

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ENRIQUE CALATAYUD LLOVET,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. NO APLICACION DE LA FE PUBLICA REGISTRAL A LAS SERVIDUMBRES APARENTES. CARACTER DECLARATIVO DE LA INSCRIPCION (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1970).

Hechos.—En la pared de una casa lindante con el jardín de otra existen huecos y ventanas en los pisos segundo y tercero de medidas superiores a las previstas en el artículo 581 del Código Civil, por concesión del entonces dueño del predio sirviente en documento privado de constitución de servidumbre. La persona a cuyo favor se constituyó la servidumbre no inscrita adquirió, según el Registro, la propiedad del predio dominante, por escritura otorgada siete años después de haber aceptado la servidumbre en el citado documento privado. Por su parte, el actual propietario del predio sirviente adquirió éste en subasta pública, como libre de cargas, según el Registro de la Propiedad.

El pleito se plantea porque el adquirente de la casa y jardín sobre los que están abiertos los huecos y ventanas demanda al propietario del predio dominante para que cierre todos éstos, negando la existencia de la servidumbre, o los adapte a las medidas y requisitos establecidos en el artículo 581 del Código Civil. El titular del predio sirviente alega, en favor de la existencia de la servidumbre, el documento privado de constitución de la misma.

Sin éxito el demandante en el Juzgado de Primera Instancia y en la Audiencia Territorial, interpone recurso de casación, alegando como motivos principales los siguientes: que como se trata de una servidumbre predial, no personal, el titular a cuyo favor se constituye debe ser propietario del predio dominante en el momento de constituirse la servidumbre, cosa que no ocurrió en el presente caso, como se desprende de certificación del Registro de la Propiedad, de la que resulta que adquirió dicha finca por escritura pública otorgada siete años después de la fecha de constitución de la servidumbre (motivos 1.º y 2.º); que como la servi-

dumbre predial es un bien inmueble, según el artículo 334, núm. 10, del Código Civil, y para la donación de bienes inmuebles se requiere, como forma *ad solemnitatem*, la escritura pública (art. 633 del Código Civil), la sentencia apelada ha cometido infracción de dichos artículos, pues el documento privado de concesión de servidumbre tiene carácter gratuito y es nulo por falta de forma (motivo 3.º); que como adquirió la finca en pública subasta, como libre de cargas, en procedimiento de ejecución hipotecaria, no conocía la existencia de la supuesta servidumbre, por lo que era tercero protegido por la fe pública registral (arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), sin que obste a ello la reiterada doctrina jurisprudencial sobre no aplicación de la fe pública registral en materia de servidumbres aparentes, ya que tal doctrina se basa en la presunción de que el tercer adquirente conoce la existencia de las mismas por su carácter ostensible, siendo posible, por tanto, destruir tal presunción y probar que se desconocía tal extremo, que es lo que ocurre en el presente caso (motivo 4.º).

Doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo.—Declara no haber lugar al recurso:

Considerando... que... dado que en nuestro sistema registral no tiene la inscripción valor constitutivo, en el que en la indicada inscripción se haga referencia a la escritura pública de compraventa, otorgada en 11 de febrero de 1932 (que sirvió de título al dueño del predio dominante para inscribir su adquisición), no desvirtúa en forma alguna que en 21 de septiembre de 1925 fuere propietario de dicha finca, aunque sin título inscrito o público, como del conjunto de la prueba practicada deduce el Juzgador de instancia.

Considerando que el documento privado de constitución de servidumbre no puede equipararse a una donación, pues contenía una autorización para abrir huecos con ciertas restricciones, consecuente a determinadas concesiones al autorizante, como se afirma en la contestación a la demanda y no se contradice por el actor, por lo que no es aplicable a este caso el artículo 633 del Código Civil.

Considerando que, si cual se afirma en la sentencia recurrida y no se ha combatido en el recurso, «el promotor del pleito de que nos ocupamos conocía la realidad extra-registral, distinta de la que la inscripción consigna», a más de ser reiterada la doctrina de esta Sala sobre que si los signos de las servidumbres son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior les atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, surtiendo efecto contra el adquirente del inmueble, aunque no resulte del Registro la existencia de la servidumbre, circunstancias que al concurrir en las que motivan la litis, como se desprende de la descripción que de los huecos en que se plasma se hace por el actor en su demanda, es obvio que al no atribuir el Tribunal de Instancia al actor la condición de tercero hipotecario amparado por la inscripción registral de libertad de gravamen de su fundo, resolvió correctamente, dadas las características del supuesto fáctico contemplado, y en todo conforme a cuanto disponen los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, desestimándose, consecuentemente, el cuarto de los motivos, al denunciarse la aplicación indebida de los mencionados artículos.

Comentario.—Dos aspectos cabe destacar en el caso resuelto por esta sentencia, uno de los cuales tiene relación con el principio de fe pública registral, y el otro, con el principio hipotecario de legitimación. Los estudiaremos por separado.

a) Primer aspecto: la fe pública registral y las servidumbres aparentes.—En principio, la sentencia está dentro de la línea seguida por el Tribunal Supremo, que mantiene en reiteradas sentencias no ser necesario que las servidumbres aparentes consten inscritas en el Registro para que afecten a terceros, pues por su ostensibilidad tienen publicidad equivalente a la de la inscripción (véase la cita de sentencias que hace ROCA SASTRE en la página 626, tomo I, de su *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición).

Pero interesa destacar el matiz específico que el presente supuesto puede aportar en el futuro a la doctrina legal del Tribunal Supremo, actualmente consolidada.

En el presente caso, el predio sirviente, gravado con servidumbre aparente de luces y vistas, había sido adquirido en subasta judicial, en procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que constaba la finca como libre de cargas, según el Registro de la Propiedad.

El adquirente del inmueble, ahora recurrente, argumentó, para demostrar que el signo aparente de servidumbre no le debía afectar, por no resultar de la inscripción, en la forma siguiente: «Es preciso profundizar —dice en el cuarto motivo del recurso— sobre las razones que mueven a este Tribunal a aplicar tal doctrina de la publicidad por los signos aparentes; que es evidente que la doctrina jurisprudencial de no aplicación de la fe pública registral en materia de servidumbres aparentes lo hace sobre la presunción de que, dado su carácter ostensible, el tercer adquirente conocía su existencia y, por ende, carece del requisito de buena fe, entendido éste como *desconocimiento de la realidad extrarregistral*, o dicho con palabras semejantes: la excepción de fe pública registral en caso de servidumbres aparentes no es sino aplicación de la doctrina de la mala fe hipotecaria, unida a la presunción de que el tercero conoce la existencia de la servidumbre; pero por esta razón, si en un determinado caso concreto el tercer adquirente de un inmueble desconoce la existencia de la servidumbre, no puede aplicarse tal doctrina jurisprudencial, pues falta por completo la base en que se sustenta.»

Ante esta argumentación del recurrente cabe preguntar, antes de analizar la reacción del Tribunal Supremo, cómo reaccionarían los autores. NÚÑEZ LAGOS, por ejemplo, citado y aceptado su criterio (al no contradecirlo) por ROCA SASTRE (pág. 626, *obra citada*), dice que «cuando una servidumbre es ostensible y pública por signos externos, objetivos, materiales y evidentes no puede ser desconocida por el tercero y, por tanto, le perjudica como si estuviere inscrita. No es problema de conocimiento efectivo. Aunque demostrara el tercero su absoluta ignorancia, le perjudicaría la carga extrarregistral. De la jurisprudencia recaída sobre estas servidumbres en relación con el Registro se puede apreciar que el problema se centra en los conceptos de publicidad y de carga oculta y no en el principio de buena fe, y no se trata de que el tercero *de facto* conozca o ignore la existencia de la servidumbre (principio de buena fe), sino de que por lo ostensible y público de la servidumbre o derecho no puede aquél alegar ignorancia excusable (principio de publicidad).»

Extraña esta tesis tan tajante de los autores, equiparando la publicidad registral y la incipiente publicidad de signos materiales externos, como si estuviéramos en las primeras épocas de la historia de la publicidad inmobiliaria. Está bien que se dé relevancia a los signos aparentes de servidumbre, a pesar de que ningún texto legal los excluye del ámbito de la fe pública registral, pero de esto a configurar una publicidad contra la que no cabe alegar ignorancia hay mucha distancia. Piénsese en una serie de casos en que falta el contacto directo y material del comprador con la finca en el momento de la compra (adquisición por residentes en el extranjero, subastas públicas, organismos que se mueven sólo

a base de los datos del Registro de la Propiedad, etc.). Resulta excesivo no admitir que en estos casos pueda ser alegada la buena fe, aportando una serie de datos (domicilio, lugar de la venta, apertura de ventanas en momento inmediatamente anterior a la compra, etc.) que reunidos pueden llevar al convencimiento del Juzgador que existía ignorancia excusable de la existencia de la servidumbre.

Creo que la reiterada doctrina jurisprudencial es una doctrina construida para «andar por casa», en el sentido de que sirve para los frecuentes casos de transmisiones operadas entre vecinos o personas que por una u otra conexión con el lugar de situación de la finca han tenido claramente posibilidad de conocer todos los signos y circunstancias físicas que rodean al inmueble. Pero para ciertos casos de compras que antes se han indicado, en que se trata de «andar fuera de casa», la doctrina jurisprudencial conviene que sea matizada, en lugar de ser elevada a principio inflexible, y conviene también que no sea generalizada. Porque en otro caso resultaría que se fomentaría las cargas ocultas, pues así habría de ser calificada (como carga oculta) una servidumbre aparente no inscrita, que por la rapidez de la operación o por desconexión de ésta con el lugar de situación no ha podido ser conocida. Y es que las ventanas se abren para que se pueda ver el exterior desde ellas, y no para que los que viven en lugares distantes tengan que ver necesariamente dichas ventanas.

Con ello no critico la doctrina jurisprudencial, sino la postura tajante de los autores, que no admiten excepciones ni matizaciones, en ningún caso, de la doctrina de la publicidad de los signos aparentes.

Precisamente la sentencia que comentamos, aunque sigue la línea general de las anteriores, contiene una cierta matización de la cuestión, pues contesta al recurrente diciendo que «el promotor del pleito conocía la realidad extra registral». Es decir, no le contesta, como harían los autores, diciéndole que no cabe alegar ignorancia, sino que en el presente caso ha quedado probado que conocía los signos aparentes de servidumbre. Ciertamente, se trata de una matización muy pequeña, pues a renglón seguido, la propia sentencia refuerza su tesis trayendo a colación la doctrina jurisprudencial reiterada, pues añade: «A más de ser reiterada la doctrina de esta Sala sobre que si los signos de las servidumbres son ostensibles e indubitados, su apariencia exterior les atribuye una publicidad equivalente a la inscripción.»

b) Segundo aspecto: la legitimación registral y la cuestión de presunción de integridad del Registro de la Propiedad.—El principio de legitimación registral se define normalmente como un principio de presunción de exactitud y existencia de lo que consta inscrito, salvo prueba en contrario; en cambio, se ha discutido si puede añadirse, como contenido de tal principio, la idea de presunción de integridad, consistente en afirmar que lo no inscrito en el Registro se presume que no existe, mientras no se pruebe lo contrario. La exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 da a entender que sí cuando dice que «el Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario». Entre los autores, la mayoría entiende que no cabe mantener en nuestro sistema la presunción de integridad del Registro. Así, ROCA SASTRE (que dice: «El contenido del Registro no sirve para presumir a base de su silencio que un determinado derecho no ha existido», pág. 377). Y LACRUZ dice que «el hecho de que el Registro nada diga del derecho de una persona no funda ninguna presunción, expresa WESTERMANN, y *a fortiori* ha de ocurrir también así en nuestro sistema, en el que los derechos reales nacen fuera del Registro sin necesidad de la inscripción».

Otros autores (CHICO y BONILLA) defienden la idea de presunción de

integridad, basándose en la frase de la exposición de motivos antes citada, en la frase del artículo 38, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria: «en la forma determinada en el asiento respectivo» y en el paralelismo o identidad de ámbito entre el principio de legitimación y el de fe pública registral.

Por mi parte, estimo que parecen extremas ambas opiniones. La tesis mayoritaria choca no sólo con las alusiones de la exposición de motivos, sino, sobre todo, con la frase del artículo 38, «se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo», ya que si el asiento respectivo dice que el dominio está libre de derechos reales, correlativamente ello supondrá presumir que los derechos reales no inscritos no existen mientras no se demuestre lo contrario.

