la doctrina de este Tribunal Supremo, especialmente recogida en las sentencias de 22 de diciembre de 1925; 5 de noviembre de 1929; 24 de mayo de 1932; 23 de enero, 26 de noviembre y 4 de diciembre de 1958, y 27 de febrero de 1970...»

COMENTARIO.—Interesante esta sentencia a propósito de la teoría de la causa del negocio jurídico. Guarda relación con la sentencia de 13 de mayo de 1971 (resumida en esta misma Revista, núm. 489, pág. 415), pero llega a un resultado contrario, pues en aquella del año 1971 se configuró el aval como contrato gratuito, y en esta que comentamos, se configura como un contrato con causa onerosa, con la consecuencia contraria de

que la responsabilidad por el aval afecta a los bienes gananciales en esta última. ¿Contradicción entre ambas? No; más bien hay que pensar que frente a los negocios cuya causa es típicamente onerosa (compraventa), y frente a los negocios cuya causa es típicamente gratuita (donación), existen otros que permiten cobijar una causa onerosa o gratuita, según los casos. Uno de éstos es la fianza y el aval, que en el caso de la sentencia de 13 de mayo de 1971 ofreció peculiaridades distintas de las de la sentencia de 11 de abril de 1972 (1) y (2).

Interesante esta sentencia, porque sirve para destacar que la moderna teoría de la causa no puede prescindir en muchos casos del elemento subjetivo. En casos como la fianza, en que hay que discernir en cada supuesto si tiene causa onerosa o gratuita, sería exagerado centrarse exclusivamente en el frío elemento objetivo de la existencia o inexistencia de contraprestación (a que alude el art. 1.724 del Código civil). Hay que atender también a la finalidad, al «motivo incorporado a la causa», a la «causa concreta del negocio» (como dice DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 189 y 228). He aquí, en la presente sentencia precisamente una valoración de este aspecto de la causa, cuando señala que en este caso el aval está carente de toda idea de gratuidad no sólo en su nacimiento, sino «en su finalidad, pues el numerario solicitado y concedido por el Banco iba destinado a resolver un problema financiero de la sociedad deudora que permitiese su desenvolvimiento negocial solventando dificultades del pasado y haciendo frente a proyectos futuros con el indiscutible objetivo de incrementar los beneficios». Valoración importante, pues, en mi opinión, es el argumento más decisivo que ofrece la sentencia en pro de la causa onerosa del aval, ya que los demás, de tinte objetivo, son discutibles.

Al mismo tiempo, enseña que hay casos en que la causa no debe quedar cristalizada o inmovilizada con la firma del contrato, sino que debe continuar su influencia en la vida negocial, repercutiendo sobre el carácter oneroso o gratuito del contrato, aunque en el momento de la firma no salga a relucir este carácter. En cambio, la opinión del recurrente es distinta. Dice textualmente: «No es, por tanto, lícito distinguir entre el nacimiento del contrato o constitución de la obligación y la biología del mismo o resultados que de él se derivan, como en forma impropia hace la sentencia recurrida en su considerando quinto, fundamento del fallo de la misma. La sentencia recurrida yerra, en resumen—continúa diciendo—, cuando considera que la gratuidad del contrato pende del resultado final sobre el patrimonio del fiador, en lugar de estimar que la tal gratuidad surge por la inexistencia de una contraprestación por el riesgo que asume el fiador.» Y más adelante añade: «Por ello debe convenirse que la sentencia recurrida interpreta erróneamente el artículo 441 del Código de Comercio, al estimar que la gratuidad del contrato de afianzamiento está condicionada al resultado final sobre el empobrecimiento del patrimonio del fiador y no sobre la inexistencia de una contraprestación.» El Tribunal Supremo, al rechazar esta interpretación del recurrente y confirmar la sentencia recurrida, hace aplicación, en el fondo, de la teoría que de-

(1) FEDERICO DE CASTRO, en su libro *El Negocio Jurídico* (Madrid, 1967), pág. 265, dice: «No puede desconocerse la posibilidad de que tengan causa gratuita otros negocios que, aunque no lo diga el Código, dejan abierta la posibilidad de ser utilizados lucrativa u onerosamente, como la renuncia (pactada o aceptada), el negocio a favor de tercero, la novación (p. ej., rebaja de precio), la fianza y la cesión.» Insiste en ello en la pág. 203.

(2) Esta diferenciación de supuestos revela las dificultades de aplicación de esa fuente del Derecho que es la jurisprudencia, que se resiste al tratamiento a que en muchas ocasiones le ha sometido la doctrina, si bien ésta, modernamente, reacciona y, frente al antiguo uso indiscriminado de citas, distingue, conforme al propio Tribunal Supremo, los matices, los supuestos fácticos y separa la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*. La comparación de las dos sentencias es un ejemplo más de la dificultad de aplicación de la jurisprudencia y, al mismo tiempo, un modelo a seguir en el empleo de esta fuente. (Ver la matización que hace la presente sentencia en su Considerando 3.º, a propósito de la distinción de los supuestos de ambas.)

fiende la «continuadora influencia de la causa», patrocinada por DE CASTRO (*ob. cit.*, págs. 313 y sigs.), pudiendo añadirse el presente caso al que dicho autor recoge como caso típico de aquella teoría (el de la llamada «cláusula *rebus sic stantibus*»).

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: IDENTIDAD DE FINCA. DIVISION DE COSA COMUN. COMUNIDAD Y SOCIEDAD (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—Demandantes y demandado están de acuerdo en señalar que adquirieron una finca en comunidad o sociedad con el propósito de revenderla por parcelas que se segregarian de la matriz, poniéndose regístralmente a nombre del demandado exclusivamente, habiéndose realizado la adquisición en dos escrituras, en una de las cuales se formalizó la adquisición en pública subasta de una mitad indivisa de la finca, y en la otra, se formalizó la compra de la restante mitad indivisa.

La cuestión judicial se plantea porque a pesar de que el demandado realizó tres segregaciones y ventas de parcelas de la finca matriz, según lo acordado, con lo que quedó agotada regístralmente la superficie de dicha finca, los demandantes consideran que una parcela que actualmente ocupa el citado demandado ha quedado sin vender y pertenece a la comunidad, aunque la superficie escriturada e inscrita no lo refleje, pues, en todo caso, esa parcela cabe dentro de los linderos de la finca adquirida, solicitando, en consecuencia, se declare que tal parcela pertenece, en realidad, a la comunidad o sociedad, integrada por el demandado y los actores, y en trámites de ejecución de sentencia se saque a pública subasta con reparto del precio, previa declaración de ser indivisible dado el número elevado de propietarios. Por su parte, el demandado mantiene que esa parcela es de su propiedad y nada tiene que ver con la finca que adquirió en aquellas dos escrituras públicas, como lo demuestra la superficie reflejada en las mismas y la numeración catastral que se consignó.

El Juzgado de Primera instancia de Liria desestimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, que se funda en los linderos consignados en el Registro, por tener valor preferente a la superficie.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, lo único que consigue es dar la sensación de que es dudosa la identificación por los linderos en el presente caso (dada la dualidad de escrituras y alguna diferencia con el Registro), pues el Tribunal Supremo se muestra lógicamente rígido dada la naturaleza de extraordinario del recurso de casación y, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el motivo primero, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C., alega la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, motivo que no puede prosperar porque, aparte de que algunos de los documentos invocados en concepto de auténticos para acreditar la pretendida equivocación aparecen desprovistos de tal carácter, los restantes no cumplen la imperativa exigencia contenida en tal precepto procesal, en orden a que los documentos han de mostrar de manera evidente, o sea, patente, manifiesta e inequívoca, el error del juzgador *a quo*, puesto que aun cuando los traídos a colación pueden llegar a suscitar ciertas dudas al respecto, no demuestran que la Sala sentenciadora se equivocara palmariamente al estimar que la finca adquirida también para los actores por el hoy recurrente no lindase, en el momento de perfeccionarse los contratos de compraventa de las mitades

indivisas de la misma, con la llamada «acequia mayor», dato capital tenido en cuenta por la resolución impugnada como fundamento esencial de su fallo estimatorio de la demanda...»

«Considerando que el tercero y último denuncia la infracción por violación del artículo 1.665 en relación con el 1.700, número segundo, del Código civil, motivo que también ha de perecer dado que respecto a la pretendida transgresión del artículo 1.665, ya adelante el Tribunal de Instancia el razonamiento desestimatorio, a saber, que sería irrelevante calificar de sociedad al grupo voluntariamente formado por las partes, habida cuenta que, en todo caso, trataríase de una sociedad civil irregular o, de hecho, comprendida en el párrafo primero del artículo 1.669, la que, según su párrafo segundo, habría de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes..., y en cuanto a la acusada vulneración del artículo 1.700, número segundo, es igualmente rechazable, al no haberse acreditado que, en el supuesto hipotético de existencia de la sociedad alegada, se hubiere perdido o extinguido la cosa que hubiera podido servirle de objeto» (1).

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

PRELACION DE CREDITOS. INTERPRETACION DEL NUMERO 3.º DEL ARTICULO 1.924 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Hechos.—Don Joaquín H. R. tenía un crédito por un importe de 394.294 pesetas con 45 céntimos contra la entidad J. A. M., que constaba en documento privado de reconocimiento de deuda fechado en 11 de enero de 1965, que después fue reconocido a la presencia judicial—el día 16 de abril de 1968—en las diligencias preparatorias que en vista del impago instó el acreedor el 3 de abril de 1968, obteniendo embargo preventivo el día 6 —afectante a una casa sita en la ciudad de Murcia—, que fue anotado en el Registro de la Propiedad el día 9, después de todo lo cual fue presentada demanda ejecutiva el día 24 del mismo mes de abril, dictándose sentencia de remate con fecha 2 de mayo del propio año de 1968, que quedó firme al no ser apelada.

Ante esta situación, el Banco... interpone tercería de mejor derecho contra don Joaquín H. R. y contra la entidad J. A. M., basando su acción en la existencia de un crédito personal que el día 27 de octubre de 1967 había concedido al mismo deudor (la citada entidad) por la cantidad de dos millones de pesetas y vencimiento al 25 de febrero de 1968, según reflejaba la pertinente póliza de crédito de aquella fecha, intervenida por Corredor colegiado de Comercio, resultando que al indicado momento del vencimiento, de acuerdo con la liquidación practicada, en que asimismo intervino Corredor colegiado, aparecía un saldo favorable al

(3) Para comprender mejor este segundo "Considerando" hay que tener en cuenta que el recurrente alegaba que no procedía la división mediante la pública subasta, sino, a lo sumo, aportar la finca a la sociedad existente (no comunidad) y llegarse a la liquidación de la misma, conforme determinan los artículos 1.665 y 1.700 del Código civil.

Banco de 1.905.311 pesetas con 18 céntimos, que al quedar impagado dio lugar a la interposición—el 19 de abril de 1968—de una demanda ejecutiva, despachándose la ejecución con libramiento de mandamiento de embargo sobre el mismo edificio antes referido, que se presentó en el Registro de la Propiedad el 25 de igual mes y fue anotado el 4 de julio, también de 1968, recayendo sentencia de remate el 26 de noviembre, pero no por la suma total reclamada, sino solamente por la de 1.742.983 pesetas con 17 céntimos, resolución que fue firme después de la desestimación del recurso que contra ella se interpuso por auto de 27 de febrero de 1969 (tomado del considerando primero de la sentencia).

Es decir, se plantea la preferencia entre dos acreedores respecto a dos créditos contra un mismo deudor, en que si se atiende a la fecha de las respectivas sentencias de remate de los mismos es preferente el del acreedor, don Joaquín H. R., ahora demandado, y si se atiende a la fecha de la póliza de crédito intervenida por Corredor colegiado, es preferente el del Banco tercerista.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Murcia desestima la demanda de tercería, determinando la preferencia por las fechas de las sentencias de remate.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete revoca la sentencia del Juzgado, considerando preferente el crédito del tercerista dada la fecha de la póliza de crédito intervenida por Corredor colegiado.

El demandado interpone recurso de casación, entendiendo que en este caso ha de estarse a la fecha de las respectivas sentencias de remate, por lo cual considera infringido el número 3 del artículo 1.924, por inaplicación del apartado B) y por aplicación indebida del apartado A).

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, estima el recurso, casando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, siendo de destacar estos dos «considerandos» de la sentencia de casación:

Considerando que si bien es cierto el carácter de escritura pública del título en que apoya su pretensión el Banco..., no es menos cierto, sin embargo, que ya la sentencia de 21 de noviembre de 1917, antes citada, al reconocer la naturaleza de firmas de las sentencias de remate, declaró que de ello se deduce que han de conservar su fuerza y eficacia para determinar su preferencia en relación a otras o a las escrituras públicas, en su caso, y la de 27 de abril de 1967 precisó que la razón de ser del privilegio que la Ley concede «sólo radica en la indubitada autenticidad de los créditos que les confiere carácter ejecutivo (escritura) o ejecutoria (sentencia)»; ...aun admitiendo que sean iguales el valor y la eficacia de los documentos intervenidos por Corredor colegiado al de las escrituras públicas, «no puede extenderse más allá de lo que tales documentos realmente contienen y expresan» (cita la sentencia de 27 de octubre de 1941), siendo por ello necesario examinar el título presentado por la entidad tercerista—actual recurrida—con el nombre de póliza de préstamo y crédito, que resulta ser un contrato de los denominados de crédito, a cuya virtud el Banco se obliga a poner a disposición del cliente, en la forma y por el tiempo convenidos, las cantidades que éste le exija dentro del máximo fijado, asumiendo el acreditado, entre otras, la obligación de reintegrar el saldo resultante a favor de aquél al tiempo de la cancelación de la misma, muestra inequívoca de varias cosas: a) que el cliente sólo puede quedar obligado cuando disponga de todo o parte del crédito; b) que su obligación—en la fecha de la firma de la póliza—no es pura y simple, sino que está condicionada, con condición suspensiva y potestativa, a la real y efectiva utilización del crédito otorgado; c) que para determinar el alcance de la obligación del cliente es forzoso conocer el saldo que re-

sulte en su contra practicando la liquidación prevista, único instante en que el crédito exigible tendrá una autenticidad indubitada.

Considerando que en el presente caso este indispensable complemento liquidatorio de la escritura pública originaria en que consta la operación tampoco fue bastante para poner de manifiesto de manera concluyente el saldo deudor, por el que el Banco podía estar en condiciones de accionar, como lo revela el hecho de que arrojó la cifra antes mencionada de 1.905.311 pesetas con 18 céntimos, que fue reducida en el procedimiento ejecutivo entablado para conseguir su satisfacción a la cantidad de 1.742.983 pesetas con 17 céntimos por la sentencia de remate, que constata, en definitiva y de modo inequívoco, la existencia del crédito y su cuantía, siendo por ello el único dato que puede tomarse como base para discernir su antigüedad con independencia del problema de la retroacción o irretroacción de la declaración judicial, pues, como dijo la sentencia de 13 de junio de 1958, «desde el momento en que aquélla tuvo que plantearse judicialmente para su efectividad, su certeza no deviene notoria, en especial respecto a terceros...», hasta la firmeza de la sentencia»; de todo lo cual resulta que este crédito, lo mismo que aquel con el que concurre, constan, en el sentido estricto del término, en sentencia firme de remate, lo que, como igualmente declaró este Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de octubre de 1956, excluye toda otra calificación, debiéndose estar a las respectivas fechas de aquéllas para determinar la prelación de los mismos.