En cuanto a la opinión de CHICO y BONILLA, creo que no puede ser aplicado el principio de presunción de integridad a todos los casos y, concretamente, a la inexistencia del derecho de propiedad no inscrito, pues si no consta inscrito el dominio no cabe decir que se presume que no existe, basándose en la frase citada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues como no existe asiento, no puede presumirse nada, ni positivo ni negativo, alegando la supuesta forma determinada en el mismo (!); respecto a la exposición de motivos, no es vinculante, y en cuanto a la identidad de ámbito entre el principio de legitimación y fe pública, no es admisible, pues tienen ámbito distinto (así, circunstancias físicas, que ampara el principio de legitimación y no el de fe pública).

Creo que la presunción de integridad debe ser admitida respecto a la inexistencia de los derechos reales no inscritos siempre que conste inscrito el dominio, pues entonces resulta correlativo el principio de presunción de veracidad del asiento, que publica el dominio como libre, con el principio de presunción de integridad, que presume que no existen supuestos derechos reales que graven el dominio. En los demás casos, no.

En el caso de la sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo no admitió la presunción de integridad, basándose en que la inscripción no tiene valor constitutivo, si bien hay que reconocer que luego da a entender que del conjunto de la prueba practicada dedujo el Juzgador de instancia la existencia del derecho de propiedad por parte del titular registral con anterioridad a la fecha del título que motivó la inscripción, por lo que también cabría pensar que la sentencia no admite en este caso la presunción de integridad por haber quedado destruida por la prueba en contrario, no porque, en general, no pueda ser admitida. Pero más bien me inclino por lo primeramente dicho.

TERCERIA DE DOMINIO: NO RESPONDEN LOS BIENES GANANCIALES POR UN AVAL CONTRAÍDO POR EL MARIDO SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU ESPOSA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—En autos ejecutivos se embargaron bienes pertenecientes a la sociedad conyugal formada por A. A. M. y la actora en la tercera de dominio, I. G. G., por responsabilidades procedentes de haber prestado A. A. M. aval a favor de F. L. en tres letras de cambio libradas por J. L. L., importantes en junto 1.324.000 pesetas, sin contraprestación y sin consentimiento de su esposa.

La citada esposa, I. G. G., interpone demanda de tercería de dominio contra su esposo y contra el librador, J. L. L., suplicando se declare que son de la propiedad de la sociedad de gananciales los bienes embargados en el juicio ejecutivo instado por J. L. L. contra A. A. M. y F. L., dejando sin efecto los embargos decretados contra los mismos, para lo que se

expedirá mandamiento por duplicado a los señores Registradores de la Propiedad correspondientes, disponiendo la cancelación de las anotaciones practicadas como consecuencia del juicio principal.

El Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda, en sentencia que fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, que estimó totalmente la demanda.

El demandado, J. L. L., librador, interpone recurso de casación, alegando no aplicación del número 1.º del artículo 1.408 del Código Civil, en relación con el artículo 59 del mismo Código, pues conjuntando ambos preceptos se tendrá que en toda sociedad de gananciales de la que es administrador el marido, las deudas y obligaciones (entre las que se encuentra un aval) contraídas por él, vigente el matrimonio, están a cargo de la sociedad de gananciales, máxime teniendo en cuenta que el aval no es un negocio gratuito (pues produce derechos a favor del avalista), que es un negocio mercantil y que A. A. M. es comerciante, por lo cual no necesita el consentimiento de su esposa para prestarlo ni para que respondan los bienes gananciales.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar el recurso, destacando por su doctrina sustantiva el considerando primero de la sentencia, según el cual, a pesar de «la generalidad de los términos del número 1.º del artículo 1.408, a cuyo tenor ‘serán de cargo de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido’, habida cuenta de las rigurosas limitaciones a que está sujeto su poder de disposición a título lucrativo (art. 1.415) y del texto del párrafo primero del artículo 1.413, según el cual ‘el marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales’, debe entenderse que salvo en el supuesto de donación obligacional aludido en el artículo 1.409, como todos los citados, del Código Civil, los bienes de dicha comunidad no responden de las obligaciones contraídas a título gratuito por el marido, razón por la que debe ser desestimado el motivo primero».

TERCERIA DE DOMINIO: EL PODER AMPLISIMO DADO POR EL TERCERISTA PARA EXPLOTAR UN NEGOCIO NO ACREDITA EL DOMINIO DEL MISMO, SI DEL CONJUNTO DE LAS PRUEBAS RESULTA SER DUEÑO DEL NEGOCIO EL APODERADO (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1971).

Hechos.—Doña Juana C. P. otorgó en el año 1951 poder notarial a favor de su hermano, Jeremías C. P., facultándole para que arrendara un determinado local de negocio y rigiera el mismo, figurando los diferentes impuestos, Seguros Sociales, etc., a nombre del apoderado, hasta una fecha próxima a que se decretara el embargo del establecimiento por deudas del apoderado, a instancia del acreedor, Jesús C. S. Doña Juana C. P. interpone demanda de tercería de dominio, alegando la citada escritura de poder, entre otros documentos, pero el demandado, Jesús C. S., se opone, por considerar tal poder como un artificio o maniobra para procurar al apoderado «una patente de libre circulación jurídica para meterse en toda clase de negocios, amparado de una supuesta insolvencia».

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de tercería en vista de las pruebas practicadas, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la tercerista, por error de hecho en la apreciación de las pruebas y viola-

ción del artículo 348 del Código Civil, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando... que declarado por la sentencia como hecho, que con gran anterioridad a 1951, fecha en que se otorgó por la tercerista el poder a favor de su hermano codemandante, el establecimiento mercantil objeto de embargo pertenecía y era explotado por este último, y apoyada su declaración sobre estos extremos en un conjunto de documentos oficiales e incluso en la liquidación practicada por el administrador judicial con el embargado, de lo que aparece el reconocimiento por éste de su condición de propietario del establecimiento, ha de concluirse declarando que los documentos en que el recurrente se apoya carecen del carácter de auténticos al haber sido objeto de examen e interpretación por el Tribunal sentenciador.

Considerando... que al suponer la tercería de dominio, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, el ejercicio de una acción reivindicatoria, ha de cumplir para su éxito los requisitos que de manera reiterada exige dicha doctrina, entre ellos la de que el actor acredite que tiene justo título de dominio, que en este caso falta de acuerdo a los anteriores razonamientos.

RETRACTO DE COMUNEROS: COMPUTO DE PLAZO DE LA ACCION DE RETRACTO (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1971).

Hechos.—Realizada la venta de una cuarta parte indivisa de una casa sita en Ciudad Real, dos de los condóminos ejercitan la correspondiente acción de retracto de comuneros, manifestando haber tenido conocimiento de la venta y del precio de 200.000 pesetas unos días antes de la interposición de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real desestima la demanda, siendo revocada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, que estimó totalmente la demanda de retracto, por entender ejercitada dentro del plazo legal del artículo 1.524 la acción de retracto.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, que alega la caducidad de la acción de retracto, pues los condóminos tenían conocimiento anteriormente de la venta efectuada, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia, por lo siguiente:

Considerando que... la interpretación hecha por el Juzgador del artículo 1.524 del Código Civil se ajusta exactamente a la reiterada doctrina de este Tribunal, que exige, para enervar la acción de retracto por caducidad del plazo de viabilidad, que el retrayente conozca en momento oportuno, cabal y completo no sólo la venta, sino todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado (sentencias de 31 de octubre de 1953 y 6 de mayo de 1961), razones que determinan la desestimación del primer motivo.

Considerando que... aunque, según el recurrente, «existieron gestiones entre las partes de este pleito con intervención de mediadores, para buscar una solución amistosa al problema planteado por la compra», ha de oponerse que, según la sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 1962, del hecho de existencia de gestiones encaminadas a transigir y avenirse no se deduce inexcusablemente que el demandante supiera el precio y todas las demás circunstancias de la compraventa, y este conoci-

miento completo y cabal es el que exige la constante jurisprudencia para que empiece a correr el plazo de viabilidad que la Ley otorga a la acción de retracto, razones que determinan la desestimación del motivo y con ella la del recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comentario.—Esta sentencia, continuando la doctrina de las sentencias de 30 de octubre de 1953, 6 de mayo de 1961 y 22 de marzo de 1962, establece que «para enervar la acción de retracto por caducidad se exige que el retrayente tenga conocimiento cabal y completo no sólo de la venta, sino de todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado.

En el comentario que se hizo de la sentencia de 27 de noviembre de 1969 (véase en esta misma Revista el número 478, mayo-junio de 1970, página 791) se llegó a la conclusión de que lo que debe tomarse en consideración para el cómputo de la acción de retracto es la fecha de conocimiento de la transmisión real de la propiedad, más que la fecha de conocimiento del título obligacional.

Con la presente sentencia parece que quedan desvirtuados los argumentos expuestos en aquel comentario, pues aquí se centra la cuestión en el conocimiento (completo, eso sí) del título obligacional, sin aludir para nada al conocimiento de la tradición.

Sin embargo, se estima que la *ratio decidendi* de esta sentencia no afecta a la teoría mantenida en aquel comentario, siendo perfectamente compatibles ambas tendencias. Y es que no se planteó esa cuestión en el recurso, pues el recurrente es el comprador afectado por la acción de retracto, y solicitaba la caducidad de ésta por considerar como cómputo de plazo de la acción la fecha del conocimiento general de la venta. El Tribunal Supremo, ante este acotamiento de la cuestión, resuelve más bien en forma negativa, como estableciendo lo siguiente: no existe caducidad de la acción de retracto porque no puede tomarse como cómputo de plazo lo que el recurrente considera como tal (tener una simple noticia de la venta).

Desde luego se reconoce que esta sentencia es indiciaria de una tesis contraria a la mantenida en el citado comentario, pero se insiste en que la *ratio decidendi* del fallo de esta sentencia no se centra propiamente en la cuestión allí planteada, ya que en el recurso no se alegó para nada el problema del conocimiento o desconocimiento de la tradición, entre otras cosas, quizá, porque en el presente caso la venta se hizo en escritura pública, que, como es sabido, lleva consigo la tradición instrumental, en principio.

Se estima, por tanto, que a pesar de las declaraciones de esta sentencia no puede todavía someterse a silencio la tesis mantenida en aquel comentario, pues para ello sería necesario, partiendo del punto de vista de tomar como base de un fallo la *ratio decidendi* del mismo, que se diera uno de estos dos supuestos: 1.º O que en un recurso en que el recurrente fuera el retrayente, éste alegara que su acción no había caducado, pues no conoció la adquisición de la propiedad hasta que tomó posesión de la cosa el comprador (tradición), a pesar de que conocía el compromiso obligacional de venta en documento privado, y la supuesta sentencia del Tribunal Supremo concluyera que hubo caducidad, entendiendo que el plazo debe contarse desde el conocimiento cabal y completo de la venta, no desde el conocimiento de la adquisición por tradición. En tal supuesto se ventilaría la cuestión planteada en el repetido comentario y la *ratio decidendi* de la sentencia sería contraria a esa tesis. 2.º O bien que en un recurso en que el recurrente fuera el comprador afectado por el retracto éste alegara no la caducidad de la acción de retracto, sino el no nacimiento de la misma, por no haberse produ-

cido todavía la tradición a su favor, y la supuesta sentencia del Tribunal Supremo dijera que la acción de retracto surgió desde el conocimiento de la venta con independencia de la tradición. También en este otro supuesto se ventilaría el tema referido y la solución constituiría la *ratio decidendi* de la sentencia.

Ninguno de estos dos supuestos se dan en el presente recurso, en el que la sentencia del Tribunal Supremo, como queda dicho, resuelve una cuestión de caducidad en forma negativa, estableciendo con motivo de dicha solución unas afirmaciones o ideas positivas sobre el cómputo de plazo que, separadas del caso concreto, rayan en los *obiter dicta*.

No obstante, queda abierta esta cuestión a otra opinión, para lo que se han insertado los aspectos más importantes de los considerandos de la sentencia en el resumen de la misma.