COMENTARIO.—Esta sentencia aporta un nuevo elemento interpretativo del número 3.º del artículo 1.924 del Código civil, que señala que «gozan de preferencia: 3.º) Los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias».

Para concretar mejor esta aportación conviene tener en cuenta las matizaciones que se han hecho por la jurisprudencia respecto a este número 3.º del artículo 1.924. Son las siguientes:

1.ª Dicho apartado 3.º se refiere únicamente a los créditos que no tengan privilegio especial por su especial naturaleza, conforme a los otros apartados del artículo 1.924 o conforme a los artículos 1.922 y 1.923, de modo que aunque un crédito conste en escritura pública o en sentencia firme de fecha anterior a otro, este otro de fecha posterior será preferente si figura entre los incluidos como privilegiados en dichos preceptos. Claro que en relación con los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad (núm. 4.º del art. 1.923), como su preferencia sólo se produce «en cuanto a créditos posteriores», cabe perfectamente aplicar frente a ellos la preferencia de fechas de los créditos comprendidos en el número 3.º del artículo 1.924 (sentencias de 28 de enero de 1903, 21 de febrero de 1912, 5 de julio de 1917, 5 de noviembre de 1927, 20 de noviembre de 1928 y 29 de noviembre de 1962, citadas por BONET RAMÓN en su *Código civil comentado*, pág. 1532).

2.ª El número 3.º del artículo 1.924 se refiere indistintamente a los créditos que consten en escritura pública y a los que consten en sentencia firme, sin que pueda verse una preferencia de los unos sobre los otros por su naturaleza, sino únicamente por la fecha de los respectivos títulos (sentencias de 21 de octubre de 1927 y 23 de enero de 1942, citadas por la presente sentencia).

3.ª Dentro del grupo de los créditos que constan en escritura no pueden incluirse las actas (sentencia de 17 de junio de 1958, recogida por BONET RAMÓN en pág. 1534, *ob. cit.*), pero no quedan excluidos los que consten en póliza intervenida por Corredor colegiado, si bien «no pueden

extenderse más allá de lo que tales documentos realmente contienen y expresan» (sentencia de 27 de octubre de 1941, citada por la que comentamos).

4.º Dentro del grupo de los créditos que constan por sentencia firme no sólo hay que incluir los que consten en sentencias de juicios declarativos, sino también en sentencias de remate (sentencias de 11 de mayo de 1894, 21 de noviembre de 1917 y 27 de enero de 1958, citadas por la presente sentencia).

5.º El fundamento o razón de ser del privilegio establecido en los apartados A y B del número 3.º del artículo 1.924 «radica en la indubitada autenticidad de los créditos, que les confiere carácter ejecutivo (escritura) o ejecutorio (sentencia)». Así, la sentencia de 27 de abril de 1967 y la que ahora se comenta.

Respecto a todas estas matizaciones, veamos la aportación de la presente sentencia. Para nada afecta a lo dicho en el primer apartado, pues no se planteó la cuestión desde el punto de vista de la fecha de la anotación de embargo, sin duda, por la claridad que ofrece el texto del número 4.º del artículo 1.923 y por la reiterada jurisprudencia señalada más arriba sobre los efectos de la anotación de embargo.

En relación con lo indicado en el apartado segundo, esta sentencia no introduce ningún cambio en la jurisprudencia, que prevé la posibilidad de preferencia del crédito recogido en escritura pública sobre el concretado en sentencia firme. Lo único que hace es excluir, en este caso (frente a la sentencia de la Audiencia), la aplicación del apartado A del artículo 1.924, número 3.º, incluyendo los dos créditos objeto de discusión en el ámbito del apartado B, dada la especial naturaleza del crédito de la póliza.

Respecto a lo dicho en el apartado 3.º, la sentencia, en principio, reconoce que la póliza de préstamo y crédito intervenida por Corredor colegiado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 del Código de Comercio, en relación con el 1.218 del Código civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene el valor de verdadera escritura pública, por lo que debe ser aplicable la preferencia señalada en la letra A) del apartado 3.º del artículo 1.924 (considerando segundo). Pero lo cierto es que esta declaración es un *obiter dictum*, sin valor jurisprudencial positivo, pues en el presente caso, dada la indeterminación del crédito que figuraba en la póliza, el Tribunal Supremo no aplicó el apartado A) citado. Por ello, mal podrá traerse a colación esta declaración de la sentencia en otro supuesto, como doctrina legal de que los créditos que figuran en póliza intervenida por Corredor colegiado tienen el mismo valor que la escritura. Será necesario argumentar con textos legales sin necesidad de citar la sentencia. Pero también es cierto que ese *obiter dictum* tiene su valor, aunque sabemos la enemiga de la doctrina moderna respecto a estas declaraciones que rodean la *ratio decidendi* del fallo. Nosotros también nos situamos en esa posición, pero reconocemos que los *obiter dicta* en ocasiones tienen el valor de concretar más la *ratio decidendi* del fallo desde el punto de vista negativo, es decir, para demostrar que «no ha sido» otra razón la que ha inspirado dicho fallo. Así no habrá necesidad en el futuro de discutir la aplicación de la sentencia a otros casos. Por ejemplo, frente a un futuro recurrente que, a al vista del resultado de esta sentencia, tratara de demostrar que los créditos que figuran en póliza intervenida por Corredor colegiado no son equivalentes a los que figuran en escritura pública y alegara esta sentencia, se le opondría el *obiter dictum* como prueba de que no declaró tal tesis el Tribunal Supremo. Luego los *obiter dicta*, aunque no son imprescindibles, pues del análisis total de la sentencia cabe deducir el verdadero sentido, a veces son muy convenientes para concretar éste negativamente, para evitar la aplicación desmesurada de

la sentencia a otros casos. Aunque también ofrecen el peligro de ser propensos a que se tomen como declaraciones positivas de valor general, pero frente a esto ya previene la doctrina y el propio Tribunal Supremo.

Respecto a lo dicho en el apartado 4.º, esta sentencia confirma la tesis de que el apartado B es aplicable a los créditos que constan en sentencias de remate, como eran los dos cuya preferencia se discutía, pues dichas sentencias también adquieren el carácter de firmes, dando carácter de litigiosos a los créditos.

Y, por último, en cuanto a lo indicado en el apartado 5.º, sobre el fundamento del número 3.º del artículo 1.924 y la declaración de la sentencia de 27 de abril de 1967 (antes citada), esta sentencia de 3 de noviembre de 1971 recoge la idea de la «indubitada autenticidad» y añade que «no se puede dar la misma preferencia de manera genérica a toda clase de escrituras si no son suficientes 'por sí mismas' para autenticar de modo indubitado el crédito que con ellas se alega». Este añadido («por sí mismas») constituye la *ratio decidendi* del fallo, que, en definitiva, se concreta y resume así: «No cabe considerar como preferente un crédito que figura en una póliza de crédito intervenida por Corredor colegiado, cuando necesitó un posterior complemento liquidatorio y una sentencia de remate para dilucidar cuál era la cuantía del crédito (esta última de fecha posterior a la sentencia que concretó el otro crédito), no pudiéndose tener en cuenta en ese caso la fecha de la póliza (apartado A), sino la de la sentencia (apartado B).»

J. M. G. G.

CONTRATOS DEL ESTADO: NO ES APLICABLE LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO CUANDO NO SE CONTRATA UNA OBRA O SERVICIO PÚBLICO, SINO UNA OBRA PARTICULAR (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Concertó el Estado español con don Oswaldo Piccino, hoy actor, la construcción del pabellón español de la Feria de Zagreb y entregó al señor Piccino una cantidad a cuenta. Terminada la Feria, y ante la tardanza estatal en hacer efectivo el resto de la cantidad, pese a sus reclamaciones, se interpone demanda ante los Tribunales ordinarios. Condenado el Estado en ambas instancias, el Abogado del Estado recurre en casación considerando incompetente a la jurisdicción ordinaria. El recurso no prosperó.

Considerando que por la entidad recurrente, en el único motivo del recurso que formula, invoca, al igual que hizo en su escrito de contestación, la incompetencia de jurisdicción, al amparo del número 6 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para su decisión es preciso tener en cuenta que la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa determina en su artículo 3 que la misma conocerá de las cuestiones referentes a «Contratos celebrados por la Administración Pública cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie», siendo éstos los requisitos que han de concurrir en los contratos para que tengan naturaleza administrativa, y como en el primer considerando de la sentencia de Primera Instancia, aceptado por la recurrida, declara expresamente que el demandante contrató no «obras o servicios públicos», sino la edificación con carácter totalmente particular de un pabellón, es evidente que tal convenio, carente en su finalidad directa de la nota de obra o servicio público, es de índole civil por limitarse ex-

clusivamente a la construcción, y como tal declaración no se combate, no hay posibilidad de acoger el motivo que se examina, máxime cuando acreditado que el contrato se perfeccionó por correspondencia no aparece cumplida la rigurosidad de forma exigida en la contratación administrativa, que siempre sería necesaria para ostentar dicho carácter, razones que imponen la desestimación del recurso.

LITISPENDENCIA: PARA QUE PUEDA HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION SE PRECISA QUE SE FORMULE CONTRA UNA SENTENCIA DEFINITIVA (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Considerando que para que pueda haber lugar al recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.689 y número 1 del 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se precisa que se formule contra una sentencia definitiva pronunciada por la Audiencia, teniendo el mismo carácter, a tales efectos, las que cayendo sobre un incidente o artículo pongan término al pleito haciendo imposible su continuación, y como quiera que la excepción de litispendencia, objeto del presente proceso, no pone término al pleito ni hace imposible su continuación, limitándose a suspender su curso hasta que recaiga resolución definitiva en el juicio primeramente entablado, demorando únicamente la resolución del en que fue alegada, es evidente que cualquiera que sea el criterio que merezca a esta Sala, este Tribunal no puede entrar en su resolución por estar incurso en la causa de inadmisión tercera del artículo 1.729 de la Ley ritualaria.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Hechos.—La entidad propietaria de una mina vendió determinada cantidad de mineral a la Sociedad «PEMSA». Reclamado el pago del precio por los vendedores, arguyen los demandados la baja calidad del mineral vendido.

Considerando que... al declararse probado en la Resolución que se impugna que el mineral de barita objeto de la compraventa litigiosa no estaba condicionado a calidad, rendimiento o ley alguna, por venderse «tal cual» se encontraba en bocamina y a todo riesgo para la compradora, y que se entregó a ésta desde el 11 de octubre al 30 de noviembre de 1968, previo examen de personal técnico enviado por ella, sin que se formulara reclamación por defectos o vicios en la calidad de la mercancía hasta el 20 de enero de 1969, y al no haberse desvirtuado en casación dichos hechos, es evidente que con relación a los mismos resultan totalmente inaplicables al caso controvertido los artículos 345 del Código de Comercio y 1.484 y 1.486 del Código civil, sobre todo cuando, como aquí sucede, entre la fecha de la entrega de la mercancía y la de la reclamación transcurrió con exceso el plazo que para el ejercicio de la correspondiente acción se señala en el artículo 342, sin que por ello se hayan vulnerado tampoco los artículos 50 y 57 del Código Mercantil, por no haber sido incorrectamente interpretados los pactos que ligaban a los contratantes, razones todas ellas que conducen a la desestimación de estos motivos.

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—El actor adquirió de la Sociedad ahora demandada una pala excavadora, que sufrió posteriormente gran número de averías. El Tribunal Supremo confirma la resolución del contrato.

Considerando que el recurso impuesto a nombre de la entidad vendedora lleva a cabo la impugnación de la sentencia, contra la que recurre, en primer lugar, combatiendo la relación de hechos, denunciando error en la apreciación de la prueba, que, sin embargo, no logra acreditar, porque para cumplir el mandato legal, los únicos documentos con que trata de demostrar la equivocación del juzgador carecen de la indispensable autenticidad a estos efectos de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial, pues son un catálogo impreso de propaganda comercial, en que se contienen las características de la máquina objeto de la operación, que ni siquiera tiene el rango documental necesario, y un dictamen pericial, que fue objeto directo, junto con aquél, del examen e interpretación del Tribunal sentenciador, y en segundo término, atacando la consecuencia jurídica que de aquellos hechos obtiene el Tribunal *a quo*, amparándose en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sin posibilidad alguna de estimación, en un caso, porque es inoperante el alegato de inaplicación de los artículos 1.261, 1.290 y 1.256 del Código civil cuando el juzgador parte precisamente de la existencia de un contrato respecto del cual existen datos y elementos que obligan a su resolución, y en el otro, en que se dice indebidamente aplicado el artículo 1.124 del Código civil, porque habiendo quedado incólumes en casación los presupuestos de hecho que justifican su correcta aplicación, no es posible desvirtuarla con un nuevo planteamiento, que parte de unas premisas que no se corresponden con las reales.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1972).

Hechos.—Por mediación del actor se concluyó entre Nueva Films, S. A., y Seven Arts un contrato, conforme al cual ésta concedía a aquélla la licencia exclusiva durante tres años para la importación y explotación en territorio nacional de las películas sobre las que la segunda ostentase los derechos de distribución. El mediador recibiría como retribución el equivalente en pesetas de 2.000 dólares por cada película importada. El problema reside en que mientras el actor sostiene que la sociedad demandada se obligó a importar un mínimo de siete películas por año, entiende, contrariamente, ésta que el contrato no la obligaba a la importación de aquel mínimo de siete películas.

Considerando que igual suerte desestimatoria han de correr los motivos restantes del recurso: respecto al quinto, por combatirse un considerando de la recurrida sentencia en el que si en verdad con poca fortuna a aquella facultad de libre elección que a la sociedad demandada se le reconocía, en relación a las películas que para su importación y explotación le fueron ofrecidas por Seven Arts se la llega a tipificar como de «opción», no lo es que como contrato de opción se califique al que se viene haciendo referencia, remitiéndose la sentencia a aquellas cláusulas del mismo en las que la Sala encuentra precisamente el más firme reflejo de aquella libertad de acción por Nueva Films, S. A., respecto a las películas a importar...

El octavo, al no ser aplicados por el juzgador de Instancia los artículos que se citan como infringidos para su labor interpretativa, sino utilizados para ir descartando los resultados que por ser contrarios a lo preceptuado por los mismos no podían ser acogidos como contrarios a la Ley, a la que había de ajustarse la resultancia final, por lo que si, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil, no había de quedar al arbitrio de Nueva Films el cumplimiento del contrato, no menos sería contrario a lo ordenado en el artículo 1.258 del propio Cuerpo legal el que por Seven Arts se ofreciesen películas de tan mala calidad, que las hiciese prácticamente inaceptables, llegando por tal medio a invertirse aquel libre arbitrio, por lo que resultando igualmente contrarios a la Ley uno y otro aspecto de la cuestión, de correcto es calificar lo concluido por el juzgador, perfectamente acorde a lo dispuesto en el artículo 1.289 de dicho texto legal.