**NO FEHACENCIA DE LA FECHA DE UN DOCUMENTO PRIVADO
ALEGADO EN UNA TERCERIA DE DOMINIO ANTE EL EMBARGO
TRABADO SOBRE UNA FINCA (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1971).**

Hechos.—Ante el embargo trabado sobre un inmueble a instancia del Banco acreedor «X», se interpone recurso de tercera alegando no ser la finca propiedad del embargado, sino del tercerista demandante, por haberla adquirido en documento privado de fecha anterior al embargo, justificando este extremo por una certificación del Banco «Y», que había concedido un crédito al tercerista en base a dicho documento. Desestimada la pretensión del actor en el Juzgado de Primera Instancia y en la Sala de lo Civil de la Audiencia, se interpone recurso de casación por violación de los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil, que se refieren al valor de los documentos privados.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y precisa que la cuestión debatida en el pleito no afecta al artículo 1.225 del Código Civil, pues no es el valor del documento privado entre los que lo suscribieron lo que ahora se plantea, sino «la certeza de la fecha del mismo respecto a terceros en torno al alcance del artículo 1.227 del Código Civil», para saber «si puede darse como hecho indubitado el de la propiedad del inmueble con anterioridad al embargo trabado sobre el mismo». Y en este aspecto, la sentencia recurrida no cometió la infracción denunciada respecto al artículo 1.227 del Código Civil, ya que llegó a la conclusión de que faltaban pruebas que pudieran acreditar la veracidad de la fecha del documento, «faltando en todo caso las prevenciones del citado artículo 1.227 del Código Civil», pues no dio trascendencia a la certificación expedida por el Banco «Y» sobre la existencia y fecha del documento privado.

Comentario.—Esta sentencia se encuentra en la línea de las que, en base a los preceptos legales, niegan fehacencia respecto a terceros a la fecha de aquellos documentos privados que no se encuentran en ninguno de los tres casos prevenidos por el artículo 1.227 del Código Civil. Es cierto que en alguna ocasión el Tribunal Supremo se mostró partidario de ampliar a algún otro supuesto lo establecido en el citado artículo, como ocurrió en el caso de la sentencia de 10 de enero de 1929 y en el de la sentencia de 30 de enero de 1958, que sentaron la doctrina de que «los supuestos especificados en el artículo 1.227 no forman un número cerrado», pudiendo admitirse la fehacencia de la fecha en otros casos de veracidad indudable en que no existe ninguna sospecha de falsedad o simulación (ejemplo: los libros de Comercio llevados con perfecta

regularidad). Pero tal doctrina sólo puede admitirse con muchas reservas y en casos muy excepcionales. Por ello, en el presente caso se niega fehacencia a la fecha del documento, a pesar de existir una certificación de un Banco en relación con dicho documento, y ello es lógico, pues un Banco no puede considerarse como un Registro público, ni su personal tiene el carácter de funcionario público a quien por razón de su oficio se entreguen los documentos. La solución de esta sentencia resulta indiscutible a la vista del artículo 1.227 y del principio de seguridad jurídica, y sólo resta añadir que la simple lectura del caso expuesto y de la solución del Tribunal Supremo podría servir de escarmiento a quienes utilizan todavía como forma normal de documentar sus adquisiciones la privada e incluso a los que se atreven a conceder créditos en base sólo a documentos privados, como ocurrió en el presente caso al Banco «Y».

ACCION REIVINDICATORIA. POSESION DE MALA FE. PRECARISTA
(SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1972).

Hechos.—El actor solicita se declare su derecho de propiedad sobre tres parcelas y se le restituya la posesión material por el que posee sin título alguno y con mala fe, con el consiguiente efecto de ésta respecto a los frutos y gastos. Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, es apelada la sentencia por el demandado ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, pero ésta confirma la sentencia.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, por infracción del artículo 453 y del 433 en relación con el 434 del Código Civil, alegando su posesión de buena fe, por ser precarista que usa de su derecho de retención frente al propietario, que no le satisface los gastos de mejora hechos en las parcelas, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

Considerando, en cuanto a la violación de la doctrina del artículo 453 del Código, que es desestimable, por no respetar los hechos de la sentencia, que con vista del resultado de las pruebas lo considera poseedor de mala fe, por aceptación de los considerandos cuarto y quinto de la sentencia de primer grado, y sin atacar tal declaración ni por error de hecho ni de derecho, el recurrente, en contra de la declaración de la Sala, se titula poseedor de buena fe y en ello funda la infracción acusada, por lo que resulta obligada la desestimación del motivo.

Considerando, en cuanto a la violación del artículo 433 en relación con el 434, que a partir del mismo supuesto de la buena fe negado por la sentencia y no impugnado de modo eficaz, se impone también su desestimación, y con ella, la del recurso, con sus naturales consecuencias de imposición de costas y pérdida del depósito constituido.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA
(SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1971).

Hechos.—La acción declarativa de dominio, por título de usucapión, de una parcela próxima a la zona marítima, contra un Ayuntamiento, fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Territorial. El recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento demandado se apoya fundamentalmente en que tal parcela es

de dominio público, figurando en el Catastro a nombre del Estado, y como éste no ha sido demandado en el pleito, falta el requisito de litisconsorcio pasivo, y además se basa en que se ha desconocido el artículo 444 del Código Civil, pues se realizaron también actos de posesión en la finca por el Ayuntamiento y otras personas, con conocimiento del actor, por lo que debe quedar enervada la prescripción extraordinaria del actor.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, sin tener en cuenta para nada la alusión a la «inscripción catastral a favor del Estado», que alegaba el Ayuntamiento, pues otra cosa hubiera sido equiparar el Catastro al Registro de la Propiedad, en opinión del anotador de esta sentencia, y sin tener tampoco en cuenta la alegación del artículo 444, declara no haber lugar al recurso, por las razones siguientes:

Considerando que la sentencia recurrida declara probado, por apreciación conjunta de la practicada, que el terreno reclamado está comprendido dentro de la parcela de la actora, que se ha formado con el desagüe de la finca «El Molino» y que no es de dominio público, porque no está dentro de la zona marítima terrestre, y que ha llegado a constituir un terreno firme, superpuesto a la marisma primitiva.

Considerando que no atacada tal declaración, hace precisa la desestimación del motivo que trata de imponer el particular criterio de la parte recurrente de que se trata de un bien de dominio público.

Considerando que por no haber tampoco atacado las declaraciones relativas a la adquisición por parte de la actora recurrida de la propiedad de la parcela, por la prescripción del artículo 1.959 del Código Civil, se impone respetarlos y desestimar el motivo 3.º, por aplicación indebida del artículo 444 y 1.959 del Código Civil, pues también hace superpuesto de la cuestión, en cuanto discute, sin haberla atacado de manera eficaz, la apreciación de la posesión a título de dueño de la actora y la mera tolerancia de los hechos que personas ajenas hayan podido realizar en dicha parcela, todo lo que hace obligada la desestimación del recurso, con las consecuencias que le son anejas.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

Resolución del contrato de compraventa. Aplicación del artículo 1.504 del Código Civil. Ineficacia de la consignación realizada con posterioridad al plazo concedido en el requerimiento notarial. Valor de la transacción (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1970).

Los demandantes, don V. V. B. y don V. M. S., formulando demanda, alegando sustancialmente:

Que por medio de escritura pública adquirieron una finca urbana, practicándose la inscripción de la misma a su favor en el Registro de la Propiedad. El citado edificio fue derribado y se proyectó la construcción de un edificio nuevo sobre el solar resultante. Los demandantes y los demandados, D. F. y G. C. L., habían celebrado un contrato de transacción, aprobado jurídicamente, por el que se concedía a estos últimos un derecho de opción de compra de determinados locales en el nuevo edificio que se iba a construir, fijándose los precios y fechas en que debía realizarse el pago.

En la contestación a la demanda se aclara que la transacción se realizó para poner fin a determinados pleitos pendientes, como consecuencia de ser los demandados arrendatarios de varios locales en el edificio que se iba a derribar.

Concluidas las obras y entregados los locales, ante la falta de pago del precio en el tiempo convenido se requirió a los demandados notarialmente, concediéndoles un plazo de cuarenta y ocho horas, sin que por éstos se realizara el pago.

Terminaban suplicando la resolución del contrato y los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Los demandados se opusieron a la demanda y plantearon reconvencción alegando: Que en el contrato transaccional se convino que los demandantes podrían hipotecar los locales, en cuyo caso la cantidad de que respondiera cada piso se deducía del precio de compra subrogándose los compradores en la hipoteca, por lo que, previamente al pago, debía practicarse la oportuna liquidación. Que igualmente debía deducirse del precio el importe de la instalación eléctrica, según se convino en la transacción, y, por fin, que en todo momento habían ofrecido el pago a los vendedores siempre que se hiciera la liquidación previa. Se consignó la cantidad reclamada y se suplicó que se condenara a los demandados a recibir el precio, previa la oportuna liquidación, y a otorgar la correspondiente escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Territorial confirmó el fallo de Primera Instancia.

Se interpuso recurso de casación basándose en los siguientes motivos, que únicamente enunciamos:

1.º Infracción por violación o falta de aplicación de la doctrina legal relativa a los «actos propios».

2.º Infracción por violación o falta de aplicación del artículo 1.816 del Código Civil.

3.º Error de derecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos.

4.º Error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo por violación el artículo 1.218 del Código Civil.

5.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.504 del Código Civil.

6.º Infracción por violación o falta de aplicación del artículo 1.176 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Manuel González Alegre, declara no haber lugar al recurso, basándose para ello en los siguientes considerandos, que resumimos:

Considerando que los motivos primero y segundo plantean problemas que no fueron propuestos y debatidos en trámite de instancia, máxime cuando en relación al motivo segundo no aparece fuere puesta en duda en la litis la fuerza vinculante que para las partes tenía y alcanzó la referida transacción, por lo que siendo cuestión nueva está incurso en la causa quinta del artículo 1.729 de la Ley Procesal, como de inadmisión.

Considerando que los motivos tercero y cuarto deben ser desestimados, porque ni la certificación del acto de conciliación es documento auténtico a estos efectos ni las actas evidencian nada opuesto a lo concluido por la Sala de la apreciación conjunta de la prueba, de la que no quedaron al margen las referidas actas.

Considerando que igualmente hay que desestimar los motivos quinto y sexto, porque al haber dejado transcurrir el plazo que les confirió sin haber realizado el pago, sin existir «verdadera causa formal y seria que lo impidiera», es lo cierto que al aplicar la Sala el artículo 1.504 del Código Civil fue acorde con su más correcta hermenéutica, y al tener en cuenta, además, cuanto perceptúa el artículo 1.176 del Código Civil, pues si los demandados requirieron primero y llegaron a consignar judicialmente después la cantidad que como precio se había fijado, lo fue con posterioridad al plazo concedido en el requerimiento, por lo que el contrato estaba incurso en causa de resolución bastante para justificar la negativa de los actores a recibir dicha suma, porque no podía purgar la extemporánea consignación el señalado vicio.

Responsabilidad por daños. Facultad de los Tribunales para la estimación y fijación de los mismos. Carácter no solidario de la responsabilidad del arquitecto y el contratista (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1970).

El actor, don R. M. B., había contratado con el demandante, don L. V. L., que éste le realizaría varias obras, y entre ellas, un pabellón para una granja avícola. A los dos meses de construido se había derrumbado parte de la cubierta originando la muerte de 1.100 pollos y quedando agrietada la otra parte, lo que obligó al desalojo de la nave y a la venta de los restantes pollos, siendo derribado lo que había quedado por el propio contratista demandado, que se negó a reconstruir la cubierta por su cuenta, teniéndolo que hacer el actor. Suplicaba la condena del demandado a la indemnización de todos los daños ocasionados, fijándose dicha cuantía en ejecución de sentencia, sin que excediera de la cantidad que indicaba.

de Solares e Inmuebles de Edificaciones Forzosas se inició el 24 de agosto de 1966, la casa quedó incluida en el Registro de 24 de noviembre de 1967 y la licencia se concedió el 17 de julio de 1968, razonaba el recurrente, había que aplicar el artículo 149 de la Ley del Suelo con la consiguiente extinción de los derechos personales.

Segundo.—Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por contener el fallo violación de los siguientes artículos, 4.713 y 27 del Código Civil, así como de la doctrina legal que cita.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Julio Calvillo Martínez, declaró haber lugar al recurso, basándose en los siguientes considerandos:

El demandado se opuso alegando que la cubierta había sido construida, por decisión expresa del actor, con determinada clase de viguetas, construidas por la sociedad anónima V. C., quien las había colocado con su propio personal técnico. Que igualmente habían intervenido otras empresas en la construcción y que intervino un arquitecto contratado por el propio actor.

El Juzgado de Primera Instancia, que había acordado, para mejor proveer, que se emitiera dictamen por un Perito Arquitecto y otro Aparejador, dictó sentencia por la que estimando, en parte, la demanda condenó al demandado a indemnizar al actor de todos los daños causados, cuya cuantía se fijaría en ejecución de sentencia, sin que excediera el monto del costo, sin expresa declaración en cuanto a las costas.

Primero.—Que lo que la Sala tiene declarado es que los efectos dimanantes de la inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares se regirán por el derecho anterior si el asiento o la solicitud tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley del Suelo, y por esto, si la solicitud o el asiento se verificó bajo su vigencia.

Segundo.—Que lo que no tiene declarado la Sala es que la irretroactividad debe ser entendida en el sentido de que no alcance los efectos de la Ley a los arrendamientos y derechos personales nacidos con anterioridad a ésta, porque a ello se opondría:

A) Que basta para que se produzca el efecto extintivo con que la inclusión y el Registro y el otorgamiento de la licencia hayan tenido lugar en virtud de una solicitud formulada durante la vigencia de la Ley del Suelo, sin que sea necesario que los derechos que suplen la extinción hayan nacido durante la vigencia de la misma.

B) Que se contraría el carácter público-administrativo de la ordenación urbanística, uno de cuyos efectos es el fomento de la edificación, si se entendiera que ha de limitarse a derechos nacidos con posterioridad a la Ley del Suelo.

En la segunda sentencia el Tribunal Supremo revoca las dos de instancia, basándose en el siguiente:

Considerando que concurriendo los elementos recogidos en el número 2.º del artículo 149 de la Ley de 12 de mayo de 1956, se produce la extinción del arrendamiento, y aunque el convenio pudiera entender que da lugar al nacimiento de un derecho destacado e independiente de aquél, como se trata de un derecho personal, también resulta alcanzado por el efecto extintivo.

Arrendamientos urbanos. Desahucio. Competencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer del desahucio cuando en la finca arrendada se ejercita una actividad fabril. Distinción entre solar y local de negocios (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1971).

La sociedad actora, M. S. A., formuló demanda alegando que era propietaria, en pleno dominio, de una finca que se describía en la demanda. Dicha finca, que estaba constituida por una casa con un terreno adyacente, había sido arrendada en la parte de la casa a don R. S., y en la parte correspondiente al terreno adyacente, al demandado, don V. P. A. Se declara en la demanda que este terreno constituye prácticamente un solar, puesto que únicamente existían en él unos cobertizos, destruidos en la actualidad y de imposible utilización.

La finalidad del arrendamiento, concertado en 16 de julio de 1940, era que el arrendatario pudiera ejercer en la finca su oficio de operador, pactándose la duración por meses.

La finca arrendada constituía, en opinión de la actora, un solar, por lo que pactándose la duración del contrato por meses procedía la tácita reconducción por el mismo período de tiempo, pero ello, no obstante, había requerido notarialmente al arrendatario para que diera por finalizado el arriendo.

Terminaba suplicando que se declarase haber lugar al desahucio y resuelto el contrato de arrendamiento.

Celebrado el juicio verbal, ante la oposición del demandado, continuó el procedimiento contestando éste a la demanda. No figura en la sentencia el contenido del escrito de contestación.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alicante desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, opuesta por el demandado, don V. P. A., y declaró no haber lugar a la demanda, imponiendo las costas al demandante.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la sentencia de instancia en cuanto a la desestimación de la excepción, revocándola en lo demás y dando lugar al desahucio.

Frente a la anterior sentencia se alzó el demandado, basándose en los siguientes motivos:

Primero.—Infracción del artículo 1.562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo.—Violación por inaplicación de la doctrina legal que interpreta el artículo 1.^o de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Tercero.—Violación por inaplicación de la doctrina que interpreta el artículo 1.582 de la L. E. C.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Jacinto García Monje y Martín, declaró no haber lugar al recurso, basándose en los siguientes considerandos, que extraemos:

Primero.—Que para decidir la cuestión relativa a la competencia del Juzgado es preciso atender a la finalidad a que se destina la cosa arrendada que en este supuesto era el ejercicio de una actividad fabril, por lo que, conforme al número 1.^o del artículo 1.563 de la L. E. C., dicha competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia.

Segundo.—Que la sentencia recurrida declara que lo principal en el objeto del arrendamiento es el solar en el que se estableció la industria, pues aunque tenga edificaciones, éstas no son habitables, y aunque tal calificación se realiza con relación al momento en que se ejercita la acción y no al de la conclusión del contrato, no se acredita tampoco que las edificaciones fueran entonces habitables ni pudieran considerarse como la parte principal.

Tercero.—Que no basándose la sentencia en el artículo 1.582 de la L. E. C., no puede admitirse la inaplicación de la doctrina legal que interpreta el precepto.

E. C. L. L.

ARRENDAMIENTOS

LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS PRESUPONE PARA LA APLICACION DE SUS NORMAS LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO EN EL QUE CONCURREN TODOS LOS REQUISITOS INDISPENSABLES PARA SU EFICACIA, SIN QUE SEA DE SU COMPETENCIA LA DETERMINACION DE TALES REQUISITOS. LA DISCUSION SOBRE LA EXISTENCIA O NO DEL CONTRATO Y DE LO QUE HA SIDO OBJETO DEL MISMO DEBE VENTILARSE CONFORME A LAS LEYES PROCESALES COMUNES (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1971).

Hechos.—La demandante alegó que la presente demanda se encamina a que se demuestre la realidad de los hechos y que se declare, por tanto, que el arrendamiento en relación al local descrito lo es de local de negocio, regulado por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos y no excluido de su regulación. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y suplicó que en su día declarase: que el contrato que liga a la parte actora y demandada, referente al local en que tiene instalada la actora la peluquería de señoras y caballeros, en el mismo edificio en que se encuentra también el hotel M. M., calle M. P., es el local de negocio regulado por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y al pago de las costas del juicio.

Se contestó a la demandada alegando que la actora es únicamente arrendataria del negocio e industria de peluquería de señoras y de caballeros, sito en el hotel M. M., según se desprende, obviamente, del clausulado del contrato de arrendamiento suscrito. Que acepta el hecho afirmado de adverso de que lo que se concertó fue un contrato de arrendamiento de industria. Que se explica de otra forma el hecho de que se fueran suscribiendo «periódicamente» contratos idénticos a los anteriores. En realidad, lo que sucedió es que los contratos de la industria de peluquería se estipularon siempre por dos años y luego, al finalizar los mismos, no es que fueran suscribiendo periódicamente contratos, sino que concertaba nnuevos contratos por el arrendamiento.

Se dictó sentencia declarando que el contrato que liga a la actora con la entidad demandada, referente al local sitio en el hotel M. M., donde existe una peluquería de señoras y caballeros, es local de negocio, regulado por la Ley de Arrendamientos Urbanos, condenando a la entidad demandada a pasar por esta declaración, sin pronunciamiento especial en cuanto a costas.

Contra la expresada sentencia se interpuso, por la representación de la entidad demandada, recurso de apelación y se dictó sentencia, cuyo fallo estimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en Primera Instancia, y con revocación de los pronunciamientos de la misma, absuelve a la demandada, con imposición a la actora de las costas de primera instancia y sin hacer declaración sobre las causadas en el recurso.

Considerando que la Ley de Arrendamientos Urbanos presupone para la aplicación de sus normas la existencia de un contrato en el que concurren todos los requisitos indispensables para su eficacia, sin que sea de su competencia la determinación de tales requisitos, pues solamente regula los efectos y consecuencias de los contratos en período de consumación, de contenido preciso, y la discusión sobre la existencia o no del contrato y de lo que ha sido objeto del mismo debe ventilarse conforme

a las leyes procesales comunes; pero no es este supuesto el planteado por el caso de autos, en el cual no se discute la existencia del contrato ni su contenido, sino su calificación a los efectos de estimarse incluido en el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y favorecido por sus normas especiales, y en su virtud es a la luz de estas normas como tiene que enjuiciarse la cuestión; a lo que cabe añadir, como decía la sentencia de 2 de diciembre de 1960, que así como para determinar las normas sustantivas aplicables se hace necesario el calificar el contrato, para establecer el procedimiento a seguir en la tramitación del litigio, lo que hay que hacer en el momento de su iniciación, tal calificación no es necesaria ni podría lógicamente hacerse en tal momento, porque al declararse *ab initio*, la naturaleza del contrato que liga a las partes sería resolver la cuestión de fondo, ya que según fuera una u otra calificación el contrato estaría sometido a normas sustantivas esencialmente distintas y serían distintos los derechos de las partes de ellas derivados; por lo cual para decidir el procedimiento aplicable hay que atender única y exclusivamente a la acción ejercitada y si ella se funda o no en derechos reconocidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos para aplicar el procedimiento señalado en dicha Ley, en el primer caso, y el de las leyes procesales comunes, en el segundo, independientemente de lo que en su día se acuerde en la sentencia, y como la demanda de la actora se funda únicamente en preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que son los que le sirven de apoyo para su pretensión, es visto que el procedimiento establecido por dicha Ley era el aplicable, como así lo entendió la misma parte recurrente al formular su demanda, con lo que no sólo plantea una cuestión nueva, sino en abierta oposición con sus propios actos.

Considerando que si la peluquería de señoras y caballeros a que estos autos se refiere es, según afirmación no combatida de la sentencia recurrida, una actividad complementaria, un servicio más integrante reglamentariamente de los que constituyen la compleja industria hotelera, sometida al control de la gerencia en precios, horario y calidad, ejercida dentro del establecimiento del hotel sin acceso independiente y con la finalidad primordial de atender a la clientela del mismo, es evidente que carece de la autonomía necesaria que requiere el local de negocio para que el arrendatario pueda ejercitar su propia industria, o sea, el establecimiento abierto, según la terminología del artículo 1, que aquí no lo es, sino una simple modalidad de prestación de un servicio de los varios que, según se ha dicho, integran la principal de hostelería, y en su virtud resultan inoperables los tres restantes motivos, por carecer de trascendencia que la concesionaria o arrendataria de este arrendamiento especial aporte todos o parte de los enseres necesarios.

DERECHO DE RETORNO. ES DOCTRINA LEGAL QUE A LOS TRIBUNALES COMPETE CONOCER DE TODAS LAS CUESTIONES DE CARACTER CIVIL EN QUE SE VENTILEN LOS DERECHOS PRIVADOS, AUNQUE EL ASUNTO TRAIGA SU ORIGEN DE OTRO GOBERNATIVO, AUNQUE LA ADMINISTRACION HAYA RESUELTO CON INNEGABLE COMPETENCIA EXPEDIENTES PREVIOS Y AUNQUE ALGUNA DE LAS PARTES INVOQUE RAZONES DE INTERES PUBLICO (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1971).

Hechos.—Los demandados son dueños de una casa, cuya extensión superficial e inscripción registral se detallan y que hoy es solar, previa la autorización gubernativa de derribo, habiendo asumido el compromiso de su reconstrucción en el plazo de un año.

En el suplico se pedía se dictase sentencia declarando: que los demandados están obligados a reedificar el inmueble urbano a que se refiere la demanda, a fin de que pueda tener efectividad el derecho de retorno sobre locales de negocio y vivienda; se declare que el plazo otorgado gubernativamente para la reedificación del inmueble ha vencido y se los condene a estar y pasar por tales declaraciones, apercibiéndoles que si en el plazo de dos meses no han comenzado las obras, se realizarán a su costa, condenándolos también a la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento, a razón del promedio que será fijado en ejecución de sentencia.