RECLAMACION DE INDEMNIZACION CIVIL: LA ACCION POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL NO PUEDE ESTAR PENDIENTE MAS QUE EL TIEMPO IMPRESCINDIBLE (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1972).
Solano Zamora c. García González y La Unión y el Fénix Español.

Hechos.—El demandado, García González, arrolló con su automóvil al hijo de la actora causándole la muerte. Fue absuelto en el proceso penal que se le siguió. Celebróse el acto de conciliación con el demandado, García González, poco antes de cumplirse un año desde la fecha en que adquirió firmeza la sentencia absolutoria del proceso penal. Y dos meses después se celebró nuevo acto de conciliación con el codemandado, La Unión y el Fénix Español. Transcurridos otros dos meses desde el segundo acto de conciliación se presentó la demanda incidental de pobreza, y una vez concedido tal beneficio se dedujo la demanda que nos ocupa. Condenados los demandados en la Audiencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de aquéllos.

Considerando que en la demanda inicial de este proceso se ejercitó la acción de indemnización de daños y perjuicios producidos por culpa extracontractual o aquiliana, regulada en el artículo 1.902 del Código civil, acción que por su naturaleza, más bien de reacción contra el incumplimiento de unas obligaciones impuestas por la obligada convivencia social, aunque sin ánimo de dañar, no puede estar pendiente de precisar más que el tiempo imprescindible, razón por la cual el artículo 1.698 del propio Cuerpo legal establece un plazo de prescripción muy corto, que no se interrumpe más que por los medios establecidos en el artículo 1.963, el primero de los cuales es el ejercicio de la acción ante los Tribunales, del que es presupuesto preciso e inexcusable el acto de conciliación, salvo las excepciones en que no está incluido el presente juicio declarativo, y en este caso no se produce el efecto de interrumpir la prescripción si no se prueba o formaliza el correspondiente juicio dentro de los dos meses, plazo que transcurrió con exceso en el caso de autos, ya que desde el 18 de octubre de 1968, en que adquirió firmeza la sentencia penal, por la que se absolvió al presunto culpable, no se produjo el acto de conciliación hasta el 2 de octubre del año siguiente y no se presentó la demanda incidental de pobreza hasta el 3 de febrero de 1970, es decir, no dos, sino cuatro meses, sin que la presentación de otro acto de conciliación de 5 de diciembre de 1969 tenga trascendencia procesal alguna, por ser una reiteración innecesaria de la primera, razón por la cual ha perdido eficacia para interrumpir la prescripción que dejó enervada la acción ejercitada.

COMENTARIO.—Sentencia un tanto dura de aceptar. El hecho de que una viuda pobre pierda su pleito contra una potente entidad aseguradora tiene incluso ribetes folletinescos. Nuestro más alto Tribunal se ha mostrado legalista y literalista en exceso.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1972).

Hechos.—El actor, corresponsal de Banco, adelantó diversas cantidades a la cuenta conjunta o indistinta que mantenían los tres demandados a solicitud de ellos. Reclamadas judicialmente fueron condenados por la Audiencia, confirmando el Supremo la sentencia de la Sala juzgadora.

Considerando que sobre esta base y sobre la no desvirtuada por los recurrentes de que «toda la serie de operaciones de letras beneficiaban y perjudicaban a los tres demandados», han de rechazarse los motivos aludidos en el fundamento procedente, los motivos octavo y undécimo, en los que se alega la violación de los artículos 1.709, 1.728 y 1.731 del Código civil, porque parten de unos supuestos de hecho contrarios a los establecidos por el Tribunal sentenciador y que no han podido enervar en los motivos anteriores, y porque dados los hechos fijados formalmente por dicho Tribunal es manifiesta la correcta aplicación que hizo del artículo 1.709, definitorio del contrato de mandato; del artículo 1.728, cuyo párrafo segundo prevé la obligación del mandante de reembolsar al mandatario las cantidades anticipadas por éste para la ejecución del contrato, y el artículo 1.731, según el cual si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común le quedan obligados solidariamente para todos los efectos del mandato, y los motivos noveno y décimo, porque subsistente la correcta aplicabilidad de los dos artículos últimamente citados, resulta superflua la cuestión referente a la pretendida violación del artículo 1.158, invocado exclusivamente a mayor abundamiento en la sentencia recurrida, y la relativa a la aducida violación de los artículos 1.137 y 1.138, dados los términos categóricos del repetido artículo 1.731 sobre solidaridad legal de la pluralidad de mandantes.

NATURALEZA DE UN CONTRATO: LA DETERMINA LA SALA SENTENCIADORA. LAS MODIFICACIONES EN UN PROYECTO REPERCUTEN EN EL PLAZO SEÑALADO PARA LLEVARLO A CABO (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Considerando... que la naturaleza de un contrato es asunto que viene encomendado a la Sala sentenciadora, sin que a lo dicho por ésta quepa oponer razón alguna más que la clara violación de un artículo de la Ley, o sea, cuando la interpretación dada al contrato suponga la desmedida aplicación de un precepto por no ser razonable ni lógica, y ello con las condiciones estrictas que viabilizan el recurso de casación.

Considerando que en los motivos sexto y séptimo se combaten las apreciaciones del fallo recurrido, al decir que «debemos declarar y declaramos retrasada la obra en treinta y nueve días con sanción de 5.000 pesetas por día»; se alega en el motivo sexto la violación de los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil, y aquí se precisa reconocer la justeza de las alegaciones empleadas en el recurso. Como se ha de examinar, en el entablado por la Cooperativa de Viviendas «Virgen de la Esperanza» hubo modificaciones en el proyecto primitivo y es natural que las mismas re-

percutiesen en el plazo señalado para llevarlo a cabo, y aunque debía ser objeto de señalamiento la prórroga del mismo, ello no autoriza a pensar que tales modificaciones se hubieran de hacer en el plazo contractualmente señalado y es obligada la prórroga del mismo, como una consecuencia del contrato, conforme al artículo 1.258, y por llevar ínsita la prórroga un plazo de ejecución comprendido en el tenor de lo convenido y, por tanto, en el artículo 1.091 del Código civil.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CUANDO LO QUE SE ARRIENDA NO ES UN LOCAL DONDE EL ARRENDATARIO MONTARA SU INDUSTRIA APORTADA POR SI, SINO QUE MEDIANTE EL ARRIENDO SE SIGUE LA EXPLOTACION DE UN NEGOCIO EN MARCHA CON TODO SU MENAJE, QUE HASTA ENTONCES HABIA SIDO EXPLOTADO DIRECTAMENTE POR EL DUEÑO DEL INMUEBLE, HAY ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y NO LOCAL DE NEGOCIO, EXCLUIDO DEL AMBITO DE APLICACION DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Los demandados son dueños del inmueble donde se halla un hotel, arrendado a H. el 25 de marzo de 1950, constituyendo el objeto del contrato el edificio y sus instalaciones, pues los muebles y enseres, es decir, todo el material de uso y servicio hotelero, es de actora arrendataria. Los propietarios se obligaron a costear las obras de conservación de la parte exterior del hotel, y H. (arrendatario), las de la parte interior. La industria hotelera establecida se debe a la actividad como empresa organizadora de H., que es la titular de la misma, la que se obligó a que su explotación cuadrara con la categoría del establecimiento. Cuando se arrendó el hotel correspondía a la clasificación de lujo. La demanda suplica que se dicte sentencia declarando que el contrato de arrendamiento del hotel es de local de negocio, sometido a la L. A. U., y que los demandados están obligados a realizar las obras necesarias para que continúe clasificado en la categoría de lujo y a efectuar las reparaciones oportunas para subsanar el mal estado de conservación del edificio.

Los demandados contestan diciendo que el hotel fue construido y explotado desde 1909 por su propietario, J. Q., el cual, estando dicha industria en pleno funcionamiento, la arrendó a Hoteles Reunidos, S. A., mediante contrato suscrito el 27 de octubre de 1932, y desde entonces la actora viene siendo la titular del negocio, como continuadora del señor Q., sin más interrupción que la habida durante la pasada guerra civil, en que fue requisado y convertido el hotel en hospital; que la descripción registral de la finca comprende un conjunto de bienes con unidad patrimonial propia y todo ello es lo que constituye el objeto del arrendamiento, no teniendo significación alguna el hecho de que la arrendataria haya respetado y mejorado el mobiliario y menaje del hotel; que de los términos del contrato de 1950 se desprende que lo arrendado no es un local de negocio; que en el año 1965, H. se dirigió a la administración manifestándole que el contrato expiraba el primer trimestre de 1970, por lo que no podía realizar obras de mejora, que no podrían amortizarse; que en 1967 notificaron los demandados a la demandante la extinción del contrato para evitar la tácita renovación; que lo que pretende la actora con sus alegaciones es dilatar para prolongar más la vigencia del contrato, causando perjuicios a los dueños, que han obtenido ofertas más ventajosas que las que obtienen de H.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda condenando a la actora a tener por resuelto el contrato de arrendamiento de industria que liga a las partes por expiración de plazo, careciendo la compañía arrendataria de todo derecho de prórroga, ordenándole el desalojo del hotel.

Apelada la sentencia por la actora, la Audiencia desestima el recurso, confirmando la resolución del Juez.

Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, destacando los siguientes considerandos:

«Considerando que toda la temática en su día del pleito y hoy del recurso gira en torno a la determinación de si el contrato de arrendamiento de 25 de marzo de 1950 es de local de negocio, comprendido en el artículo 1 de la L. A. U., al que han de aplicarse en cuanto a prórrogas los preceptos de dicha Ley, o si dicho contrato es de arrendamiento de industria, expresamente excluido su ámbito de aplicación por el número 1.º del artículo 3 y regido en su totalidad por los preceptos pertinentes del Código civil.»

«Considerando que los motivos primero y quinto hacen alusión a la interpretación de los contratos, alegándose en el primero la falta de aplicación del artículo 1.281 del Código civil y la aplicación indebida del 1.282, y en el quinto, la falta de aplicación del artículo 1.283 del mismo cuerpo legal, y hay que desestimarlos, pues una extensa jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la interpretación de los contratos es cuestión que pertenece a la instancia y que sólo es combatible en casación cuando resulte absurda o desproporcionada, lo que no ocurre en el presente caso, sino que, por el contrario, la instancia razona con perfecta lógica cuando deduce la condición de arrendamiento de industria, que supone el contrato discutido, de la forma como se convino el primitivo contrato, del que los demás firmados entre las partes no son más que una mera continuación, en que no se arrienda un local en que el arrendatario montara su industria aportada por sí, sino que mediante el arriendo se sigue la explotación de un negocio en marcha con todo su menaje, que hasta entonces había sido explotado directamente por el dueño del inmueble...» No ha lugar.

NULIDAD DE CONTRATO: EL NO DETERMINARSE EL OBJETO CONCRETO DE LA APORTACION DE UNA DE LAS PARTES, INDISPENSABLEMENTE PREVIA PARA EL FUNCIONAMIENTO DE UNA SOCIEDAD CIVIL, HACE NULO EL CONTRATO POR INEXISTENTE, POR FALTA DE UNO DE SUS REQUISITOS ESENCIALES, CUAL ES EL OBJETO, QUE PUEDE SER INDETERMINADO, PERO SIEMPRE QUE SEA DETERMINABLE Y, DESDE LUEGO, CON TAL DE QUE LLEGARE A SER DETERMINADO DE UNA MANERA EFECTIVA, LO QUE EN EL MOMENTO DE INTERPONER LA DEMANDA NO SE HABIA LLEGADO A REALIZAR (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Entre las partes, en julio de 1966, se proyectó verbalmente la constitución de una sociedad civil para la explotación de una cantera de terreno de los demandados; también verbalmente se estipuló que los demandantes aportarían un millón de pesetas, y los demandados, un terreno de su propiedad cuyo valor y precio había de ser también de un millón de pesetas. Los actores aportaron el millón sin que los demandados aportaren el terreno, pese a los requerimientos que se formularon. Los demandados (según la demanda) habían venido explotando la can-

tividad en beneficio propio. Requeridos éstos notarialmente reconocieron la aportación hecha por los demandantes, pero haciendo constar el hecho de la aportación de 8.000 metros cuadrados (parte de una finca) y el conocimiento de éste por los actores. Que lo cierto es que jamás había habido acuerdo entre los interesados sobre qué terreno había de ser objeto de aportación por los demandados ni sobre su extensión ni ubicación concreta. Alegados los fundamentos de derecho, la demanda suplicó se dictara sentencia declarando la nulidad del contrato, condenando a los demandados a devolver un millón de pesetas más los intereses legales y subsidiariamente la resolución del contrato.

Los demandados contestaron alegando que aportaron, además de las instalaciones para explotar la industria, 8.000 metros cuadrados, parte de una finca de su propiedad. Que autorizaron a los actores para que ellos mismos segregaran los 8.000 metros cuadrados, hasta el extremo que de acuerdo con los demandantes se amojonaron dichos 8.000 metros, que quedaron de propiedad exclusiva de la sociedad civil, privada, verbal, constituida por los litigantes. Que el valor dado por las partes a esta aportación de los demandados era la de 1.175.000 pesetas, ascendiendo con ello el capital social a 2.175.000 pesetas, conviniendo que los beneficios y pérdidas se repartirían en proporción a sus respectivas aportaciones.

El Juez dictó sentencia declarando la nulidad del contrato celebrado entre actores y demandados, condenando a éstos a devolver a los actores la suma de un millón de pesetas con los intereses legales correspondientes.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia revoca la sentencia del Juez y en su lugar declara no haber lugar a la demanda, absolviendo de los pedimentos que en ella se articulan a los demandados.

Contra la sentencia de la Sala Civil de la Audiencia los actores interpusieron recurso de casación alegando que en la demanda ejercitaron una acción civil de nulidad por vía judicial, basada en la indeterminación del objeto de la obligación que a los señores demandados incumbía de aportar al fondo común de la sociedad un terreno valorado en un millón de pesetas como contraprestación de la misma cantidad en metálico aportada por los recurrentes. Con carácter subsidiario y para el supuesto de que fuese desestimada la acción de nulidad, se pedía la resolución del contrato por incumplir los demandados la obligación que les incumbía.

En el recurso se denuncia la falta de congruencia de la sentencia recurrida con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia, declara haber lugar al recurso confirmando la sentencia del Juez de Primera Instancia, destacando los siguientes considerandos:

«Considerando que se denuncia la falta de congruencia de la sentencia recurrida con pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, apoyando su alegato en el hecho de que en la demanda inicial del procedimiento de que traen causa estas actuaciones se ejercitó por los demandantes—actuales recurrentes—una acción de nulidad amparada en los artículos 1.261, número 2, y 1.273 del Código civil, y con carácter subsidiario, la acción resolutoria respecto del contrato celebrado, que permite el artículo 1.124 del mismo texto legal, y, en cambio, la sentencia que se impugna, partiendo de la existencia del referido pacto, da por supuesto el problema de su validez jurídica en torno a la indeterminación del objeto denunciado y se dirige a resolver exclusivamente el punto de la aportación de un terreno a un ente societario, cuya realidad dependía de la cuestionada virtualidad del propio contrato, y, por otra parte, con relación a la petición subsidiariamente formulada, dice que no concurren ninguno de los supuestos específicamente figurados en el artículo 1.291

del Código civil, con lo que alude a una acción que ni fue esgrimida por los demandantes ni entró en juego para nada en las discusiones procesales habidas entre las partes.»