Se contestó la demanda solicitando se dictara sentencia absolviendo a los demandados y alegando como hechos, en síntesis: a) Que el solar es propiedad de sus representados; por la concesión de la autorización del Gobernador Civil se produjo la excepción segunda del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo cual dejaron de tener derecho el inquilino y los arrendatarios a la prórroga de los contratos. b) Que los demandados asumieron el compromiso de reedificar ante el Gobierno Civil y por ello esto es de la exclusiva competencia de la autoridad gubernativa y no de la judicial; los demandados siempre cumplieron con las disposiciones reguladoras para obtener el permiso de derribo del inmueble, comunicando por escrito al Gobernador Civil el proyecto de derribo, y concedida la autorización, se la notificaron notarialmente a los demandados; ahora bien, los actores, sin haber suscrito con los demandados el documento que previene el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, desalojaron los locales de negocio y la vivienda, falta cometida por los demandantes, que supone no deseaban instalarse en un inmueble a reedificar, al no haber hecho uso de esta decisión; la sentencia a que aluden los actores les declaró el derecho de retorno una vez reedificado el inmueble de referencia; con sentido preciso, se limitó a fijar una vez reedificado el inmueble, sin que esta reedificación implique que la obligación de reconstrucción del edificio pueda ser declarada posteriormente por los Tribunales de la Jurisdicción Civil ordinaria; la misma sentencia ya reconoce que quisieron suscribir el documento del artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. c) El plazo otorgado por la autoridad gubernativa no había vencido, como dice la demanda, con manifiesto olvido de que se había concedido prórroga por el Gobierno Civil. Y esto les constaba a los actores, ya que ellos interpusieron contra dicho acuerdo recurso de alzada y después reposición, y en su día fue desestimado por la Dirección General de Política Interior, del Ministerio de la Gobernación.

La sentencia, estimando en parte la demanda interpuesta en nombre y representación de la actora, declaró que los demandados están obligados a reedificar el inmueble urbano a que se refiere el hecho primero de la demanda, a fin de que pueda tener efectividad el derecho de retorno sobre los locales de negocio y vivienda a que se refiere la sentencia dictada. Se desestiman todas las demás peticiones de la demanda y no se hace expresa imposición de costas.

En apelación, con revocación parcial de la sentencia y con estimación también parcial de la demanda, se declaró: Que los demandados están obligados a reedificar el inmueble urbano a que se refiere el hecho primero de dicha demanda, a fin de que pueda tener efectividad el derecho de retorno sobre los locales y viviendas a que se refiere la sentencia dictada en el pleito habido entre las mismas partes; en consecuencia, condenamos a los demandados a esa reedificación, así como a que indemnicen a los actores los daños y perjuicios que les han irrogado por no cumplir antes esa obligación, con efecto retroactivo a partir del vencimiento del plazo de reedificación y hasta la fecha de la reconstrucción,

en cuantía que se fijará en período de ejecución de sentencia, con arreglo a las bases expresadas en el penúltimo considerando de esta resolución. Absolvemos a los mismos demandados del resto de peticiones de la demanda y no hacemos declaración especial sobre las costas causadas.

Considerando que el motivo primero acusa la infracción del párrafo tercero del artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por el concepto de violación por inaplicación», motivo que tiene que ser desestimado, en primer término, porque dicho precepto prevé el supuesto del examen y apreciación de oficio de lo que llama «incompetencia por razón de la materia», y que en el caso estudiado el problema de la carencia de jurisdicción fue propuesto en tiempo y forma, en concepto de excepción, por la parte demandada y ha sido resuelta expresamente por los juzgadores de primera instancia y de apelación, y, en segundo lugar, porque tal artículo no contiene norma alguna que determine cuándo la jurisdicción ordinaria carece de la competencia por razón de la materia, por lo que su aislada invocación, como vulnerado, bastaría para la estimación del motivo.

Considerando que es doctrina legal que a los Tribunales compete conocer de todas las cuestiones de carácter civil en que se ventilen los derechos privados, aunque el asunto traiga su origen de otro gubernativo, aunque la Administración haya resuelto con innegable competencia expedientes previos y aunque alguna de las partes invoque razones de interés público, doctrina que aplicada al caso de autos lleva aparejada la desestimación del motivo segundo, que denuncia la infracción del artículo 78, párrafo primero, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, «por el concepto de violación por inaplicación», dado que aun siendo cierto que el asunto ventilado en el recurso tiene su origen en otro gubernativo, en el que la Administración pública resolvió con indudable competencia el expediente a que se refiere aquel artículo y el siguiente de la mencionada Ley especial, no lo es menos que los demandados formulan sus pretensiones en concepto de arrendatarios de los locales de negocio y vivienda que existían en el inmueble que fue objeto de la autorización gubernativa de la demolición, y más concretamente, como titulares del derecho de retorno al inmueble que habría de reedificarse, según el correspondiente acto administrativo, ejercitando aquellas pretensiones para que en su día pueda tener efectividad ese derecho de retorno, que les había sido reconocido judicialmente en otro proceso, o sea, que al margen por completo de si tales pretensiones están o no efectivamente fundadas, la verdad es que el llamado a decidirlo en uno o en otro sentido no podía ser otro que un órgano de la jurisdicción ordinaria, por aducirse como soporte de las mismas una relación de derecho privado entre arrendatarios y arrendadores.

Considerando que igual suerte adversa ha de correr el motivo tercero y último, ya que el artículo 1.101 del Código Civil, que, al amparo procesal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se cita como infringido por violación, a fin de justificar el pretendido error de derecho en la apreciación de la prueba, no encierra ninguna norma sobre valoración de las probanzas, por lo que, en definitiva, se impone declarar no haber lugar al recurso, con la condena en costas prevenida en el artículo 1.748 de la Ley últimamente referida.

LA FACULTAD DEL GOBIERNO PARA ALTERAR LA RENTA PACTADA CON EL FIN DE ATEMPEARLA A LOS INDICES DEL COSTO DE LA VIDA Y LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION DE LOS PARTICULARES SE DAN EN BENEFICIO, TANTO DE LOS PROPIETARIOS COMO DE LOS ARRENDATARIOS, AL TENER QUE QUEDAR SOMETIDAS A LAS FLUCTUACIONES DEL MERCADO O A LAS ALTERACIONES DEL COSTO DE LA VIDA, FIJADOS POR LA DIRECCION GENERAL DE ESTADISTICA (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1971).

Hechos.—Demanda: En el contrato de arrendamiento se pacta la revisión de la renta al establecerse que de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 100, la renta pactada en este contrato, a voluntad del propietario del inmueble, será revisada y aplicado el índice que en dicho artículo expone, una vez que transcurran los cinco años de vigencia del presente contrato; que ambas partes están de acuerdo con dicha cláusula. Que incluso ambas partes se someten, para efectuar la revisión, a lo establecido en el artículo 100 de dicha Ley. Por el actor se llevó a efecto la revisión de renta y se notificó al demandado por carta, cuya copia se acompaña. El demandado respondió negativamente por carta al actor. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que consideró de general aplicación al caso y terminaba suplicando se admitiera la demanda a trámite y en su día, previa la sustanciación legal correspondiente, se dictara sentencia por la que se declarase que su mandante tiene derecho a la revisión de renta, de acuerdo con las variaciones del costo de vida.

Contestación: La negativa del demandado a admitir la aplicación de los índices del costo de vida para revisar la renta obedece a la firme convicción de que resulta improcedente hacerlo así, criterio del que participa el propietario arrendador, como lo revelan sus propios actos, primero el someter su anterior intento a un silencio tan prolongado y ahora al dirigir su acción frente a uno solo de los arrendatarios, precisamente aquel que tiene señalada la renta más reducida por disponer del menor local. Pero no era ésta la única razón, ya que el demandado, además de la renta que resultaría, tendría que abonar—de aplicar el índice pretendido por el arrendador demandante—, que haría elevarse el precio actual de 35 pesetas al mes por metro cuadrado hasta la cifra de 61 pesetas, con apreciable diferencia sobre los corrientes para locales de nueva construcción sitos en la misma zona. Hacía otras consideraciones supletorias y luego de invocar los fundamentos de derecho que consideró de general aplicación al caso, terminaba suplicando que seguido el juicio por todos sus trámites, en su día se dictara la oportuna sentencia absolviendo de la misma al demandado, con imposición de costas al actor.

En primera instancia se estimó parcialmente la demanda y se declaró que el actor tiene derecho a revisar la renta de acuerdo con las variaciones del coste de vida experimentados en los últimos cinco años, condenando a la parte demandada a estar y pasar por la procedente declaración y absolviéndole del resto de las pretensiones de la demanda, sin expresa imposición de las costas de esta instancia.

En apelación se revocó la sentencia apelada, desestimando en todas sus partes la demanda, con imposición de las costas de la Primera Instancia al actor y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las causadas en el recurso.

Considerando que si bien el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, que regula por su fecha el contrato de arrendamiento

que liga a las partes, como el señalado con el número ordinal de la vigente, faculta al Gobierno para alterar la renta pactada con el fin de atemperarla a los índices del costo de la vida y al importe medio de los ingresos, y que tal facultad se ha hecho extensiva por la jurisprudencia a los particulares mediante las cláusulas de estabilización, sometiéndola al precio que en el mercado obtengan determinados productos básicos; no es menos cierto que en uno y otro caso tal facultad se da en beneficio tanto de los propietarios como de los arrendatarios, al tener que quedar sometidas a las fluctuaciones del mercado o a las alteraciones del costo de la vida, fijados por la Dirección General Estadística, y como quiera que en el caso que se contempla, y conforme a la cláusula adicional cuarta del contrato, que establece, sin dejar lugar a la menor duda, que «la renta pactada en este contrato, a voluntad del propietario del inmueble, será revisada...», es evidente que el ejercicio de la acción para llevarla a cabo queda limitada y condicionada a la voluntad única del arrendador, sin que el arrendatario tenga facultades para verificarlo en el caso de descenso de aquel índice de coste de la vida, convirtiendo la cláusula de estabilización en una facultad unilateral para aumentar la renta, que debe estimarse ilegal, y que podría incluso llegar a vulnerar el principio básico de la prórroga obligatoria de los contratos si la renta superaba las posibilidades económicas de los inquilinos.

E. I. M.

IV. SUCESIONES

PARTICION. RESCISION POR LESION. Contador Partidor. Artículos 1.056, párrafo 1.º; 1.075, y 1.077 del Código Civil (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1971).

Hechos.—Don S. G. M., padre de la actora y de los demandados, murió el 12-9-1963, dejando viuda, doña E. M. F. (que, a su vez, murió el 2-2-1967), bajo testamento en el que instituye herederos a la demandante y demandados, sus hijos, de la siguiente manera: Instituye herederos a sus hijos nombrados en partes iguales en el tercio de legítima estricta, mejorando en el tercio correspondiente a sus hijos F. B. e I., sin perjuicio de la cuota viual, y lega el otro tercio a su esposa en usufructo y en nuda propiedad a sus tres hijos, F. B. e I., si bien a B. si fuere preciso para completar las adjudicaciones, que no la hace (*sic*) después de cubiertos los tercios de legítima y mejora, y usando de las facultades que le concede el artículo 1.056 del Código Civil, dispone: a) Que a su hijo S. se le adjudicará preferentemente metálico y acciones de valores industriales, pero no participación alguna en el inmueble de Alonso Pesquera, 9 y 11, ni en la sociedad regular colectiva que en unión de su esposa tenía constituida con sus hijos F. e I. b) Que a su hija B. se le adjudique el piso que habita con todos los muebles y enseres en él existentes. c) Que a sus hijos F. e I. se les adjudique la participación que al testador corresponde en la sociedad regular colectiva por ellos constituida y además el piso doble en que habita el testador y su esposa, con los muebles, ropa y alhajas existentes, y a I., el piso en que habitaba éste, que es el primero derecha de la casa número 12 de la calle de Alonso Pesquera y el primero izquierda de la misma planta; ratifica también la donación que hizo a sus hijos F. e I. del inmueble y negocio que se detalla en la escritura de 9-1-1961, obligándoles a sus hijos F. e I. a mantener con decoro, mientras vivan, a sus hermanas L. y S.; designado albaceas, contadores partidores, y concluye con la prohibición de la intervención judicial.

Protocolizadas las operaciones particionales por los albaceas, la hija B. demanda a sus hermanos, por creerse perjudicada en su legítima y lesionada en más de la cuarta parte de su haber hereditario.

El Juzgado número 3 de Valladolid estimó la demanda y declaró la rescisión por lesión de la partición, fijando la suma a percibir como indemnización por la actora a cargo de sus hermanos F. e I., a menos que dichos demandados consientan se proceda a efectuar nueva partición.

Apelada esta sentencia por los demandados F. e I., la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid confirma la sentencia del Juzgado, pero dejando sin efecto la fijación de cantidad que como indemnización se señaló a la actora, imponiendo la necesidad de nueva partición.

Interpuesto recurso de casación por los demandados y apelantes,

don F. y don I., por infracción de ley y doctrina legal, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al mismo, en base a las razones jurídicas que se dicen a continuación.

Razonamiento del Tribunal Supremo.—Que los documentos que se citan como base del error de hecho que se denuncia han sido ampliamente examinados e interpretados por la Sala de Instancia, siendo aquella la que se discute en el desarrollo del motivo, cuando, en realidad, y según tiene esta Sala declarado con reiteración, la equivocación evidente del juzgador ha de resultar de la simple lectura del documento, del que ha de aparecer de manera palmaria y clara aquel error sin necesidad de interpretación alguna, por lo que resulta evidente la improcedencia del motivo alegado.

Que igual suerte desestimatoria han de correr los motivos primero y segundo, en los que al amparo del ordinal primero del artículo 1.692, se denuncia, respectivamente, la violación de los artículos 1.075 y 1.056, párrafos primero y segundo del Código Civil, y la interpretación errónea del 675, párrafo primero, del mismo cuerpo legal, en cuanto al primero, porque para justificar la alegada infracción parte en su desarrollo del supuesto de que la partición fue realizada por el propio testador, y ello es totalmente inexacto, puesto que éste se limitó a adjudicar algunos de los bienes hereditarios, nombrando un contador partidor para realizar las operaciones particionales y por ello no se da el supuesto contemplado en los artículos 1.056 y 1.075, que, en consecuencia, al no ser de aplicación no han podido ser violados, y en cuanto al segundo, la interpretación que a la voluntad del testador da el recurrente es contraria a la que en uso de su facultad le dio el Tribunal a que, por otra parte, está en concordancia con el sentido literal de las palabras empleadas y con aquella voluntad.

Que en el cuarto motivo se denuncia la interpretación errónea del artículo 667, en relación con el 792 y doctrina legal que cita, razonando que declarada la licitud de la prohibición de intervención judicial contenida en la cláusula quinta del testamento, no podía ser establecida su inaplicabilidad más que interpretando equivocadamente dichos preceptos, pero tal argumentación parte del equivocado supuesto de confundir una declaración de licitud general de la cláusula con los efectos de la prohibición en el caso concreto, ya que el Tribunal sienta la afirmación de hecho, no combatida por el cauce adecuado, de que al ser contraria la partición, efectuada por el contador partidor, a la voluntad del testador, la Cautela Socini advenía en inmoral, debiendo, en consecuencia, ser desestimado el motivo.

Que declarado con reiteración por la Jurisprudencia de esta Sala que las funciones del contador partidor terminan con el otorgamiento de la escritura particional y que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código Civil cuando es ineludible la práctica de nueva partición con valoración de los bienes, han de ser desestimados los motivos quinto y sexto, en que, respectivamente, se denuncia la existencia de una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal al no haber sido demandado el contador partidor, y la violación del artículo 1.077, párrafo primero, en relación con los 1.101 y concordantes, todos ellos del Código Civil, con independencia de que en el sexto se denuncia igualmente una *reformatio in pejus* por cauce legal inadecuado.

Comentario.—Acerca de cuestiones debatidas en este pleito, tales como diferencia entre simples normas particionales y partición, lesión y derechos de legitimarios, puede verse el sugerente estudio de M. DE LA

CÁMARA ALVAREZ: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, secc. 3.ª, vol. I, págs. 709-1066, especialmente págs. 732-735 y 835-861.

ALBACEAZGO Y LEGITIMA EN CATALUNA. Artículos 122, 237 y 254 de la *Compilación catalana* y 902 del *Código Civil* (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1971).

El legitimario catalán no es heredero, sino acreedor de la herencia, por lo que no es precisa su conformidad para que los herederos universales testamentarios practiquen la partición excluyendo al albacea.

El albacea particular carece de legitimación procesal.

El artículo 902 del *Código Civil* no es aplicable al albacea particular catalán, sino sólo al universal.

El Tribunal Supremo, en notable sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y apelante, Procurador de los Tribunales y albacea particular de la señora de vecindad civil catalana, doña N. C. T., el cual reclamaba determinados emolumentos derivados de su actuación como albacea, a pesar de la voluntad contraria a esa actuación manifestada por los herederos.

Dice así: Que son afirmaciones de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sustancialmente aceptados en los considerandos de la Audiencia, y que merecen ser respaldados en este trance los siguientes: a) Que la institución del albaceazgo, en Derecho catalán, parte de notorias diferencias con el Derecho común, que muy difícilmente en esta materia puede considerarse como supletorio de aquél, al desarrollar éste plenamente la institución partiendo de principios distintos, por lo que, en consecuencia, para resolver el litigio planteado se impone el examen de las funciones del albacea y del contador partidor, a la luz de los preceptos de la *Compilación*. b) Que no puede estimarse que el contador partidor sea, en todo caso, persona que, obligatoriamente, para los herederos, haya de hacer la partición de herencia, puesto que el artículo 254 de la *Compilación* es terminante al respecto, estableciendo que «los herederos podrán practicar la partición, de común acuerdo, prescindiendo de los contadores partidores nombrados por el causante, salvo expresa disposición contraria de éste», y como en el presente caso las dos herederas nombradas en el testamento decidieron prescindir del contador nombrado por la causante, que no impuso obligatoriamente su aceptación a los herederos—y comunicaron notarialmente su decisión en 12 de junio de 1968, ratificando otra comunicación anterior, de 21 de julio—, ha de concluirse que el demandante carece de toda atribución para intervenir en la herencia como contador-partidor y a reclamar abono de gastos efectuados en tal concepto. c) Que frente a tan terminante precepto no cabe admitir la alegación de que el párrafo tercero del artículo 240 dispone que «los albaceas particulares que sean contadores-partidores deberán efectuar la partición dentro del plazo de un año», y estimar que este artículo debe ser el aplicable cuando concorra la doble condición de albacea y contador-partidor, pues es evidente la fuerza imperativa del artículo 274, al no obligar a los herederos, que estén de acuerdo, a tener que aceptar la intervención de una persona extraña, por lo cual tal artículo 240 únicamente puede estimarse de aplicación en caso de desacuerdo de los herederos o cuando el causante obligue a que la partición la haga el contador-partidor; que mayor problema presenta al determinar si, efectivamente, todos los herederos se encuentren de acuerdo para practicar la partición, dada la disconformidad existente y manifestada por los

legitimarios con respecto a la actuación de los herederos nombrados en el testamento; por ello obliga a determinar cuál es la verdadera condición de los legitimarios en Derecho catalán: si la de herederos o la de acreedores de la herencia; y vistos los términos del artículo 122, que dispone que la legítima confiere, por ministerio de la Ley, a determinadas personas el derecho a obtener, en la sucesión del causante, un valor patrimonial, ha de llegarse a la conclusión de que en Cataluña el legitimario no es propiamente heredero, sino meramente un acreedor de la herencia, que puede ejercitar contra ésta sus derechos, pero sin las atribuciones que corresponden a los verdaderos herederos y, por ello, su desacuerdo respecto de los términos de la partición no hace obligatoria la intervención del contador-partidor. *d)* Que excluido que el señor Lago pueda reclamar derechos por su intervención como contador, ha de examinarse si dado también su carácter de albacea, por su intervención en el litigio como demandado, puede reclamar contra la herencia el abono de gastos y costas, que se pretende basar en el artículo 902, párrafo tercero, del Código Civil, al establecer como facultad del albacea el sostener, siendo justo, la validez en juicio del testamento, cuyo precepto se estima como de aplicación en Cataluña. *e)* Que el hecho de que la institución del albaceazgo parte de una diferenciación entre el albacea universal y el particular, siendo aquél la persona que recibe del testador el encargo de entregar la herencia en su universalidad a personas por él designadas o de destinarla a las finalidades expresadas en el testamento o en la confianza revelada, mientras que el albacea particular, aunque el testador lo califique de «universal», es aquel que existiendo heredero haya de cumplir uno o más encargos relativos a la herencia o ejecutar disposiciones testamentarias del heredamiento, teniendo como funciones, cuando el causante no les hubiere conferido ningún encargo, el cuidar de su entierro, funerales y sufragios religiosos de aquél y de pedir el cumplimiento de los modos que hubiese ordenado, según establece el artículo 236 de la Compilación. *f)* Que el hecho de no haber recibido el albacea ninguno de los encargos que confiere el albacea universal, es evidente que el mismo no tiene el carácter particular, según reconoce el propio actor, al no habérsele atribuido ninguna función específica, no teniendo sino las genéricas funciones del último inciso del artículo 236 de la Compilación, toda vez que las que se atribuyeron en las tres memorias testamentarias aparecen cumplidas por las propias herederas, dos por referirse a atribuciones concretas de bienes entre ellas y la tercera a un legado, hecho efectivo sin su intervención. *g)* Que en Derecho catalán solamente el albacea universal está legitimado procesalmente, según dispone el artículo 237, para cuantos litigios y cuestiones se susciten sobre los bienes hereditarios, los fines del albaceazgo y la validez del testamento, memoria testamentaria o heredamiento y para interpretar aquélla, pero no así el albacea particular, y siendo ésta la condición del actor incidental, no puede admitirse el derecho de resarcimiento que reclama, en base al artículo 902, párrafo tercero, del Código Civil, toda vez que tal disposición sólo es concordante con el similar de la Compilación catalana, cuando se trata de albacea universal, y carece de aplicación respecto del albacea particular. *h)* Que el hecho de que el último párrafo del artículo 239 establezca que «todo albacea tendrá derecho al resarcimiento de los gastos causados en el desempeño de su cargo», no justifica el acceder a la pretensión entablada, toda vez que los que se reclaman no pueden estimarse tengan ninguna relación con su verdadero cargo de albacea particular, por cuanto en tal condición no tenía ninguna obligación de comparecer en juicio a sostener la validez del testamento y a oponerse al inventario de las herederas, puesto que sus facultades, muy concretas y determinadas, se circunscribían a supuestos muy específicos, relacionados con su entierro y exequias, toda vez que nada se le encar-

gaba, pero no a todas las atribuciones de un albaceazgo universal, al no haber sido designado con tal carácter.

Que igualmente en los considerandos de la Audiencia figuran las afirmaciones siguientes: *a)* Que siendo aplicable a la sucesión de la señora C. y consiguiente el albaceazgo de que se trata, por conformidad de las partes, ya que ninguna de ellas ha impugnado que la sucesión de dicha señora esté regulada por las leyes de la legislación especial y esta región, lo constituyen los preceptos contenidos en el capítulo décimo, título segundo, del libro segundo de la Compilación del Derecho especial, la cual desarrolla, como un todo orgánico, la institución del albaceazgo, con notorias diferencias con el Derecho común. *b)* Que especificándose en la Compilación, en su artículo 237, las facultades que los albaceas universales, entre los que se comprenden la referente a su intervención en los litigios o cuestiones que se susciten sobre la validez del testamento, disponiendo tal precepto que está legitimado procesalmente para ello, surge la cuestión referente a si tal facultad corresponde, según la Compilación, al albacea particular, que acerca de ello, dado que la Compilación no asigna tal facultad, ha de dilucidarse si a tal respecto es supletorio el artículo 902 del Código Civil, que establece, a falta de determinación de facultades, por parte del testador, en su número tercero, la de sostener, siendo justo, la validez del testamento en juicio y fuera de él, a tal respecto es de ver que la disposición final segunda de la Compilación prescribe que «en lo no previsto» regirán las disposiciones que no se opongan a ello y las fuentes jurídicas de aplicación general, por lo que teniendo en cuenta que la razón por la que el legislador mandó que rigiera en Cataluña el derecho que se sostiene en las normas de la Compilación, fue la especialidad que ofrecía en esta región el escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigente en la fecha de su promulgación, cuyas normas fueron constituidas, por las de dicha Compilación, por lo que ha de atenderse únicamente al carácter especial de tales normas, de modo que lo previsto en ellas ya ostenta dicho carácter y por ello ya no es aplicable al Código Civil el grado que, en materia de facultades de los albaceas, la Compilación distingue a los universales de los particulares, asignando a los primeros más facultades, que no atribuye a los segundos, es indudable que el artículo 902, que señala las facultades del albacea, sólo en defecto de señalamiento por el testador, lo que no ocurre en la Compilación, que concreta las que correspondan al albacea universal, no es de aplicación en Cataluña, una vez publicada la Compilación, precisamente por la regulación propia de la materia de que se trata y que constituye una especialidad de la región, que ha de prevalecer frente a la disposición concreta del artículo 902, cuyas facultades las establece, como se ha expuesto, en sustitución de las expresamente conferidas por el testador (art. 901), mientras la Compilación las establece en atención al carácter universal o particular del ejecutor testamentario. *c)* Que no pudiéndose atribuir al demandante la facultad de defender en juicio al testamento, que corresponde más bien al albacea universal, no puede fundarse la petición del actor incidental en el artículo 1.728 del Código Civil, por cuanto, aparte de que es dudosa, en la doctrina y en la jurisprudencia, la atribución al albaceazgo de la naturaleza jurídica del mandato, no podría ser propio de tal figura jurídica, en su caso, el defender en juicio, por haber sido demandado, el que ha de actuar como albacea particular, y tampoco en el párrafo último del artículo 239 de la Compilación, que al establecer que todo albacea tiene derecho al resarcimiento de los gastos causados en el desempeño del cargo, se refiere a los que se produjeron en el ejercicio de las facultades propias del mismo, exigiéndose para ello que el gasto se haya causado, requisito para que proceda su resarcimiento y, en consecuencia, no procede la reclamación efectuada, como anticipo o abono, con cargo a la herencia, sobre

la que, como expone el actor en el párrafo primero del hecho quinto de la demanda, le corresponde la representación de dicha herencia, que, según dicha parte, le fue conferida por la causante.