«Considerando que los tribunales no pueden fundar sus resoluciones en hechos que no fueron objeto de alegación ni de prueba y que, por tanto, no han podido ser motivo de debate...»

«Considerando que, en relación con lo anterior, resulta que la sentencia que se recurre es absolutoria, pues en su parte dispositiva propiamente dicha afirma literalmente que absuelve 'de los pedimentos que en la demanda se articulan', pero en realidad de lo que absuelve es de cosas que no habían sido pretendidas por la parte actora en su día, resolviendo, por el contrario, sobre puntos que no fueron cuestionados, según se pone de relieve, observando que lo que la demanda atacó en su momento oportuno fue la existencia misma del pacto, en cuya virtud las partes convinieron en junio de 1966 en constituir una sociedad civil, para lo cual, y a los términos del artículo 1.665 de nuestro primer Código sustantivo, decidieron poner en común, de un lado, un millón de pesetas, y de otro, un terreno de un valor paralelo, a determinar entre las fincas propiedad de los demandados, en el sentido y con el entendimiento de que estas recíprocas prestaciones eran necesarias para el surgimiento de la empresa común de su explotación, y al no haberse determinado el objeto concreto de esta segunda aportación, indispensablemente previa para el funcionamiento de la sociedad, el contrato era nulo, en concepto de inexistente, por falta de uno de sus elementos esenciales, cual es el objeto, que puede ser indeterminado, pero siempre que sea determinable y, desde luego, con tal de que llegue a ser determinado de una manera efectiva lo que en el momento de interponer la demanda no se había llegado a realizar, lo que no puede reputarse congruente con esta pretensión, ni el silencio acerca de la determinación o indeterminación del objeto de la obligación de los demandados, ni mucho menos su confusión con el objeto social, pues para que éste pudiera entrar en juego era absolutamente indispensable que se llevasen a cabo las respectivas entregas de lo que iba a ser explotado en común.»

«Considerando que igualmente debe estimarse incongruente la decisión respecto del segundo de los pedimentos subsidiariamente deducido por la parte actora, pues, como ya se dijo con anterioridad, el Tribunal *a quo* basa su desestimación en que ...integrado su fundamento en la misma motivación, ello no es ninguno de los determinantes específicamente señalados en el artículo 1.291 y siguientes..., en los cuales se regula la rescisión de los contratos, que parte de la existencia de un contrato válido, que incide en alguno de los supuestos que originariamente y de modo relativo le priva de eficacia, bien por haberse producido una lesión, bien por mediar un fraude o bien por otros motivos legales, que no concurren en el presente caso sencillamente porque se trata de una cuestión ajena a los problemas debatidos, de acuerdo con los cuales la acción utilizada por los actores no fue rescisoria, sino la de resolución, con amparo específico en la facultad que para las obligaciones recíprocas concede el artículo 1.124 del Código civil, que suponen un contrato válido desde su origen con plena eficacia originaria también, pero que puede devenir ineficaz si sobreviene alguna de las causas que dan lugar a su resolución, punto éste que, consiguientemente, quedó sin resolver en la sentencia recurrida y que no puede cubrir el fallo absolutorio, referido a cosas que no le comprenden.»

«Considerando que procede estimar la totalidad del recurso procediendo, la casación anula la sentencia recurrida y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.»

CONTRATO DE COMISION MERCANTIL EN EXCLUSIVA: EL INCUMPLIMIENTO POR LA PARTE ACTORA DE SU COMPROMISO DE NO OFERTAR NI VENDER PRODUCTOS EN COMPETENCIA CON LOS REALMENTE MANUFACTURADOS, EN CANTIDADES COMERCIALES, CON LA DEMANDADA DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO, ATENTADO CONTRA EL VERDADERO ESPIRITU INFORMADOR DEL MISMO, CONSISTENTE EN EVITAR CUALQUIER TIPO DE ACTIVIDAD QUE IMPLICARA CONCURRENCIA CON LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE LA DEMANDADA, DA LUGAR A QUE SE RESUELVA EL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Entre actora y demandada se concierta el 14 de marzo de 1969 un contrato de comisión mercantil en exclusiva para la venta de ciertos productos en España. Se estipula que la falta de cumplimiento por alguna de las partes de sus obligaciones da derecho a la otra a dar por terminado el contrato o exigir su cumplimiento con indemnización de daños y perjuicios. También se estipula que cualquier controversia sería resuelta de acuerdo con la Ley de Arbitraje de 1953. Haciendo uso de su derecho, la demandada decide unilateralmente resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones incumbentes a la otra parte. Desvirtuando los hechos, la parte actora niega las imputaciones que le hace la demandada y conmina a ésta al cumplimiento del contrato solicitando formalización judicial del compromiso, a lo que accede el Juzgado, procediendo al nombramiento de los árbitros que han de decidir sobre la procedencia o no de la resolución del contrato.

El laudo dictado por los árbitros declara procedente la resolución del contrato de comisión mercantil con pacto de exclusiva celebrado entre los compromitentes.

Contra el laudo arbitral, la parte actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso en base, entre otros, a los siguientes considerandos:

«Considerando que, como hemos declarado probado, en el laudo que se recurre se da por cierto: A) Que don J. M. C. C. obtuvo la exclusiva de venta de los productos de Papelera del Centro, S. A., en 13 de enero de 1971, otorgándose el correspondiente contrato, que dicha Sociedad no aportó a los autos, ocultándolo con dolo procesal a los árbitros, aunque, según ella, empezaría a regir a partir del día 2 de marzo de 1972, en que ya había terminado la vigencia del contrato debatido. B) Que Papelera del Centro, S. A., se dedica a la fabricación de cartoncillo y de papel 'Kraftliner', productos ambos que también fabrica Tampella Española, S. A. C) Que don A. A. N., cuñado del señor C., fue nombrado vocal secretario de Papelera del Centro, S. A., el 13 de enero de 1971. D) Que son incuestionables las relaciones mantenidas por el señor C. con Papelera del Centro, S. A. E) Que ha quedado patentizado que determinado personal directivo, técnico y administrativo de Tampella Española, S. A., y Capdevila, Investigación y Desarrollo de Mercados, S. A., en el mes de enero de 1971, han pasado al servicio de Papelera del Centro, S. A., de lo que, por apreciación presuntiva, afirman los árbitros que Capdevila, Investigación y Desarrollo, S. A., ha incumplido: 1.º) El fundamental compromiso consignado en el acuerdo segundo del contrato objeto de arbitraje, por el que se comprometía a ni ofertar ni vender ninguna clase de productos en competencia con los realmente manufacturados, en cantidades comerciales, por Tampella Española, S. A., durante la vigencia del contrato.

2.º) El verdadero espíritu informador de dicho contrato, consistente en evitar cualquier tipo de actividad por parte del señor C. o de la Sociedad, tipo de actividad por él creado, que implicara concurrencia con la actividad industrial y comercial de Tampella Española, S. A., para llegar a la conclusión de dar por resuelto el contrato controvertido, y como es lo cierto que entre aquellos hechos conocidos y los que de los mismos se deducen en el laudo hay indiscutiblemente un enlace que es conforme al criterio humano, por lógico y congruente, no puede decirse que los árbitros procedieran con olvido de lo dispuesto en el artículo 1.253 del Código civil, pues para ello sería preciso que aquel enlace lo fuera irracional, totalmente injusto, arbitrario e impropio, pues sabido es que aun en el caso de ser dudoso o vacilante, habría de ser respetado en casación, y si, consecuentemente, hay que tener por indiscutible que por parte de Capdevila, Investigación y Desarrollo de Mercados, S. A., incumplió el contrato que le ligaba con Tampella Española, S. A., el laudo recurrido aplicó correctamente lo dispuesto en el artículo 1.124 de dicho Cuerpo legal, haciendo lo expresado decaer el segundo motivo del recurso, al denunciar, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la L. E. C., la violación del artículo 1.253 y la aplicación indebida del 1.124, ambos del Código civil.»

«Considerando que al no ser sino una de las consecuencias de la fuerza vinculante de todo contrato, en relación a las partes contratantes, cuando sanciona el artículo 1.256 del Código civil, y aparece de lo constatado en lo anteriormente expresado, que la resolución, a la que se llega en el laudo, del que ligaba a las partes no obedece a un acto unilateral y arbitrario de una de ellas, sino a la vulneración por parte de la otra de sus obligaciones y, por tanto, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.124 del propio Código, no puede decirse se hayan violado dichos preceptos, aunque no se haga expresa referencia al primero de ellos en el recurrido laudo, como se acusa en el tercero de los motivos del recurso, que, por tanto, ha de ser desestimado. Debiendo correr igual suerte desestimatoria el cuarto y último, puesto que al acusar la violación de los artículos antes expresados, y el 1.101, también del Código civil, no encierra sino una petición de principio, haciendo el recurrente supuesto de la cuestión, pues, en contra de lo afirmado por el laudo, da por sentado la improcedente resolución del contrato y, consecuentemente, la procedente condena de Tampella Española, S. A., a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por Capdevila, Investigación y Desarrollo de Mercados, por el tiempo en que debió continuar vigente.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: EL ACUERDO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS QUE IMPLIQUE MODIFICACION DE LOS ESTATUTOS O DE LAS REGLAS CONTENIDAS EN EL TITULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD REQUIERE LA UNANIMIDAD PARA SU VALIDEZ (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—La demandante es propietaria del piso tercero izquierda de una casa en régimen de propiedad horizontal. El demandado es el presidente de la comunidad de propietarios, propiedad regida por los estatutos unidos al título constitutivo de la propiedad e inscritos en el Registro, estableciéndose en su artículo 4 que «los departamentos habrán de dedicarse a viviendas u oficinas profesionales liberales; para otra clase de usos habrá de obtenerse previa autorización de la junta de condueños y no podrá dedicarse nunca a las actividades que prohíbe expresamente, entre ellas a consultorio o clínica para hospitalizar enfermos». En junta general, a la que asistieron todos los propietarios que forman parte de

la comunidad, el señor B. (presidente de la comunidad) manifestó tener varios pisos libres, que ofreció gratuitamente a la Asociación Española contra el Cáncer. El demandante se opuso a la aprobación de la propuesta; pero el acuerdo, objeto ahora de aprobación, fue aprobado con el solo voto a favor del señor B. (presidente de la comunidad), propietario, según él mismo confiesa, de una participación equivalente al 93,201 por 100. La oposición del demandante se basa en que el acuerdo es contrario a los estatutos y a la propia Ley, que exige unanimidad para tomar acuerdos que signifiquen modificación de los estatutos; oposición que manifestó aun después del acuerdo, por medio de carta dirigida al citado señor presidente por conducto notarial dentro de los treinta días siguientes a la celebración de la junta. Pese a ello, la comunidad de propietarios estaba dispuesta a llevar a efecto el acuerdo que se impugna. Alega los fundamentos de derecho y suplica que se dicte sentencia declarando que el acuerdo, que se dijo tomado por mayoría en la junta de la citada comunidad, es nulo y carece de validez por ser contrario a los estatutos de la comunidad y precisa ser aprobado por unanimidad de los propietarios miembros de la misma, ya que implica una modificación de los estatutos y afecta al título constitutivo de la comunidad.

El demandado, señor B., contesta alegando que la cesión la hace gratuita y desinteresadamente, en cumplimiento de una labor humanitaria, en atención a aquellos presuntos enfermos y familiares que van a Madrid para someterse a examen en los diferentes centros hospitalarios que la Asociación Española contra el Cáncer tiene en dicha capital, siendo así que el destino dado por el señor B. a los pisos libres que son de su propiedad no está comprendido entre las prohibiciones del artículo 4 de los estatutos de la comunidad, ya que no se trata de instalar consultorio ni clínica para la hospitalización de enfermos. Aparte de su plena dedicación como secretario de dicha Asociación, aportó desde un principio pisos de la casa de su propiedad, en donde ha estado la sede social de la entidad durante varios años; allí, por espacio de catorce años, han sido atendidos enfermos y familiares de éstos y en la fachada del edificio se colocó y continúa un gran rótulo luminoso con el emblema de la Asociación Española contra el Cáncer. Si esto ha sido así, el demandante ha vivido sin formular queja ni objeción alguna.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia declarando nulo y carente de validez el acuerdo de la junta de copropietarios, por ser contrario a los estatutos de la comunidad y precisar ser aprobado por unanimidad de los propietarios miembros de la misma, ya que implicaba una modificación de los estatutos y afectaba al título constitutivo de comunidad.

Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandado, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia, por la que desestimando el recurso confirma la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, debiendo destacar el considerando primero, que literalmente dice:

«Considerando que si el acuerdo impugnado, tomado por la junta de propietarios el 27 de abril de 1970, aprobó la propuesta del hoy recurrente, según la cual 'tiene varios pisos libres, que ha ofrecido gratuitamente a la Asociación Española contra el Cáncer para ayudarles a resolver el problema que tienen planteado hasta que se construya el nuevo Hospital Oncológico en proyecto, por falta de camas, y que por principios humanitarios no puede permitir el que haya quien carezca de lo más elemental teniendo él disponible', no aplicó indebidamente la sentencia recurrida lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, al interpretar dicho acuerdo en el sentido de que 'por falta de camas para enfermos del cáncer, ofrece sus pisos libres para instalar camas para aquéllos hasta que las haya en número suficiente en el nuevo Hospital Oncológico',

ya que los términos del acuerdo son claros y no dejan duda sobre la intención de quien los propuso; pero es que, además, por si dichas dudas pudieran surgir, el Juzgado hace entrar en juego el artículo 1.282 del mismo Código, a cuyo tenor, 'para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato', citando al efecto un acto posterior del proponente del repetido acuerdo (considerando tercero de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuyos razonamientos acepta el Tribunal de Apelación), así como el artículo 1.284 de igual ordenamiento, pues aun cuando no lo cite expresamente, declara en el considerando segundo de la resolución combatida que el acuerdo 'carecería propiamente de contenido si con él no se pretendiera destinar los pisos libres a alojar en los mismos, en mayor o menor número, a personas afectadas o dudosas de cáncer por intervalos de tiempo impreciso, facilitándoles una acomodación o estancia temporal, similar o sustantiva de una hospitalización preventiva', razones todas que impiden la estimación del motivo primero.»

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ACTUANDO EL ESTADO EN RELACIONES DE DERECHO PRIVADO RESPONDERA DIRECTAMENTE DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LAS AUTORIDADES, FUNCIONARIOS O AGENTES, CONSIDERÁNDOSE LA ACTUACIÓN DE LOS MISMOS COMO ACTOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN. LA RESPONSABILIDAD, EN ESTE CASO, HABRA DE EXIGIRSE ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—En mayo de 1969, en ocasión de circular por la carretera Madrid-Ferrol, el esposo de la actora, conduciendo una motocicleta de su propiedad, por su mano y a velocidad moderada, chocó inopinadamente con una piedra que se encontraba introducida en forma vertical en un profundo bache en la zona asfaltada, sobresaliendo unos diez centímetros por encima del asfalto, si bien no visible dada la fuerte depresión del bache donde se hallaba el socavón. A consecuencia del imprevisible choque, el conductor de la motocicleta salió despedido, produciéndose heridas que más tarde le causarían la muerte. La causa del accidente, según la demanda, fue debida a la anómala colocación en la vía pública de la aludida piedra, carente, por otra parte, de la menor señalización y vigilancia, determinante de una conducta imprudente y negligente imputable a la Administración, responsable, por tanto, por su propia actividad como por la conducta de sus agentes. La actora suplica que se dicte sentencia por la que se declare que la Administración, demandada, es responsable de los daños y perjuicios a ella ocasionados por el fallecimiento de su esposo, reclamando en tal concepto 500.000 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Lugo dictó sentencia absolviendo a la parte demandada.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de la parte demandante, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia, por la que revocando la apelada y estimando la demanda declaró que la Administración, demandada, es responsable de los daños y perjuicios ocasionados a la actora por los hechos reflejados, viniendo obligada a indemnizar a la misma en la cantidad de 500.000 pesetas.

Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, en representación de la Administración, se alega, como motivo único, la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, habiendo conocido la Sala

en asunto correspondiente a la jurisdicción contencioso-administrativa; infracción por violación del artículo 40, párrafos primero y segundo, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, e infracción por violación del artículo 3, b), de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, debiendo destacar el primero de sus considerandos:

«Considerando que en el único motivo que se articula, al amparo del número 6 del artículo 1.692, es alegada la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia con infracción por violación del artículo 40, párrafos primero y segundo, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, y artículo 3, b), de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956; mas el razonamiento en que tales infracciones se fundamentan parte del equivocado supuesto de que los daños que se produjeron al chocar la motocicleta de M. P. V. con una piedra larga puesta de punta en un socavón se derivaron de la prestación normal o anormal de un servicio público, cuando realmente la causa de los mismos fue una acción culposa de un empleado de la Administración, comprendida de lleno en el artículo 1.903 del Código civil y artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, siendo por ello la competencia de la jurisdicción ordinaria, razones por las cuales no se ha producido ninguna de las infracciones denunciadas en el motivo.»

EL VENDEDOR RESPONDE AL COMPRADOR DE LOS VICIOS O DEFECTOS DE LA COSA VENDIDA SI LA HACEN IMPROPIA PARA EL USO A QUE SE DESTINA O SI DISMINUYE ESTE USO DE TAL MODO QUE DE HABERLO SABIDO EL COMPRADOR NO LA HUBIESE ADQUIRIDO O HABRIA DADO MENOS PRECIO POR ELLA (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Entre actor y demandado se concierta la compraventa de una máquina último modelo con cincuenta horas aproximadamente de rodaje. Al ir a recoger la máquina, el comprador (actor) aprecia que la máquina no es nueva ni del último modelo y que tampoco respondía a la realidad el número 7 que, en vez del 5, figuraba en su placa de identificación. Por todo ello es evidente, dice la actora, el incumplimiento del demandado (vendedor), como también lo es su conducta o comportamiento doloso y la existencia de vicios ocultos en la cosa objeto de compraventa. Valorada la máquina por técnicos competentes, el demandante suplica que se dicte sentencia declarando que el precio que debe abonar al demandado por la compra de la máquina es aquel en que ésta ha sido valorada y no el que procedería de ser nueva, debiendo el demandado darse con tal cantidad por totalmente satisfecho y liquidado por la venta de la tan repetida máquina.

El Juzgado estimó la demanda en cuanto a lo expuesto. Interpuesto el correspondiente recurso, la Audiencia de Barcelona dictó sentencia confirmando el fallo recurrido, revocando únicamente la sentencia del Juzgado en cuanto al importe del precio que la actora había de abonar al demandado por la compra.

Interpuestos sendos recursos de casación por las representaciones de demandante y demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente don José Beltrán de Heredia, declara no haber lugar a ninguno de los recursos in-

terpuestos, debiendo destacar el considerando correspondiente al recurso interpuesto por el demandado:

«Considerando que en la operación inicial que dio lugar al pleito de que traen causa estas actuaciones figuraba como vendedor E. G. P., articulándose el recurso en dos motivos, amparados ambos en el número 1 del artículo 1.992 de la L. E., con denuncia en los dos de violación por inaplicación, en un caso, del precepto contenido en el 1.281 del Código civil, a cuyo tenor 'si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas', y en otro, de la norma establecida en el 1.484 del mismo Cuerpo legal, según la que 'quien vende está obligado a sanear por los defectos ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para el uso a que se destina o si disminuye este uso de tal modo que de haberlos conocido el comprador no la hubiese adquirido o habría dado menos precio por ella, pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista ni de los que no lo están si el comprador es un perito, que por su oficio o profesión debía fácilmente conocer'; ninguno de los cuales es susceptible de estimación, porque al razonar el primero, lo único que dice es que 'las circunstancias que concurrían en la máquina vendida..., horas de funcionamiento, rendimiento y productividad, están perfectamente claros en el contrato suscrito...', sin tener en cuenta que aun estando claros los términos contractuales, una cosa es lo que éstos digan—problema jurídico de interpretación del pacto—, y otra distinta, lo que resulta de la realidad en concreto respecto a si aquéllos fueron efectivamente cumplidos por los contratantes, que afecta a la valoración que de los hechos efectúa el juzgador de instancia, lo cual, en cuanto cuestión estrictamente fáctica, sólo es posible presentar en casación por la del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, que aquí no se utilizó, y cuando se desarrolla el segundo, se sostiene que '...la máquina se encuentra trabajando con funcionamiento desde el momento de su instalación..., dista de ser impropia para el uso a que se la destina, que ni siquiera aparece disminuido...', con lo que se incurre en el mismo defecto de que adolece el anterior, ya que se están también atacando las apreciaciones del Tribunal *a quo* acerca de unas cuestiones de hecho con apoyo en el resultado de la prueba que en su día se practicó y que han quedado incólumes en este trámite, poniendo de relieve los dos, por otra parte, una mezcla de alegatos jurídicos y fácticos incompatibles entre sí, que les hace incurrir en la sanción—que en este momento es desestimatoria—del número 9 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que implica la desestimación de este primer recurso en su totalidad con los preceptivos pronunciamientos del artículo 1.748 del propio texto legal.»

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: A DIFERENCIA DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, LA DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS NO CONCEDE A LOS COLONOS QUE NO EJERCITAN EL RETRACTO DERECHO ALGUNO A IMPUGNAR POR NINGUN CONCEPTO LA TRANSMISION OPERADA (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Los actores son arrendatarios de ciertas fincas rústicas. Los titulares de éstas las venden a otras personas, negándose a vender a favor de los actores arrendatarios. Realizada la venta, los adquirentes, por medio de Notario, notifican a los arrendatarios la compra realizada. En la escritura de venta se hace constar como precio de enajenación de las fincas la suma de 2.100.000 pesetas, que no se hacen efectivas a presencia del Notario, sino que se reconoce haberlas recibido con anterioridad de los

compradores. Los demandantes afirman que este precio representa más del doble pagado, que ascendió a un millón de pesetas.

La demanda suplica que se dicte sentencia por la que se declare que el contrato de compraventa celebrado entre los demandados carece de validez y eficacia parcial y exclusivamente en cuanto a los actores, por lo que afecta a la cantidad figurada en dicho contrato como precio realmente satisfecho por la transmisión del dominio de las fincas, al no ser esta cantidad cierta y ser diferente a la medida como elemento del referido contrato.

El Juez de Primera Instancia en este punto estima la demanda. Apelada esta resolución por la representación de los demandados, la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia revocando la dictada por el Juez y con desestimación de la demanda absolvió de la misma a los demandados.

Interpuesto recurso de casación por la representación de la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, debiendo destacar los siguientes considerandos:

«Considerando que la Sala de Instancia desestima la demanda por entender que los actores y, por ende, el hoy recurrente carecen de acción para deducir las pretensiones esgrimidas, en razón a que, en el fondo, ejercitan una acción impugnatoria con efectos análogos a los establecidos en el artículo 53 de la L. A. U., acción que no reconoce la legislación de arrendamientos rústicos, la cual no concede a los colonos que no ejerciten el retracto derecho alguno a impugnar por ningún concepto la transmisión realizada, y es lo cierto que esta argumentación jurídica de la sentencia, que constituye el fundamento esencial del fallo recurrido, no se combate en ninguno de los tres motivos de que consta el recurso, por lo que éste decae en su totalidad.»

«Considerando, a mayor abundamiento, que en el motivo primero, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., se denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación, por no aplicación, del artículo 1.232 del Código civil, en el cual se pretende demostrar que los compradores demandados carecían de la cantidad de 2.100.000 pesetas, que en la escritura pública de 17 de enero de 1969 figura como precio convenido y satisfecho, mas como ninguno de los confesantes reconocen ni admiten la realidad de tal hecho es obligado rechazar el motivo examinado, cuya desestimación acarrea la de los dos restantes.»

RECLAMACION DE CANTIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS: EL QUE POR ACCION U OMISION CAUSE DAÑO A OTRO INTERVINIENDO CULPA O NEGLIGENCIA, ESTA OBLIGADO A REPARAR EL DAÑO CAUSADO (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—El demandante, propietario de un negocio destinado a la venta específica de todo mesón, como consecuencia de la defectuosa instalación por parte de la entidad demandada de un barril de cerveza, y debido a la explosión del mismo, sufrió heridas graves, que le tuvieron accidentado durante casi seis meses. Por todo ello, el actor suplica que se dicte sentencia condenando al demandado a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Burgos dictó sentencia por la que estimando, en parte, la demanda condena a la parte demandada a que abone al actor la cantidad de 356.500 pesetas, por los

gastos derivados del accidente, y la de 400.000, como indemnización por los perjuicios sufridos y defectos permanentes, secuela del accidente.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia confirmando la recurrida.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso en base, entre otros, a los siguientes considerandos:

«Considerando que desestimando los anteriores motivos hay que tener como invariables en la resolución del presente recurso aquellos hechos establecidos en la recurrida sentencia 'de todo lo alegado y probado' como ciertos, y que son: Primero: Que el actor y recurrido, como propietario en la ciudad de Burgos de un establecimiento de bebidas denominado 'Mesón Prudens', convino con 'J. y T. R., S. A.', la exclusiva de venta de cervezas de su fabricación 'El León', instalándole, sin gasto alguno por su parte y a título de préstamo gratuito, el aparato para el tiraje de cerveza y correspondientes accesorios en el mes de febrero de 1969, pudiendo la sociedad propietaria de dicho aparato, marca Codifesa, retirarlo cuando lo estimase conveniente, correspondiendo a los técnicos que en Burgos tiene la expresada sociedad la reparación de averías y vigilancia de la instalación y buen funcionamiento. Segundo: Que, como tantas otras veces anteriores, el sábado día 2 de agosto de aquel año, le fue suministrado un barril de cerveza por los empleados de la representación en Burgos de la Sociedad, los que procedieron a su acoplamiento y montaje en el referido aparato extractor (operación que vienen denominando 'pinchado de barril'), aparato extractor que no venía funcionando con normalidad, lo que había dado lugar a constantes reclamaciones e incluso se llegase a solicitar la retirada del mismo. Tercero: Que el domingo día 3 de agosto, después de varias llamadas y avisos no atendidos, al tratar el actor 'probablemente' de comprobar que el barril seguía perdiendo cerveza en espuma por el grifo de salida, se produjo una explosión, de la que resultó con gravísimas lesiones, la que tuvo lugar breves instantes después de que éste abandonase el local, abierto al público, para entrar por el portal a la dependencia donde tenía instalado el aparato de tiraje. Cuarto: Que seguidamente a producirse el accidente procedió la Sociedad a la retirada del mencionado aparato con todos sus elementos, incluido el barril, a lo que se debió no haber podido precisar con exactitud las causas productoras del siniestro, así como el montaje en las instalaciones de otros establecimientos de una válvula de seguridad de la que carecían, como el instalado en el 'Mesón' del actor.»

«Considerando que apareciendo de dichos hechos tanto la realidad del daño como el que éste tuviese por causa la explosión del barril de cerveza, al que se ha hecho referencia, de las circunstancias concurrentes en los mismos llega a deducir el juzgador como acciones u omisiones atribuidas al demandado y jurídicamente valorizadas como culpables o negligentes, en el aspecto activo o de acción: montaje completo e instalación del aparato de tiraje, suministro del barril y acoplamiento en la referida instalación, inmediata retirada del mismo barril y accesorios una vez ocurrido el accidente y colocación de válvulas de seguridad en las instalaciones de otros establecimientos, y en el pasivo, de omisiones, desatención a las diversas llamadas y avisos ante el anormal funcionamiento del aparato de tiraje, falta de vigilancia y asistencia técnica del mismo, lo que preciso hacer conocer del sexto de los motivos del recurso, en cuanto al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; denuncia la violación del 1.253 del Código civil, al combatir el que entre aquella base presuntiva y lo deducido por el juzgador de instancia exista aquel enlace preciso y directo que exige el artículo precitado, motivo de cuya suerte

depende la que haya de corresponder al primero y segundo, formulados por la misma vía, en cuanto, respectivamente, denuncian la infracción por violación de los artículos 1.902 y 1.214 de dicho Cuerpo legal, y como a cuanto, en materia de presunciones, se refiere a la deducción a que llega el juzgador de instancia tras su proceso dialéctico, es reiterada doctrina de esta Sala, en el sentido de conceder el máximo respeto a la libre apreciación de dichos juzgadores, no siendo lícito en casación sino examinar si está fundada la existencia del hecho que sirve de base a la presunción, y si es lógica aquella deducción que por el juzgador se obtiene, el motivo ha de ser desestimado, puesto que no pudiéndose discutir aquella base presuntiva por esta vía procesal, tampoco se puede tachar de ilógica la consecuencia a la que llega de todos aquellos elementos fácticos que quedaron relatados, por lo que no puede decirse que el precepto, en lo que atañe a tal enlace preciso y directo, haya sido violado, y en tal sentido, igualmente lo han de ser el primero y segundo: aquél, en cuanto la recurrida sentencia ha tenido en cuenta, aunque prescinda de su explícita cita, lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil, lo que motiva que no pueda decirse haya incurrido en la infracción por el expresado concepto de dicho precepto, y en cuanto al segundo, porque no es fundamento del fallo la falta de prueba por el actor, cual quiere hacer ver el recurrente, puesto que la presunción constituye prueba que le es favorable en el cumplimiento de su obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho en el supuesto de autos: acción y omisión culpable o negligente, realidad del daño y nexo causal entre acción y omisión y daño, por todo lo que el recurso ha de ser desestimado.»

C. M. A.

V. SUCESIONES

TITULOS NOBILIARIOS. SU REHABILITACION. POSESION CIVILISIMA (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1972).

Ley 2.ª, título XV, partida 2.ª; Leyes 40 y 45 de Toro; Novísima Recopilación, libro X, título XVII, y libro XI, título XIV; Reales Decretos de 11 de junio de 1863 y 27 de mayo de 1912; Leyes de 11 de octubre de 1920 y 4 de mayo de 1948.

Las normas programáticas no pueden fundamentar un recurso de casación en cuanto al fondo.

Todos los poseedores del título que no sean el óptimo se consideran precaristas.

Sólo es imprescriptible el derecho del óptimo poseedor.