Que entrando en el examen de los diferentes motivos del recurso interpuesto, tendremos el resultado siguiente: a) El primero de ellos fundado en la observancia de la teoría del litisconsorcio pasivo necesario, no puede dar esa excepción, de carácter procesal, contenida en la impugnación que trata de desarrollarse; el papel del albacea, sus posibles argumentos, estarán contenidos en su falta de legitimación pasiva para actuar, lo que implicaba la redacción de un escrito, exponiéndolos y sin permitir ese argumento de fondo, cerrado a su intervención. b) Que el motivo segundo denuncia la interpretación errónea del artículo 274 de la Compilación de Derecho catalán, fundándose en requerirse el consentimiento de todos los herederos y no sólo de los universales, para hacer por sí mismos la partición, pero atendidas las razones con que se expresa la sentencia de Primera Instancia, en el sentido de que los herederos no universales—que tienen derecho a la herencia, pero como acreedores de la misma—no hacen revivir la figura de los albaceas, para el cómputo de su solicitud legal para hacer la partición, y esta argumentación vale también para rechazar la aplicación indebida que se señala del artículo 234 de la Compilación y que constituye el motivo tercero del recurso. c) El motivo cuarto señala la infracción, por violación, del artículo 1.728 del Código Civil, pero este motivo quiebra contra los argumentos que expone la sentencia de Segunda Instancia, ya que no es necesaria la intervención del señor L., ni aun en el concepto de la teoría del litisconsorcio pasivo necesario, por no ser equiparables al albaceazgo con el mandato. d) El quinto motivo decae ante las razones expresadas en las sentencias de instancias, por las que se niega al albacea el derecho a percibir lo que reclama, conforme al artículo 239 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que se señala como infringido por el concepto de violación.

Comentario.—Puede consultarse sobre los albaceas en Cataluña, M. ALBALADEJO: *El albaceazgo en el Derecho español*, Edit. Tecnos, 1969; J. M. CABRERA HERNÁNDEZ: *El albacea en el Derecho común y en la Compilación catalana*, Revista Jur. de Cataluña, julio-septiembre 1967, págs. 519-559.

RESERVA LINEAL. Artículo 811 del Código Civil (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1971).

Esta reserva no pierde su eficacia por la circunstancia de que sus beneficiarios reúnan, además de esta cualidad, la de hijos comunes del matrimonio compuesto por el reservista y la persona de quien los bienes proceden.

Hechos.—Don J. M. C. murió el 12-11-1912, dejando esposa, doña M. F. C., y cinco hijos, llamados J., M., L., E. y B. C. F., bajo testamento ológrafo otorgado el 2-12-1908, protocolizándose la partición de su herencia en escritura otorgada el 15-1-1914, en la que se adjudicó a la hija B. C. F. el pleno dominio de la tercera parte de una finca urbana sita en Madrid, inscribiéndose así en el Registro de la Propiedad.

Doña B. C. F. murió en estado de soltera el 11-8-1917, sobreviviéndola sus cuatro hermanos antes citados y su madre, siendo ésta declarada heredera abintestato de su hija y adjudicándose en tal concepto la propiedad de la tercera parte indivisa de la referida finca urbana con la obligación de reservarla a favor de los parientes de la causante que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes

procedan, conforme al artículo 811 del Código Civil, en escritura otorgada el 9-1-1918, que se inscribió así en el Registro de la Propiedad.

La reservista, doña M. C. F., vendió la tercera parte indivisa de la finca afectada por la reserva, más las otras dos terceras partes indivisas (éstas en representación de su hijo J. C. F.), en conjunto, el pleno dominio de la finca, a don G. G. G., inscribiéndose la adquisición en el Registro de la Propiedad con la obligación de reservar que afectaba a la tercera parte indivisa de la finca.

Fallecido don G. G. G., uno de sus coherederos vendió su participación hereditaria (entre la que se comprendía la finca reservable) a los demás coherederos, en escritura pública, sin hacer mención en ella de la obligación de reservar la tercera parte indivisa de la finca, la cual se inscribió en el Registro de la Propiedad sin que constase esa afección. A su vez, los coherederos vendieron la finca, en su totalidad, a don E. G. C., quien posteriormente la aportó a la sociedad E. S. A., constituida por él y otros señores, inscribiéndose todas las operaciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, pero sin hacer constar en ninguna de ellas la obligación de reservar que afectaba a la tercera parte indivisa de la finca.

La reservista, doña M. F. C., murió el 27-12-1965. De los cuatro reservatarios, hermanos de doña B. C. F., don J. C. F. había renunciado a los derechos que pudiera tener sobre la aludida tercera parte indivisa de la finca por razón de la reserva y murió soltero el 22-9-1936, siendo declarada su heredera abintestato su madre, doña M. F. C. Los restantes reservatarios, don M., don L. y don E. C. F., otorgaron escritura pública el 18-8-1966, declarando extinguida la reserva del artículo 811 por muerte de la reservista, adjudicándose cada uno el pleno dominio de una novena parte indivisa de la finca (esto es, la tercera parte indivisa reservable por partes iguales) y renunciando pura y simplemente a la herencia testada e intestada de su madre, la referida reservista, y, en su consecuencia, desprovistos de su cualidad de herederos de su madre, repudiaron todos los actos de enajenación o gravamen efectuados por la misma sobre la tercera parte indivisa de la finca reservable.

En méritos de todo ello, los tres reservatarios demandan a la sociedad E. S. A. para que se haga efectiva la reserva a su favor, se declaren resueltas las sucesivas enajenaciones de la tercera parte indivisa reservable de la finca, con la consiguiente cancelación de los asientos registrales y demás pedimentos consecuentes.

La sociedad demandada se opone a la demanda argumentando que a partir de una de las transmisiones (concretamente, la de uno de los coherederos del primer comprador a los otros) ya no se hizo constar en el Registro el carácter reservable de dicha tercera parte indivisa ni tampoco en las escrituras, quizá debido a que doña M. F. C. hizo constar en la escritura de venta de toda la finca, otorgada por sí y en representación de su hijo J., que garantizaba que en ningún caso perjudicarían al comprador los derechos que a los reservatarios concede el artículo 811 del Código Civil, pues quienes fueran reservatarios, si alguno hubiera al ocurrir su fallecimiento, harían expresa renuncia de su derecho, como lo hace en este acto, como mandataria de su hijo J., renunciando expresamente a los derechos que pudiera tener sobre la aludida tercera parte indivisa de la finca por razón de la reserva ordenada en el precepto indicado.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid declara haber lugar a la demanda y que, en virtud de la efectividad de la reserva, el pleno dominio de la tercera parte indivisa de la referida finca pertenece por partes iguales a los tres hermanos demandantes, declarando la resolución de la venta de dicha tercera parte indivisa efectuada por la reservista y, en consecuencia, quedando sin efecto las posteriores transmisio-

nes. Con las demás declaraciones que son consecuencia de las anteriores. Esta sentencia fue confirmada íntegramente por la de la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, a la que apeló la sociedad demandada. Y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, desestima el recurso interpuesto por la sociedad demandada y apelante mediante un único considerando, cuyo razonamiento es como sigue:

Que la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil no pierde su aplicabilidad y eficacia por la circunstancia de que sus beneficiarios reúnan, además de esta cualidad, la de hijos comunes del matrimonio compuesto por el reservista y la persona de quien los bienes proceden, tanto porque el sentido gramatical del precepto no autoriza otra interpretación sin vulnerar el principio general de Derecho: *Lex non imittit incaute, sed quia dictum soluit*, como porque si la finalidad que movió al legislador a introducir esta figura jurídica en nuestro Ordenamiento positivo consistió en el deseo de evitar que determinados bienes pasen de una familia a otra por causas ajenas a la voluntad de sus titulares, cuando en la primera existieran parientes comprendidos dentro del grado que la Ley señala (sentencias de 29 de octubre de 1907, 19 de noviembre de 1910 y 26 de noviembre de 1943), tal resultado no se lograría con la sustitución de esta reserva por la legítima establecida por el artículo 808 de dicho Cuerpo legal, a favor de los descendientes legítimos, por no coincidir la cuantía de los bienes sujetos a una y otra y ser distinta su procedencia y forma de hacerlos efectivos, y porque la facultad de disponer del tercio del caudal relicto, concedida al causante en el último caso, y la posibilidad de que éste utilice el derecho a que se refieren los artículos 848, 849, 852, 853 y concordantes del mencionado Código, no sólo podría frustrar la *ratio legis* que inspiró la inclusión en nuestro vigente Derecho del artículo 811, sino que convertiría en pleno propietario sobre todo o parte del objeto de la reserva a quien sólo goza de un dominio sujeto a condición resolutoria después de cumplida ésta, conclusión que, por absurda, debe ser rechazada, como se proclamó en las sentencias de esta Sala de 10 de noviembre de 1953, 8 de junio de 1954, 30 de mayo de 1956, 14 de diciembre de 1957 y 5 de diciembre de 1958, que, siguiendo la pauta marcada por la de 8 de octubre de 1930, modificaron el criterio mantenido por las de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933, sin que a ello obste la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 813, referente a los gravámenes impuestos a las legítimas por el testador, y no por disposiciones legales, ni la interpretación restrictiva que deba darse a esta reserva, según sentencias de 7 de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916, 20 de abril de 1917, 7 de noviembre de 1927, 1 de febrero de 1957 y 29 de octubre de 1968, porque semejante regla de hermenéutica no permite sustraer de su ámbito situaciones claramente comprendidas en el precepto, lo que unido a que la reserva del artículo 811 es completamente distinta de la del 968, y a que las sentencias antes citadas de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933 no autorizaron en forma alguna al reservista a enajenar libremente los bienes indicados, da lugar a que al haberse acogido la acción ejercitada por el acuerdo judicial impugnado, con apoyo en la doctrina acabada de exponer, no haya incurrido éste en las infracciones que, al amparo del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncian en los dos únicos motivos del recurso, que, por consiguiente, deben ser desestimados.

Comentario.—Después de los exhaustivos estudios de VALLET y otros eminentes especialistas del tema, sería absurdo pretender dar en escuetas líneas una «lección magistral». Sí, en cambio, puede ser interesante llamar la atención sobre la circunstancia de que, al menos implícita-

mente, la sentencia da a entender que los reservatorios suceden al causante de la reserva (en este caso, a la hermana, B. C. F.) y no al reservista (en este caso, no a la madre, M. C. F.), ya que se permite que se renuncia por dichos reservatarios a la herencia de la reservista conservando sus derechos a la reserva, siendo así que la repudiación de la herencia no puede ser parcial (art. 990 del Código Civil), y parcial sería si se admitiese que formando parte los bienes reservables de la herencia del reservista pueden los herederos de éste aceptar la reserva (adjudicándose los bienes que la integran) y renunciar a la herencia del reservista.