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 interpuesto por el demandado y recurrente contra la sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado número 4 de Primera Instancia de la misma capital, que había estimado la demanda en base a las siguientes consideraciones:

Considerando que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que denuncia

la violación en la sentencia recurrida del artículo 1 del Fuero de los Españoles; de los artículos 1, 2 y 3 del Principio V de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, y del artículo 3 de la Ley Orgánica del Estado, no puede prosperar, por cuanto al tener tales normas carácter programático no pueden servir de sustentación a un recurso de casación en el fondo.

Considerando que por el mismo cauce procesal que el anterior y que los siguientes se articula el segundo motivo, denunciando la violación de los artículos 2 y 4 del Real Decreto de 11 de junio de 1883, de los artículos 10 y 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 y de la Ley de 4 de mayo de 1948, por entender el recurrente que al no haberse solicitado la sucesión en el título ni su rehabilitación durante un plazo de setenta años incurrió en caducidad, y su rehabilitación posterior, previa audiencia del Consejo de Estado, puede otorgarse libremente a favor de cualquiera de los comprendidos en el llamamiento de creación, sin que contra ello quepa recurso alguno, por lo que la concesión es inalterable, y como quiera que la resolución impugnada da como probado que no se ha acreditado en el proceso que la concesión del título de referencia fuera declarada caducada o modificada, sin que tal extremo haya sido impugnado por el único cauce adecuado para ello, aparece evidente que no se dan los supuestos en que el motivo se basa y debe ser desestimado, como lo demuestra el hecho de que el título no fue objeto de nueva concesión a favor del padre «sin perjuicio de tercero de mejor derecho», y en su consecuencia, y conforme a la Ley de 1948, la sucesión debe regirse por la Ley II, título XV, partida II; las Leyes 40 y siguientes de Toro, y título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación, o sean, las reglas de sucesión a la Corona, correspondiendo al pariente más próximo del concesionario de la merced, partiendo de la base de que todos los poseedores que no sean el óptimo se consideran precaristas—sentencias de esta Sala de 12 de junio de 1924, 21 de mayo de 1964 y 30 de junio y 7 de diciembre de 1965, entre otras muchas—, y pertenece la merced a quien acredite ser mejor sucesor del concesionario que quien la ostente por el principio de la posesión civilísima, propiamente que le corresponde.

Considerando que el tercer motivo denuncia la violación de la Ley 45 de Toro, correspondiente a la primera del título XIV del libro XI de la Novísima Recopilación, aplicables al caso controvertido conforme al artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1920 y la de 4 de mayo de 1948, basado en que no habiendo acreditado el actor ser el óptimo sucesor con derecho al título, queda en simple poseedor civilísimo y ha prescrito su derecho en cuanto conforme a la citada Ley 45 de Toro, sólo resulta imprescriptible el derecho del óptimo, y así lo declaró la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1964, y habida cuenta que conforme a la constante, copiosa y reiterada doctrina de esta Sala, salvo la sentencia citada, única en doctrina y recaída en autos de especiales circunstancias fácticas, no es preciso justificar ser el óptimo sucesor, siendo suficiente acreditar el mejor derecho genealógico para la posesión civilísima—sentencia de 2 de febrero de 1912—y que no empece el tiempo que haya transcurrido sin reclamar, que no implica renuncia—sentencias de 1 de abril de 1959, 19 y 21 de abril de 1961, 4 de junio de 1963, señalando las de 30 de junio de 1965 y 3 de junio de 1924 que la tan citada Ley 45 de Toro sienta el principio de ser bastante la posesión civilísima, a diferencia de la Ley 41, sólo aplicable a los mayorazgos, como consecuencia de todo lo cual las sentencias de 21 de mayo de 1964 y 29 de noviembre y 2 de diciembre de 1967, entre otras muchas, declaran la imprescriptibilidad del derecho a solicitar el mejor derecho al uso y disfrute de la merced, es indudable que no ha prescrito la facultad del solicitante y carece de viabilidad el motivo estudiado.

Considerando que, por último, el cuarto motivo denuncia la violación de la Ley 41 de Toro, Ley I del título XVII del libro I de la Novísima Recopilación, por remisión de las Leyes de 11 de octubre de 1920 y 4 de mayo de 1948 y de la doctrina de las sentencias de esta Sala de 10 de octubre de 1961 y 9 de junio de 1964, basándose para ello en que de no ser aplicable la prescripción del derecho del actor tratada en el fundamento precedente, lo sería siempre la extintiva por costumbre inmemorial de más de cuarenta años sin solicitar la sucesión o rehabilitación del título por el demandante, conforme a la Ley 41 de Toro, motivo que perece porque, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, la Ley 41 es sólo aplicable a los mayorazgos, y los títulos nobiliarios se rigen por la Ley 45 y son imprescriptibles, sin que sea obstáculo para ello el contenido de las sentencias alegadas por las razones antes expuestas, respecto de la de 1964, y en cuanto a la de 1961, por afectar a mercedes de los antiguos reinos de Aragón y Cataluña, en atención a su especial legislación, por todo lo cual procede desestimar el recurso, con los pronunciamientos a que la Ley de Enjuiciamiento obliga.

NULIDAD DE TESTAMENTO ABIERTO. INCAPACIDAD DEL TESTADOR. TESTAMENTO DEL LOCO EN INTERVALO LUCIDO (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1972).

Doña A. B. V. murió bajo testamento abierto, otorgado con los requisitos formales que previene el artículo 665 del Código civil, en el que excluye terminantemente de su herencia a su hermano y tutor, don M. B. V.—demandante, apelado y recurrido—, que era su más próximo pariente, instituyendo heredero a su sobrino, hijo de su dicho hermano, don M. B. P.

Resulta probado a lo largo del pleito que la testadora, doña A. B. V., padecía una oligofrenia congénita en grado de imbecilidad profunda, con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, habiéndola designado sus padres tutor en su testamento y sido declarada incapaz por auto del Juzgado de Primera Instancia de Vigo en 22 de mayo de 1908, constituyéndose el oportuno organismo tutelar. No obstante lo cual, con fecha 28 de septiembre de 1969, otorgó testamento abierto, con todas las solemnidades propias del caso, según se ha dicho antes.

El hermano de la testadora demanda a su hijo, sobrino de ésta, solicitando la nulidad del testamento y la declaración de heredero abintestato a su favor, a lo que accede el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vigo, siendo desestimada la apelación interpuesta por el demandado ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, cuya sentencia confirma el Tribunal Supremo, en ponencia de don Federico Rodríguez Solano y Espín, que desestima igualmente el recurso de casación por infracción de Ley, según resulta de la siguiente doctrina:

La circunstancia de que en el testamento litigioso se hayan observado o no los requisitos formales exigidos para su validez por el artículo 665 del Código civil, no se opone a la posibilidad de que la Sala sentenciadora le declare nulo como consecuencia de la estimación de incapacidad legal de su otorgante, por constituir los problemas relativos al estado mental de éstos en el momento de otorgar sus disposiciones de última voluntad meras cuestiones de hecho sometidas a su libre apreciación y como tales censurables en casación únicamente por la vía del número 7 del indicado artículo 1.692, según, entre otras, han expresado las sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1948, 30 de noviembre de 1968 y 24 de febrero, 26 de mayo y 21 de junio de 1969, aun cuando el resultado a que lleguen sea contrario al informe facultativo emitido a efectos del artículo 665 y a lo

que el fedatario haya hecho constar sobre la materia, cumpliendo lo que previenen los artículos 685 y 695, por no tener que ajustarse los órganos judiciales a aquellos dictámenes, según lo dispuesto en los artículos 1.243 del indicado Código y 632 de la Ley Rituaria (sentencia de 11 de diciembre de 1962), ni a las aseveraciones de los segundos, que pueden destruirse por medio de una prueba en contrario (sentencias de 10 de abril y 23 de noviembre de 1944 y 10 de junio de 1969), por lo que al declararse por la resolución impugnada, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, que la otorgante del testamento, cuya nulidad se postula, padeció con varios años de antelación a su comparecencia ante el Notario de oligofrenia en grado segundo con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, cuya enfermedad, por su carácter permanente e irreversible, no permite se produzcan intervalos de lucidez, y al declararse nula dicha disposición testamentaria por el Tribunal *a quo*, no incurrió éste en las infracciones denunciadas en el motivo, que, por consecuencia, carece de viabilidad.

DERECHO Y COMPILACION FORAL GALLEGOS. ARTICULO 84: SUS DIFERENCIAS CON EL ARTICULO 1.056 DEL CODIGO CIVIL. SUCESSION CONTRACTUAL EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES GALLEGAS. PRUEBA DE LA COSTUMBRE. ARTICULOS 12 Y 1.271 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1972).

El artículo 84 de la Compilación gallega, que recoge la antigua costumbre de la mejora de «labrar y poseer», constituye un ejemplo de pacto sucesorio de institución de heredero, que no precisa convalidación testamentaria.

El artículo 1.271 del Código civil no puede constituir una norma limitativa de una costumbre foral.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Carballo, en méritos de la siguiente doctrina:

Considerando que con la debida sistematización se dice en el segundo antecedente del recurso, dos son las cuestiones que se han de estudiar y resolver en el mismo: Primera. Si es válido o nulo el documento público otorgado por los cónyuges M. P. C. y A. L. P. el 17 de diciembre de 1889, materia de que se ocupan los seis primeros motivos del recurso. Segunda. Qué validez tiene en Derecho el acta de conciliación del Juzgado de Larache, de 11 de septiembre de 1940, otorgado por los hermanos R. G. y J. P. L., de que se ocupan los motivos séptimo al undécimo del mismo recurso.

Considerando que entrando en el estudio de los motivos primero a sexto del recurso es de ver: A) Que el motivo primero, al amparo del número 7.º del artículo 1.692, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, por falta de toda ella, sobre la supuesta costumbre foral gallega de otorgar pactos sucesorios de institución de heredero, citando varias sentencias, de las que resume lo siguiente: «Para que la costumbre pueda ser aplicada en juicio... es indispensable que sean debidamente justificados su existencia y alcance», pero el motivo no cita ningún acto ni documento auténtico alguno que diga que esa costumbre foral no existe, lo que era indispensable para el éxito de la cita; por el contrario, ya el Juzgado, en su sentencia, confirmada totalmente por la Audiencia Territorial, se

encarga de decir que «conviene señalar que Galicia es territorio de Derecho Foral (Decreto de 2 de febrero de 1880, base 13 de la Ley de 11 de mayo de 1888, y Ordenes de 24 de junio de 1947 y 10 de febrero de 1948) y que, por tanto, la vigencia del Código civil supuso en Galicia, según el párrafo segundo del artículo 12, la conservación en toda su integridad de su régimen jurídico consuetudinario, por lo cual es la costumbre del país la que rige una institución tan propia y peculiar como la de autos». Hoy en día tiene, al publicarse la Compilación de Derecho Civil en Galicia, verdaderas leyes que regulan la materia, pero esos preceptos legales no fueron inventados por los que materialmente redactaron la Compilación, sino buscados y elegidos entre las costumbres dominantes en la región que existían ya entonces y siguen existiendo en la actualidad (recogidas en Leyes y con independencia de las mismas), sin que baste el simple argumento de no haberse citado en el fallo una alegación de su existencia para echar abajo en la materia la costumbre foral. B) Que el motivo segundo—el más importante de todos—, formulado, como los restantes, con amparo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por interpretación errónea, tal artículo 84 de la Compilación de Galicia, de fecha 2 de diciembre de 1963, en consideración a que la sentencia recurrida considera dicho artículo como constitutivo de un pacto sucesorio de institución de heredero sin necesitar convalidación testamentaria. Para analizar el motivo se necesita: Primero. Tener en cuenta que la validez del pacto por el que se establece el derecho de labrar y poseer se atribuye por la Ley al «ascendiente» por actos *inter vivos* o *mortis causa*, no señalando precisamente que haya de haber «testamento» otorgado antes ni después, por lo que tiene en sí plena validez; por eso, cuando el artículo se refiere a que «el testador no disponga otra cosa», quiere decir que se respetará la determinación de éste, pero no quita el carácter de institución de heredero a la hecha por acto *inter vivos*. Segundo. Por ello, al decir en el pacto que «hasta que éstos mueran no entrará el R. en el ejercicio de este derecho, puesto que únicamente en concepto de herencia se lo dejan los padres al fallecimiento...», la institución queda perfeccionada, aunque no se consume hasta que el fallecimiento ocurra. Tercero. La comparación con el artículo 1.056 del Código civil no deja de ser afortunada, pero aquí se trata del derecho de labrar y poseer que se otorga, y en el artículo del Código civil, de hacer la partición; aquí, por otra parte, se refiere al «testador», y en la Compilación, al «ascendiente». Cuarto. Carece de importancia el que las Compilaciones de Cataluña y de Baleares empleen otros términos de más extensión, ya que la Compilación de Galicia se refiere sólo al derecho de labrar y poseer. Quinto. Tampoco la tiene la ratificación testamentaria de los ascendientes al decir: «Y aún añaden los padres del R. que cuando otorguen testamento, como están en el deseo de hacerlo, ratificarán en favor de su hijo la gracia que le dejan comprometida en la presente escritura», pues los términos de «ratificación» y alusión a la gracia que le dejan comprometida son bien expresivos, en punto a que la escritura otorgada por acto *inter vivos* tenía fuerza de obligar para el futuro. Sexto. De todo lo dicho se infiere que la escritura tenía el carácter definitivo y no revocable, salvo el caso de que la mejora de labrar y poseer quedara sin efecto por las causas que determina el artículo 87 o antes su precedente inmediato, único caso en que la mejora pierde su fuerza, conforme a las disposiciones legales. C) El motivo tercero dice que constituye una excepción al derecho de labrar y poseer el artículo 1.271 del Código civil, pero es indudable que tal artículo no puede constituir una norma limitativa de una costumbre foral con el alcance ya dicho y en la actualidad consignada en los artículos 84 a 87 de la Compilación de Galicia de 2 de diciembre de 1963. D) El motivo cuarto dice que el fallo infringe, por violación, los

artículos 1.281 y 675 del Código civil; este motivo no es prosperable, por cuanto al ser interpretado con acierto el artículo 84 de la Compilación, tales artículos son expresión de la correcta doctrina en punto a la interpretación de la cláusula dicha; únicamente un extremo de dicha cláusula, que dice: «Y esta oferta, en cuanto sea cumplida, responden los padres del novio que si llegasen a despedir de su compañía a los futuros esposos por causas a que éstos no dieren lugar...», por lo que no habiendo ocurrido carece de trascendencia en la interpretación de la cláusula. E) El motivo quinto acusa al fallo de infringir, por violación, el artículo 4 del Código civil, en relación con el 687 del mismo Cuerpo legal, en cuanto dispone que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo; pero la argumentación no es adecuada, pues no tenían los padres de los contrayentes que observar las formalidades prescritas para otorgar testamento en unas capitulaciones matrimoniales para cuya validez bastaban las observadas; en este caso, la escritura *inter vivos* es productora de los efectos del testamento al conferir el derecho de labrar y poseer, el que sólo *queda sin efecto* por las causas que determina el artículo 87, únicos casos en que la mejora pierde su fuerza, por así disponerlo la Ley. F) El motivo sexto, dice el fallo, infringe, por violación, el artículo 739 del Código civil, que dispone que «el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte»; es cierto que el marido hizo testamento, en él dispuso de sus bienes, pero quedando intacto el derecho de labrar y poseer, que sólo por especiales motivos habría podido revocar y no lo hizo; este testamento tenía por fuerza que dejar intacto el derecho anteriormente cedido; por otra parte, la disposición legal que se dice infringida presupone la existencia de dos testamentos; no la había en el caso actual, pues la constitución del derecho de labrar y poseer se hizo en escritura pública de capitulación matrimonial, siquiera ésta estuviese llamada a producir los mismos efectos.

COMENTARIO.—Puede consultarse el trabajo del ilustre catedrático DR. AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: *La mejora de labrar y poseer*, en el «Anuario de Derecho Civil», julio-septiembre 1948, 1-3, págs. 878-921, y en separata publicada por el Instituto de Estudios Jurídicos.

TITULOS NOBILIARIOS. POSESION. MEJOR DERECHO. Ley 45 de Toro
(SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1972).

El Decreto de 25 de mayo de 1912 no deroga la Ley 45 de Toro por su carácter puramente administrativo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de dicha capital, conforme a las siguientes razones:

Considerando que igual suerte desestimatoria ha de correr el quinto motivo, en el que se denuncia interpretación errónea de la Ley 45 de Toro y 1.ª del título 17, libro II, de la Novísima Recopilación, al amparo del número 1.º del citado artículo 1.692, igual que los dos restantes, puesto que ni las citadas Leyes dicen lo que el recurrente las atribuye. La Sala de Instancia ha hecho otra cosa que hacer aplicación de la reiterada doc-

trina de esta Sala, según la que, salvo el poseedor civilísimo, los demás que ostentan un título nobiliario poseen en precario, y por ello, careciendo de la posesión en concepto de dueño, sus actos posesorios no pueden servir para la prescripción ni perjudicar a quien tiene mejor derecho.

Considerando que ya ha declarado esta Sala (sentencias, entre otras, de 14 de marzo de 1960 y 10 de abril de 1961) que los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912 y los anteriores tenían carácter puramente administrativo, sin que, por tanto, puedan derogar lo dispuesto en la Ley 45 de Toro, por lo que es evidente la improcedencia del motivo sexto del recurso, en que se alega la infracción del artículo 18 del mismo en relación con el 9.º de la Ley de 26 de diciembre de 1914, ya que la citada Ley de Presupuestos tampoco por su carácter pudo modificar las fundamentales Leyes sobre la materia, procediendo por ello la desestimación del motivo.

Considerando que el mismo razonamiento del anterior y el de que «los actos y posesión del precarista no vincula ni se transmiten a los sucesivos poseedores», lleva a la conclusión de que no puede el recurrente alegar unos pretendidos derechos adquiridos por don F. P. de P. y, consiguientemente, a la desestimación del séptimo motivo, en que se denuncia la violación de la doctrina legal que cita, en relación con los artículos 2.º y 4.º del Real Decreto de 11 de junio de 1884.

TITULOS NOBILIARIOS. ORDEN DE SUCEDER. NORMAS APLICABLES.

Artículo 4.º del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, Ley de 4 de mayo de 1948, Ley de 27 de septiembre y 11 de octubre de 1820 y Ley 40 de Toro (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1972).

La mejor línea prevalece sobre la mayor edad.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada-Roca, conde de Borrajeiros, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el actor 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 número 16 de esa capital, conforme a los siguientes considerandos, en los que se contiene una clara exposición de la legislación vigente y de los criterios preferenciales en el orden sucesorio de estas dignidades:

Considerando que el problema que se plantea en el recurso—que es el mismo que se sometió a las instancias—se reduce sencillamente a determinar cuál de los dos litigantes—actor y demandado—tiene preferente derecho genealógico a la posesión de la dignidad de conde de Casa Barreto, pues mientras la sentencia impugnada y el demandado sostienen que es a éste a quien le corresponde esa preferencia genealógica, porque —dice—ambos están en igualdad de grado y él es de mayor edad que su oponente, dicho oponente, en cambio, alega que como su línea descendente deriva de don J. P. P.—que fue su tercer abuelo—tiene preferencia genealógica a la merced sobre todos cuantos pertenezcan a cualquiera de las líneas que encabeza don C. P. P., que es también tercer abuelo del demandado, pero era de menor edad que su aludido hermano, don J. P. P., que encabeza la línea del actor recurrente.

Considerando que aunque el artículo 4.º del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 prescribía que el orden de suceder en las dignidades nobiliarias «se acomodará estrictamente a lo dispuesto en la Real Concesión y, en

su defecto, a lo establecido para la sucesión a la Corona», sin embargo, tal norma ha sido derogada de manera expresa por la disposición final segunda del Decreto de 4 de junio de 1948, que se dictó para desarrollar la Ley de 4 de mayo de ese año, que restableció la legislación sobre Títulos y Grandezas del Reino, cuyo Decreto, en su artículo 5.º, preceptúa que *«el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia.»*

Considerando que este orden tradicional de suceder era el que había establecido el artículo 13 de la Ley de 27 de septiembre-11 de octubre de 1820, que aunque suprimió los mayorazgos y toda clase de vinculaciones dejó a salvo, sin embargo, «los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutaban como anejos a ellas, las cuales subsistían en el mismo pie y seguirán el orden de suceder prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia»; orden de suceder que no es otro, por consiguiente, que el de las vinculaciones, por haberlo así establecido la Ley XXV del título I, libro VI, de la Novísima Recopilación, que recogió la doctrina de la Resolución de 12 de diciembre de 1803 y de la Cédula de 29 de abril de 1804, que preceptúa que «se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes de títulos de Castilla que se concedan en lo sucesivo... y las ya «concedidas...».

Considerando que, consiguientemente, si no existe o no se conoce un orden especial que venga impuesto por la carta de concesión o por una vinculación irregular, la sucesión en el título de conde de Casa Barreto deberá seguir el orden establecido para los mayorazgos regulares en la Ley 40 de Toro, que pasó a constituir la Ley IV, título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación, y que mantiene los clásicos principios de primogenitura, masculinidad y representación, cuya Ley debe ser complementada con la VIII del mismo título, que reconoce a las hembras de mejor línea y grado el derecho de suceder en los mayorazgos con preferencia a los varones más remotos, y con la IX, que reitera la vigencia del principio de representación cuando el fundador, clara y distintamente, no haya dispuesto otra cosa.

Considerando que a tenor, pues, de estas normas, y de acuerdo con la unánime doctrina sostenida por los mayorazguistas, las vinculaciones regulares—y las dignidades nobiliarias, que siguen el mismo orden cuando nada se haya establecido en contrario—se suceden con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación conjugados con los siguientes criterios preferenciales: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefire y excluye al de los ascendientes, y el de éstos, a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior, también llamada «preamada», prefiere y excluye a las posteriores y, consiguientemente, mientras existan descendientes en la línea encabezada por el primogénito varón—y, en su caso, hembra—no podrá entrar a suceder ningún descendiente que pertenezca a la línea encabezada por el segundogénito, sea cual sea el grado de proximidad en que se encuentre con el fundador del mayorazgo o con el primer concesionario de la merced, y sean cuales sean su sexo y su edad, y lo mismo ocurrirá con respecto a los de la línea encabezada por el terciogénito, que no entrarán a suceder mientras existan parientes de la encabezada por el segundogénito; en tercer lugar, el más próximo en grado prefiere y excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a una misma línea, de tal manera que el hijo del primogénito—que está en primer grado—excluye al nieto, que lo está en segundo grado con relación al concesionario; en cuarto lugar, la preferencia del sexo, a tenor de cuyo principio el varón que pertenece a la línea descendente del primogénito excluye a todas las

hijas de dicho concesionario, y en quinto lugar, la preferencia de edad, en cuya virtud, entre los hijos varones o hembras del concesionario que están dentro del mismo grado es preferido siempre el de más edad, si ambos son varones, o la hembra mayor, si ambos hijos son de este sexo y no existe hijo varón del concesionario, y lo mismo entre los hijos del primogénito, segundogénito, terciogénito y demás.

Considerando que estos criterios preferenciales se excluyen sucesivamente y van entrando en juego unos después de otros, de tal forma que la preferencia de línea, la proximidad en grado, la preferencia de sexo y la edad no actúan sino cuando se vayan seleccionando cada uno de aquellos criterios preferenciales: ni la proximidad en grado, ni la mejoría de sexo, ni la mayoría de edad, operan más que cuando se trata de parientes de una misma línea que vaya encabezada por una persona de la cual desciendan los contrincantes, ya que si pertenecen a distintas líneas, la anterior prefiere y excluye, sucesivamente, a cada una de las posteriores.

Considerando que la sentencia recurrida interpreta erróneamente las disposiciones aplicables al supuesto que enjuicia—Ley V, título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación—, pues para determinar la preferencia o mejor derecho genealógico de los litigantes a la merced discutida se atiende exclusivamente al criterio preferencial de la edad, sin tener en cuenta que ambos litigantes son de distinta línea, pues mientras el demandante pertenece a la anterior o preamada, encabezada por su tercer abuelo, don J. P. P., en cambio, el demandado pertenece a la línea posterior, encabezada por su tercer abuelo, don C. P. P., menor de edad que su hermano, don J. P. P., y que, por tanto, el criterio preferencial que debía operar sería, en primer lugar, el de la mejor línea, por virtud del que siempre que existan parientes que pertenezcan a cualquiera de las líneas que encabeza don J. P. P., no pueden alegar derecho genealógico a la discutida merced ninguno de los descendientes de don C. P. P.—y ni aun éste, si viviera—, y olvidando también que ese criterio diferencial de la mejor edad sólo podría operar si la discusión fuera entre hijos del aludido don J. P. P., entre hijos de don C. P. P. o de algún descendiente cualquiera de ellos, es decir, entre parientes que estuvieran dentro de una misma línea, en igualdad de grado y del mismo sexo.

Considerando que esta doctrina de que «tan sólo dentro de cada línea puede atenderse después al grado, y que en igualdad de grado o distancia del tronco común vencerá el sexo y, por último, la edad», viene siendo consagrada por este Tribunal, debiendo recordarse a este respecto: *a)* la sentencia de 16 de diciembre de 1862, que declara que la línea primogénita desplaza a la segundogénita y a todas las posteriores; *b)* la de 10 de abril de 1928, que estableció la preferencia de la línea encabezada por su hermana mayor sobre la derivada de la hermana menor; *c)* la sentencia de 7 de junio de 1930, que señaló la preferencia de la línea encabezada por un varón sobre los parientes que pertenecen a la línea encabezada por una hermana de aquél, y *d)* la de 16 de febrero de 1968, que proclamó el mejor derecho genealógico del actor, porque descendía de una nieta del concesionario, de mayor edad que la progenitora del demandado, toda cuya doctrina legal ha sido violada por la sentencia recurrida al no tenerla en cuenta.

Y en su segunda sentencia establece lo siguiente:

Considerando que discutiéndose entre actor y demandado la preferencia genealógica respecto al título de conde de C. B., que había sido concedido originariamente a don J. B. P., y siendo ambos litigantes descendientes de ese primer concesionario, el mejor derecho genealógico le corresponde al actor don E. M. B., por pertenecer a la línea encabezada por su tercer abuelo, don J. P. P., que era hermano mayor que don C. P. P., también tercer abuelo del demandado, don J. P. N.

Considerando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 30 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922, los Tribunales ordinarios, en estos procesos civiles promovidos sobre mejor derecho genealógico a una merced nobiliaria que ha sido rehabilitada, no tienen competencia más que para declarar la preferencia que proceda, y después, el demandante victorioso «podrá impetrar de la Jefatura del Estado la efectividad del derecho declarado judicialmente»—artículo 33—, suplicando «la derogación del Real Decreto que rehabilitó a favor de su adversario—o del causante de él—y la expedición de uno nuevo a su propio nombre»—artículo 34—, cumpliendo los trámites señalados en los artículos siguientes de dicha Real Orden.

Considerando que ya este Tribunal tuvo que declararse sobre este particular en la sentencia de 30 de junio de 1965, en la que se proclamó «que en el proceso civil sólo se discute el derecho genealógico, y si se obtiene sentencia favorable se podrá impetrar del Jefe del Estado la efectividad del derecho judicialmente declarado», pues «la ejecutoria del fallo—dice la sentencia dictada como consecuencia de la de casación de 31 de diciembre de aquel año—ha de ajustarse a lo prevenido en los párrafos números 33 y siguientes de la Real Orden de 21 de octubre de 1921, que regulan precisamente dicha ejecución cuando se inste contra quien haya obtenido la rehabilitación o de él traiga causa».

NULIDAD DE TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO. INCAPACIDAD DE LOS TESTIGOS. Artículo 681, número 7, del Código civil (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1972).

La circunstancia de que el Notario autorizante del testamento haya utilizado como despacho una habitación de la casa del testigo tachado de incapaz nos es bastante, por sí sola, para atribuir al tachado testigo la cualidad de oficial, auxiliar, copista, subalterno o criado del Notario.

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 de la Audiencia Territorial de Albacete, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de San Clemente, por la parte actora y apelada, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que en el primer motivo del recurso asevera la recurrente que el sexto considerando de la sentencia recurrida, al referirse a los hechos estimados probados por el Juzgado de Primera Instancia, en el tercer considerando de la sentencia de este último los admite y da por reproducidos, afirmación que no concuerda exactamente con la realidad, pues si bien es cierto que en el indicado sexto considerando de la sentencia recurrida se da por probada la circunstancia de que el Notario autorizante del testamento ha utilizado como oficina o despacho una habitación de la casa del testigo tachado como incapaz, también lo es que no ocurre lo propio en relación con las demás circunstancias destacadas por el juzgador de primer grado en el tercer considerando de su resolución, respecto de las cuales la sentencia combatida en el séptimo de sus considerandos no dice ni expresa ni implícitamente que las admita y dé por reproducidos, sino que «aun dando por supuesto que al margen de la normativa que rige a los empleados de Notarías se practicara ese encubierto intrusismo» para, argumentando después sobre esa hipotética base fáctica, concluir rechazando la alegada incapacidad de dicho testigo.

Considerando que, por consiguiente, el único hecho que, como probado, ha de ser valorado jurídicamente es el de haber, el Notario autorizante

del testamento, utilizado como oficina o despacho una habitación de la casa del testigo tachado de incapaz, respecto a cuyo hecho la sentencia recurrida añade que no está probada su causa, pudiendo obedecer a una relación de arrendamiento o de mera complacencia o buena vecindad, y esto sentado es llano que de tal hecho no cabe derivar ni atribuir al tachado testigo la cualidad o condición de oficial, auxiliar, copista, subalterno y criado del Notario autorizante del testamento, a que se refiere el número 7.º del artículo 681 del Código civil, por lo que decaen los dos motivos del recurso.

DERECHO FORAL NAVARRO. TESTAMENTO POR FIDUCIARIO. VALOR DE LA COSTUMBRE. DOCTRINA LEGAL (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1972).

Está vigente en Navarra el testamento por fiduciario, que puede nombrarse asimismo en capítulos matrimoniales.

En Navarra constituye fuente de Derecho la costumbre en cualquiera de sus formas, incluso la *contra legem*.