Contra esto no vale retorcer el argumento diciendo que puesto que son herencias distintas (la reservable y la del reservista) no hace falta renunciar a la herencia del reservista para poder reclamar la efectividad de la reserva, pues de lo que se trata es de que no se le puedan oponer a los herederos del reservista, en cuanto aceptantes de la herencia de éste, los actos propios efectuados por dicho reservista (en este caso, la declaración en la escritura de que los reservatarios harán expresa renuncia de su derecho), extremo éste sobre el que estuvo muy acertado el Notario autorizante de la escritura otorgada por los reservatarios, a cuya aguda perspicacia no se le podía escapar tal punto. Esta solución, la de que los reservatarios suceden al causante de la reserva y no al reservista, es la adoptada con carácter general por la Compilación catalana (arts. 269-271) para la reserva ordinaria, siguiendo la tesis de ROCA SASTRE.

ACTOS PROPIOS. DEPOSITOS INDISTINTOS (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1971).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, y de cuyo primer considerando resulta el supuesto de hecho, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, conforme a lo siguiente.

Que a los fines del recurso ha de tenerse en cuenta: A) La fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, que es del contenido siguiente: Primero. Los actores fueron declarados herederos abintestato de don Manuel Justo Rodríguez, hermano de uno de ellos y tío de otro de ellos. Segundo. Con dinero exclusivo de dicho causante, procedente de sus negocios en América, fueron abiertas en la sucursal de la Caja Provincial de Ahorros de Orense, en Beariz, las cuentas corrientes siguientes: primera, número seiscientos veintidós, en la figura la cantidad de doscientas treinta y ocho mil setecientas veintiuna pesetas con sesenta céntimos; segunda, número quinientos cuarenta y tres, con doscientas veintiocho mil pesetas; tercera, número quinientos cuarenta, con veinte mil ochocientas veintinueve pesetas con noventa céntimos; cuarta, número ciento cuarenta y dos, con novecientas sesenta y tres pesetas con noventa céntimos, y quinta, número uno, con quinientas mil pesetas. La primera fue abierta a nombre de la demandada y recurrente. La quinta a nombre del director de la sucursal, al que entregó dicha cantidad de la procedencia mencionada, y en las demás cuentas figuran como titulares indistintos el dueño de las cantidades depositadas y la recurrente. De la cuenta número ciento cuarenta y dos, cuando el saldo era de ochocientas tres mil novecientas sesenta y tres pesetas con noventa céntimos, retiró la recurrente setenta y cinco mil pesetas y, además, quinientas mil para abrir la cuenta número uno, y doscientas veintiocho mil a la número quinientos cuarenta y tres. La recurrente percibió como intereses en la cuenta número ciento cuarenta y dos la cantidad de veintiuna mil ochocientas cuarenta pesetas. No hay constancia de lo manifestado por el

causante de los actores en lo concerniente a la finalidad de la apertura de dichas cuentas ni de donación a la demandada de las cantidades depositadas en ellas.

B) La procedencia de agrupar los motivos primero al cuarto, ambos inclusive, y los motivos quinto, séptimo y octavo, en cuanto al examen de ellos, por la similitud de los argumentos utilizados al desarrollarse, y de examinar separadamente los motivos sexto, noveno y décimo.

Que no pueden ser acogidos los motivos primero al cuarto, por la notoria defectuosidad formal que ofrecen, acumulándose los errores de hecho y de derecho, tan distintos en su génesis, efectos y medios de comprobación, que origina sean tratados con la debida separación, ya que, en este caso, se daría lugar a la falta de claridad y precisión que exige el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil. En el motivo primero se aduce error de hecho basado en documentos no auténticos, citándose como infringidos los artículos 1.216, 1.218 y 1.225 del Código Civil. En el segundo también se alega error de hecho, por violación del artículo 27 del Estatuto de las Cajas de Ahorros de 14 de marzo de 1933. Se alega en el motivo tercero error de derecho con base en el precepto citado anteriormente, que no es valorativo de prueba, y en el cuarto, el error de derecho también alegado lo hace derivar la recurrente de que, según manifiesta, las certificaciones de la Caja de Ahorros de Orense, relativas a las cuentas corrientes ya mencionadas, le atribuye, por sí solas, la propiedad del dinero depositado. En ellos, un simple examen del contenido de dichos documentos evidencia la inexactitud de tales manifestaciones.

Que el motivo sexto se formula también por el número primero del artículo 1.692 de igual Ley de Trámites, aduciéndose la violación del artículo 27 del Estatuto de las Cajas de Ahorros, ya citado, que tampoco puede prosperar, porque dicho Estatuto, como regulador de las diversas operaciones crediticias y de otro orden, encomendadas a las Cajas de Ahorros, con efectos limitados a los intervinientes en ellas, no tiene el rango jerárquico normativo para que la invocación (en ellas) de su transgresión, en su caso, pueda servir de fundamento para la interposición de un recurso de casación por infracción de Ley.

Que en el motivo noveno, amparado en idéntico cauce procesal que el anterior, se alega violación, por no aplicación, del artículo 661 del Código Civil, inaplicación del principio de derecho de que los herederos no puedan ir contra los actos de su causante, que resultan actos propios, ratificado en las sentencias que se relacionan, motivo que tampoco puede prevalecer, por lo siguiente:

A) El artículo 661 regula la transmisión al heredero, en la sucesión a título universal, de la totalidad de las relaciones jurídicas del causante, como continuador de la personalidad jurídica de éste; el elemento objetivo de la petición consignada en la pretensión procesal de los actores, tutelada por la sentencia recurrida, pone de manifiesto fue tenido en cuenta dicho precepto, ya que las cantidades depositadas y las demás relacionadas en la sentencia recurrida, más los intereses, han de ser incluidas en el inventario de bienes efectuado en el proceso de abintestato promovido con el número 46.965 del Juzgado de Ribadavia, como pertenecientes al causante, para que en su día sean distribuidos entre sus herederos, uno de los cuales es la madre de la recurrente. B) Lo anteriormente expresado revela, además, que los hoy recurridos no impugnaron la apertura de cuentas indistintas efectuada por el causante, a su nombre y al de la recurrente; su propósito quedó limitado a calificar, como bien de la herencia, el dinero depositado, por proceder de los negocios que el causante tuvo en Méjico, afirmación estimada probada por la sentencia recurrida y reconocida por la recurrente en su escrito

de contestación a la demanda y al absolver posiciones. C) Es inaceptable el criterio de que el dinero depositado en las cuentas indistintas pasó a ser propiedad de la recurrente por el solo hecho de figurar como titular indistinto, no propietario, porque según doctrina de esta Sala en el contrato de depósito la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario, que la recibe, no modificándose la situación legal de aquél, en cuanto a lo depositado, por la designación de la persona que la pueda retirar; los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a lo que resuelvan los Tribunales sobre la propiedad de ellos; incumbe al causahabiente del depositante acción para reivindicar de la persona designada en el depósito indistinto los efectos que hubiera retirado del mismo sin título para apropiárselo; en los depósitos de valores efectuados indistintamente a nombre de dos personas puede demostrarse, por prueba en contrario, que son solamente de uno de ellos; por el depósito indistinto de efectos públicos, *adquirido exclusivamente* por uno de los depositantes, no se transmite el dominio a ninguno de los demás, privándose al verdadero dueño de su propiedad; por tanto, al fallecer aquél, corresponde a sus herederos, y no a ninguno de los otros depositantes (sentencias de 20 de octubre de 1912, 28 de junio de 1913 y 16 de junio de 1965, entre otras); no verificada la tramitación a la recurrente del dominio del dinero depositado, la actuación de los actores ha sido la propia de herederos como sucesores del causante y no de herederos como titulares frente al causante.

Comentario.—Acerca de los propios actos puede consultarse la exhaustiva monografía del profesor L. Díez PICAZO: *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963, de la que hay una buena recensión en el Anuario de Derecho Civil, XVI, 2, págs. 465-470, y PUIG BRUTAU: *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, A. D. C., IV, 4, 1951, págs. 1552-53.

PARTICION. RENDICION DE CUENTAS Y ABONO DE FRUTOS. Artículo 1.063 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1971).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de La Coruña, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Lugo, conforme a las siguientes razones:

Que lo que fundamentalmente se pretende en el presente litigio por la actora es que quienes han poseído y administrado los bienes inmuebles que se describen en el hecho segundo de la demanda rindan cuentas de tal administración, y que quien tiene en su poder los bienes muebles que se relacionan en el hecho indicado los entregue a la demandante, ninguna de cuyas pretensiones fue planteada en el pleito anterior ni decidida en la sentencia que le puso fin, por lo que es llano que el procedimiento aquí seguido es el adecuado y no el de ejecución de dicha sentencia, como se sostiene por el recurrente, y que entre lo resuelto en el primer pleito y lo pedido en el actual no se da la identidad en las cosas exigida por el artículo 1.252 del Código Civil para poder apreciar la existencia de cosa juzgada, decayendo, en su consecuencia, los motivos primero y segundo del recurso.

Que igual suerte ha de correr el motivo tercero, que, amparado dentro del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia un supuesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, por cuanto que en el mismo no se expresa con la necesaria claridad

y precisión cuáles son las declaraciones de hecho que se impugnan de las que la sentencia recurrida contiene ni qué documentos auténticos demuestren las equivocaciones que se imputa a la Sala de Instancia, sin que pueda tomarse en consideración a tales efectos la remisión que hace el recurrente a determinados antecedentes consignados en el escrito de formalización del recurso, aparte de que las cuestiones de hecho, únicas que pueden suscitarse por la vía utilizada, se involucran con temas jurídicos, relacionados con la violación del artículo 1.063 y la inaplicación del artículo 1.430, ambos del Código Civil, defecto formal que también determina su desestimación.

Que la resolución combatida afirma que primero doña Bernardina Rivera Fernández, finada madre de los aquí litigantes, y después su hijo, el demandado y hoy recurrente, poseyeron y administraron los bienes inmuebles de que se trata, sin que ninguno de ellos haya rendido cuentas de su respectiva administración, declaraciones de hecho que al no ser impugnadas por el cauce adecuado en el recurso, esto es, por el del número séptimo del citado artículo 1.692, han quedado firmes en casación, pese a lo cual no se respetan en el motivo quinto, haciendo con ello supuesto de la cuestión, lo que obliga a rechazarlo, al igual que el sexto, en el cual se sostiene que en la tramitación de 15 de marzo de 1965, referida a la herencia de doña Bernardina Rivera Fernández, está comprendida la obligación de rendir cuentas por parte de dicha causante, cuestión nueva, a la que el número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Trámites veda su acceso a este recurso extraordinario y que por esta fase decisoria es causa de su desestimación.

Que el pronunciamiento tercero de la sentencia recurrida no cabe interpretarlo, cual lo entienda el recurrente, en el sentido de que imponga en todo caso un abono a la demandante, como si necesariamente el resultado de la rendición de cuentas tenga que arrojar un saldo a su favor, sino que, para su recta inteligencia, hay que poner dicho pronunciamiento en relación con el primero y segundo, de los que aquél es consecuencia, para llegar a la evidente conclusión de que tal abono está subordinado a la concurrencia de dicha circunstancia, es decir, a la de que de la rendición de cuentas resuelve efectivamente un saldo a favor de la demandante, por lo que decaen los motivos cuarto, séptimo y octavo.

Que de los términos de la transacción de 15 de marzo de 1965 se induce necesariamente que los intervinientes en la misma dieron por finiquitadas todas las cuestiones referentes a la herencia de la causante y madre de los contendientes, doña Bernardina Rivera Fernández, y, por ende, también las relacionadas con el deber de abonarse recíprocamente en la partición de las rentas y frutos de que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia, y así lo vienen a reconocer la propia actora y aquí recurrida, al contraer las peticiones de su demanda a la herencia paterna, sin incluir en ella reclamación alguna respecto a la herencia materna, pese a que tal demanda la ha presentado años después de haber tenido lugar aquella transacción y ser las mismas personas las intervinientes en ambas ocasiones, por todo lo cual se ha de acoger el motivo noveno y último del recurso, con la consiguiente casación y anulación parcial de la sentencia recurrida, y en su virtud, procede eliminar del pronunciamiento tercero la referencia que contiene a la herencia de doña Bernardina Rivera Fernández.

Y en la segunda sentencia puntualiza las personas obligadas a rendir cuentas y entregar determinados bienes muebles a la demandante, así como la extensión y alcance de tales obligaciones.

F. C. L.