La casación, con base en la doctrina legal, requiere, al menos, dos sentencias conformes de toda conformidad respecto al punto controvertido.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que el presente recurso—al igual que la demanda originaria—tiene por objeto impugnar la validez de un testamento navarro, cuya cláusula séptima literalmente dice: «Del remanente de todos sus bienes instituye herederos a los hijos de sus hermanos don Fermín y don Facundo L. E., a aquel o a aquellos que éstos libremente designen sin distinción de sexo o a favor de otras personas. Y si fallecen los hermanos sin hacer la designación, intervendrá en nombre del fallecido un pariente más próximo de los hijos, varón, residente en Navarra.»

Considerando que la sentencia recurrida, para desestimar la demanda de nulidad del aludido testamento, tuvo en cuenta: a) Que una de las peculiaridades del Derecho Navarro «es la posibilidad de nombrar herederos fiduciarios...», que ha sido desarrollada con posterioridad *por la costumbre*, y por ello, tanto en las capitulaciones matrimoniales como en los testamentos, la práctica notarial y judicial demuestra que existen cláusulas de disposición hereditaria atribuyendo a otras personas la facultad de designar heredero o sucesor en los bienes del causante. b) Que el informe del Colegio Notarial del Territorio «con claridad ha evidenciado la habitualidad con que en la práctica jurídica, muy viva en la actualidad en Navarra, se utilizan esas fórmulas, que el demandante impugna». c) Que es un hecho acreditado y suficientemente conocido, por su valor y rigor científico, el que en los proyectos del Fuero Recopilado de Navarra de 1959, en las Leyes 269 a 273 y en los últimos trabajos codificadores de la Recopilación privada de 1957, Leyes 248 a 254, se recoge como una institución viva, aceptada y válida en el Derecho Navarro, y si además de estas consideraciones *se tiene en cuenta que la costumbre de siempre ha tenido en nuestro Derecho Foral, con base en la Ley 32, título 3, libro primero del Digesto*. d) Que el caso contemplado representa el tipo de los llamados fiduciarios-comisarios sucesorios..., cuya misión no

es otra que la de cumplir el encargo hecho por el causante en los términos y con las facultades expresadas en el propio testamento, encargo que, por lo general, tiene como objeto la designación de herederos o donatarios en la disposición o distribución de legados.

Considerando que contra la aseveración de la sentencia recurrida, que estima probada esa costumbre navarra de otorgar testamento con «delegación de facultades en favor de los llamados fiduciarios-comisarios, para que éstos puedan proceder a la designación de herederos, de acuerdo con las instrucciones expresamente contenidas en esa delegación», alza la parte recurrente el cuarto motivo de su recurso, amparándose en el párrafo séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imputando a dicha sentencia «error de derecho en la apreciación de la prueba», que entiende «cometido por el concepto de violación por no aplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita», a tenor de la cual, «la costumbre, a efectos de que pueda ser aplicada a un determinado acto o negocio jurídico, es una *pura cuestión de hecho* que es necesario probar», y para razonar la procedencia de tal motivo argumenta dicho recurrente que la resolución impugnada se basa en la afirmación de que es costumbre en Navarra el empleo de una fórmula institutoria igual a la contenida en el testamento litigioso, y que lo cierto es que a lo largo del juicio plenario ninguna prueba se presentó que pudiera testimoniar la existencia de tal forma institutoria en Navarra, basándose la sentencia únicamente en un parecer y no en una costumbre suficientemente probada.

Considerando que al no haberse combatido eficazmente la aseveración de la resolución impugnada, relativa a la existencia de aquella costumbre navarra, ya que no pueden tampoco prosperar los motivos primero y segundo del recurso, en los cuales se invoca, respectivamente, la infracción de las normas referentes al carácter personalísimo del testamento y a la nulidad de las disposiciones testamentarias en que se vulnera esa esencial característica, porque hay que tener en cuenta que en Navarra constituye una fuente de Derecho la costumbre en cualquiera de sus formas, incluso la *contra legem*, por lo que si por costumbre viene usándose esta fórmula especial de delegar en otros la elección de heredero, resulta evidente que el testamento que tal cláusula contenga no ha incurrido en causa de nulidad, sino, antes bien, se ha atemperado a una norma consuetudinaria vigente.

Considerando que para la desestimación de este motivo basta observar: en primer lugar, que el propio recurrente, contradiciéndose con lo al principio alegado, termina por sostener que «la sentencia que se recurre... ha fundamentado su fallo, entre otros motivos, en *dos disposiciones jurisprudenciales* que no constituyen verdadera doctrina legal», y, en segundo lugar, que, como ya declaró este Tribunal en sentencia de 24 de abril de 1970, «si bien es cierto que un solo fallo no basta para constituir doctrina legal, cuya infracción deba dar lugar a la casación de la resolución que la vulnera, no lo es, en cambio, que los Tribunales de Instancia, en casos de dudosa aplicación o de vacilante interpretación, no puedan seguir la exégesis o la aplicación hechas por el Tribunal de Casación, aunque no se hayan reflejado—tal aplicación o tal interpretación—más que en una sola sentencia, siempre que no aparezca contradicha por otras que resuelvan en sentido opuesto; la doctrina legal invocada por el recurrente lo que, en realidad, proclama es que con apoyo en una sola sentencia del Tribunal Supremo no se consigue inexcusablemente la casación de una resolución que decida en sentido contrario, sino que para que esta casación se produzca indefectiblemente serían precisas, por lo menos, dos sentencias conformes de toda conformidad respecto al punto controvertido.

Considerando que este Tribunal, en sentencia de 4 de mayo de 1863, tuvo que definirse ante un testamento otorgado en Navarra por quien

tenía la vecindad foral, en el que facultaba a su esposa para que «eligiese por heredero a uno de los hijos o hijas, haciendo a los demás sus señalamientos o legítimas, conforme fuere su voluntad y procederes para con ella», y se pronunció por la validez de tal testamento proclamando que «las Leyes 31 y 33 de Toro sobre comisarios testamentarios no son aplicables al caso presente, aun cuando se hallase comprendido en sus prescripciones o la autorización de que se trata debiera considerarse como un poder para testar».

Considerando que esta doctrina, por ser acorde a la que reflejan los diversos proyectos de Compilación del Derecho Civil especial de Navarra, que recogen la realidad de una costumbre muy arraigada en aquella región, se mantiene y ratifica en la presente sentencia.

COMENTARIO.—Esta sentencia reitera la doctrina de la sentencia de 11 de marzo de 1905, publicada en la *Gaceta* del 9 de septiembre. Sin embargo, conviene advertir que los tratadistas no son unánimes en la extensión del testamento por comisario en Navarra, pues mientras de las palabras con que se expresa la mayoría parece deducirse que tal facultad está restringida a los cónyuges (y aún, según algunos, sólo en capítulos matrimoniales y para el supuesto de morir intestados), no faltan quienes se muestran partidarios de un criterio más amplio (cfr. VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE: *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, tomo II, Pamplona, 1932, págs. 55 y 405).

Ha parecido decisivo para la resolución del presente caso controvertido la comunicación del Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, emitida en cumplimiento de diligencia para mejor proveer acordada por el Juzgado.

NULIDAD DE TESTAMENTO. DOLO. ARTICULOS 673 Y 1.269 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1972).

Doña C. G. C. murió sin dejar herederos forzosos bajo testamento notarial abierto otorgado sólo diez días antes de su fallecimiento, en el que revocando tres testamentos notariales anteriores, en los que con diversas modalidades había instituido herederos a sus sobrinos carnales, instituyó heredero a su sobrino-nieto don N. C. T.

Los sobrinos carnales de la testadora demandan la nulidad del último testamento argumentando que había habido captación de voluntad y dolo, que deducen de ciertas presunciones, tales como la edad de la testadora; la diferencia radical con los tres precedentes testamentos de la misma, en los que dejaba manda de importancia a una fiel y antigua servidora, de la que prescinde totalmente en el último otorgado, etc.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rullo Villar, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante y apelante contra la sentencia de la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que confirma la del Juzgado de Primera Instancia de La Orotava, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que, como viene advirtiendo con reiteración este Tribunal, entre cuyas sentencias pueden citarse las de 13 de febrero de 1958, 23 de febrero de 1961, 26 de noviembre y 3 de diciembre de 1970, el artículo 1.249 del Código civil no puede infringirse más que cuando el Tribunal sentenciador establezca como base de la presunción un hecho que no se halle plenamente acreditado o, por el contrario, niegue la existencia del que, según lo debatido en el pleito, debiera sustentarla, cuestiones de hecho que no pueden combatirse más que por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que el problema del proceso deductivo del hecho que se trata de demostrar me-

diente un enlace racional y lógico, privativo del artículo 1.253 del Código civil, ha de plantearse a través del número primero del ya citado precepto procesal, por lo que el plantear conjuntamente en un solo motivo las posibles infracciones de estos preceptos produce la confusión prohibida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que sanciona el 1.729 del propio Cuerpo legal como causa de inadmisión, que en este trámite se convierte en causa de desestimación, a lo que cabe añadir que ni el propósito, manifestado en anteriores ocasiones, de instituir herederos a sus sobrinos, aunque no tuviera otros parientes, vincula a quien lo hizo, porque, como expresaba el aforismo de *Ulpiano*, *ambulatoria est voluntas hominis at vitae supremum exitum*, ni el despido de una sirvienta tiene el significado decisivo que se le atribuye, ni la propensión a pensar que estaba encaminado a aislarla y seducirla pasa de ser una pura suspicacia, ni el otorgamiento de poderes y facultades administrativas por una señora de edad tan avanzada es otra cosa que un hecho natural, ni se puede, en resumen, basar en hechos de posible interpretación equívoca una presunción probatoria que requiere un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, y cuya interpretación por el Tribunal *a quo* hay que mantener mientras no aparezca claramente contraria a las normas de la lógica.

Considerando que el motivo segundo empieza por decir que «no apoya esencialmente en la presunción como medio de prueba suficientemente desarrollada a través del primero», con lo cual ha venido a quedar sin base al desestimarse la utilizada; más aún, prescindiendo de esta consideración y partiendo de los hechos admitidos por la sentencia recurrida, denuncia la violación de los artículos 673 y 1.269 del Código civil, por considerar aquellos hechos como demostrativos de dolo civil, respecto de lo cual cabe decir que si bien el artículo 1.269 se refiere al dolo específico contractual, en defecto de una doctrina general sobre los vicios de la voluntad y la nulidad o anulabilidad por dolo en los negocios jurídicos, viene aplicándose por analogía la regulación relativa a los contratos a pesar de las notorias diferencias entre los negocios bilaterales y los actos unilaterales, tomando el consentimiento como sinónimo de voluntad, cuya autonomía puede ser anulada si se coarta por estímulos endógenos o exógenos capaces y suficientes, y concretamente puede producir este efecto el dolo, como admiten los artículos 1.265 y 1.269 del Código civil; pero en todo caso, las maquinaciones insidiosas, en que este último lo hace consistir, han de quedar claras como causa determinante de la conducta, y como los hechos en que se apoya este motivo son prácticamente los mismos, cuya valoración ha sido enjuiciada al examinar el motivo anterior, su desestimación prejuzga el de este segundo, quedando con ello desestimado también y, como consecuencia, el recurso.

CARACTERES DEL TESTAMENTO. ARTICULO 670 DEL CODIGO CIVIL. DOLO. ERROR. DISCORDANCIA ENTRE LA VERDADERA VOLUNTAD DEL TESTADOR Y LA DECLARADA (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1972).

El testamento es un acto personalísimo según el Código civil.

Resultando probado que la verdadera voluntad del testador era facultar al heredero para distribuir sus bienes entre personas no designadas nominativamente y sin señalar tampoco la porción en que habían de suceder, el testamento es nulo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, 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 de lo Civil de la Audiencia Territorial

de Granada, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Guadix, por los siguientes fundamentos jurídicos:

Considerando que la sentencia recurrida, en su sexto considerando, partiendo de la conclusión obtenida en los considerandos anteriores del conjunto de la prueba, establece la afirmación de que existe discordancia entre la voluntad real del testador y la declarada en el testamento, como demuestra, entre otros, el hecho de que el mandato a que dicho testamento lo concedió no para enajenar sus bienes inmuebles, de los que dice no poseer ninguno, sino para vender la nuda propiedad, lo que además de ser términos contradictorios revela bien claramente su deseo de que surtan efectos *mortis causa*, y que la verdadera voluntad del testador era atribuir a don J. H. P. la facultad para distribuir sus bienes entre personas no designadas nominalmente, y con respecto a las cuales tampoco señalaba la porción en que habían de suceder, concediéndole al llamado heredero un amplio arbitrio para disponer mediante escrituras de venta a quien quisiera dejarlos.

Considerando que el principio romano del carácter personalísimo del testamento, de tan larga y constante tradición en nuestro Derecho común, apenas alteradas por el Fuero Real, que fue objeto de subsiguientes limitaciones hasta su definitiva derogación, fue recogido en el artículo 670 del Código civil, estableciendo en términos rotundos que, en efecto, el «testamento es un acto personalísimo», que «no podrá dejarse en todo ni en parte al arbitrio de un tercero», sin que existan más excepciones a este principio que las de las sustituciones pupilar y ejemplar contenidas en los artículos 775 y 776 del mismo Código.

Considerando que a la luz de estos principios, que no admiten interferencias extrañas en la declaración de voluntad privativa del testador, tanto en el nombramiento de herederos como en la distribución de bienes, no puede aceptarse la tesis del motivo primero del recurso en el sentido de que quedó cumplido por el causante con la institución pura y simple del señor H. P. como heredero universal, es decir, sin limitación, condición ni reserva alguna, porque está en contradicción con la premisa de hecho establecida por la sentencia recurrida, a que se hace referencia en el primer considerando de la presente, de cuya premisa viene a resultar el señor H. P. como una especie de fiduciario o heredero de confianza, prohibiendo en nuestro Derecho común desde las Leyes de Partidas y de Toro, recogidas en la Novísima Recopilación, por razones obvias de peligrosidad en la posible suplantación de la auténtica voluntad del testador, que en este caso ya se ha proclamado en la sentencia recurrida como discordante con la expresión documentada en el testamento, y por esa misma razón tampoco puede interpretarse dicha expresión como una simple recomendación, que habría de tener un carácter siempre accesorio de una institución válida, que en el caso de autos no ha podido conocerse.

COMENTARIO.—Reafirma enérgicamente nuestro más Alto Tribunal el principio de que el testamento es acto personalísimo en nuestro Derecho Civil común, debiendo, no obstante, tomarse como simple *obiter dictum* la afirmación de que no existen más excepciones a este principio que las de las sustituciones pupilar y ejemplar contenidas en los artículos 765 y 766 del Código civil, pues fácilmente podrían señalarse otras (cfr. ANTONIO DÍAZ FUENTES: *Excepciones legales al personalismo de las disposiciones «mortis causa»*, en «Anuario de Derecho Civil», enero-marzo 1965, XVIII-1, págs. 141-173), y no falta quien, como JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ (*Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código civil español*, A. D. C., 1958, XI-1, págs. 3-19 y separata), se muestra contrario a que el supuesto de tales sustituciones entrañe un verdadero testamento del hijo o del incapaz hecho por su padre o ascendiente.

F. C. L.