

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,
ENRIQUE CALATAYUD LLOVET,
JOSÉ CERDÁ GIMENO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

III. CONTRATOS

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA QUE LA CONCEDE, AUNQUE EN EL «SUPPLICO» DE LA DEMANDA SE HAYA SOLICITADO LA RESCISION (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1971).

Don F. S. G. vendió a don F. F. F. un local, que éste destinó a la instalación de un colegio. En el contrato de compraventa se fijaron determinados plazos para el pago del precio, cuyo incumplimiento daría lugar a la resolución de la venta. Como dichos plazos no fueron respetados, debido, al parecer, a que el comprador se había quedado sin los suficientes fondos, por haberlos invertido en gastos de instalación académica, el vendedor interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, que terminaba con la súplica de que «previos los trámites legales se dicte sentencia declarando *rescindido* el contrato de compraventa».

El demandado, al oponerse, termina su escrito de contestación con la súplica de que «en la sentencia que se dicte se declare no haber lugar a la *resolución* del contrato».

El Juzgado de Primera Instancia número 3, de Granada, estimó la demanda y declaró *rescindido o resuelto* el contrato de compraventa objeto del juicio. La Audiencia Territorial de aquella ciudad confirmó, en apelación, la sentencia de instancia, y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado. Dicho recurso había sido articulado sobre el argumento fundamental de que el demandante había solicitado la *rescisión*, y la sentencia recurrida había concedido la *resolución* del contrato, excediéndose en la pretensión formulada por el actor.

El Tribunal Supremo se fundó para desestimar el recurso en que, según resultaba paladinamente del contexto de la demanda y del propio suplico de la misma, la acción en ella ejercitada era la de resolución por incumplimiento y no la de rescisión por lesión, «sin que el empleo, ren-

glones después, del verbo rescindir, como sinónimo de resolver, pudiera inducir a confusión al respecto», ni aun al actual recurrente, quien en el escrito de contestación a la demanda solicitó textualmente se dictase sentencia «declarando no haber lugar a la resolución del contrato de la litis».

La presente sentencia razona su fallo en que el actor no pretendió a lo largo de la demanda la rescisión, sino la resolución del contrato; afirma, incluso, que esta conclusión se deriva del propio suplico de aquélla. Por los datos con que contamos no aparece muy cierto este último extremo y más bien da la impresión de que nuestro Supremo Tribunal se apoya, aunque sólo lo menciona de pasada, en el deseo de evitar un manifiesto *venire contra factum proprium* (pues no hay que olvidar que en el escrito de contestación el demandado, ahora recurrente, había solicitado la denegación de la resolución) y, sobre todo, en esa línea de libertad judicial respecto de las erróneas pretensiones de las partes, que se evidencia en fallos como los de 19 de enero de 1957 (1), 1 de julio del mismo año (2) y 11 de abril de 1959 (3).

INTERPRETACION DE CONTRATO. POSIBILIDAD DE PACTAR INTERESES EN UNA DEUDA ILIQUIDA (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1971).

Don M. de Cabo Briones concertó en octubre de 1962 con don B. Castro Moreira, contratista de obras, la construcción de un edificio destinado a residencia de viajeros. Al liquidar el precio de la obra, concluida en 1965, surgieron algunas discrepancias, y para obviarlas llevaron a cabo un convenio, de fecha 29 de ese mes y año, por el que ambas partes aceptaban que el arquitecto autor del proyecto, don J. Barreiro Vázquez, revisase las facturas—tres—sobre cuya liquidación no había acuerdo. En la cláusula V del convenio se establece que la cantidad líquida que resulte a favor del señor B. Castro Moreira después del informe del señor arquitecto sería abonada por don M. de Cabo Briones en un determinado plazo, devengando un interés anual del 6 por 100 desde el 1 de junio del corriente año (o sea, desde el día siguiente a la fecha del convenio) las cantidades que vayan quedando pendientes de pago. El dictamen del señor Barreiro favoreció al contratista, y don M. de Cabo Briones, no contento con él, interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, a la que reconvino don B. Castro Moreira, y tras los correspondientes trámites, el Juez de Primera Instancia número 1, de Pontevedra, estimó la reconvencción y condenó al actor a satisfacer la cantidad de tres millones trescientas treinta mil trescientas sesenta y cuatro pesetas (un poco menos de lo dictaminado por el arquitecto) más el interés del seis por ciento de dicha cantidad desde 1 de junio de 1965. Apelado el fallo, la Audiencia Territorial de La Coruña revoca, en parte, la sentencia de Primera Instancia, confirmando la condena en cuanto al principal, pero modificando la fecha desde la que debían abonarse los intereses, que ya no era la del día siguiente a la del convenio, sino la de la sentencia de Primera Instancia que fijó el importe líquido de la deuda.

(1) Sentencia de 19 de enero de 1957: se solicita la inexistencia y se concede la nulidad de un contrato de renta vitalicia; para el Supremo no hay incongruencia porque "lo que se ventilaba era la total ineficacia de la escritura, y el Tribunal sobre la base de los hechos probados aplicó los preceptos que estimó atinentes a la cuestión".

(2) Sentencia de 1 de julio de 1957: "... la congruencia que en él (el art. 359 de la L. E. C.) se exige no obliga al Juez o Tribunal de instancia a someterse a los términos que en sus peticiones emplean los litigantes..."

(3) Sentencia de 11 de abril de 1958: "... la congruencia ha de estar en relación con los hechos de la demanda y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, pero no con los razonamientos alegados por los litigantes..."

El demandante recurrió en casación, pero lo hizo fuera de plazo, por lo que se declaró caducado el recurso. En cambio, el demandado lo presentó en tiempo y forma y la cuestión quedó centrada en el Supremo a la determinación del *dies a quo* desde el que los intereses eran debidos: si desde la fecha del convenio o desde la de la sentencia de Instancia. El Tribunal Supremo se inclina por la primera solución, casando el fallo de la Audiencia y revalidando, en su segunda sentencia, el del Juez de Primera Instancia.

El Supremo entiende que la cláusula V del convenio («...devengando un interés anual del seis por ciento desde el 1 de junio del corriente año las cantidades que vayan quedando pendientes de pago...») no contenía una sanción a la mora en que pudiese incurrir don M. de Cabo Briones, una vez fuese la obligación de pagar al contratista líquida y exigible por haberla cuantificado el arquitecto (cuyo carácter de árbitro o arbitrador elude decidirlo el Supremo), sino que señalaba el *quantum* de intereses que habría de devengar el principal desde el 1 de junio de 1965, cualquiera que fuese la cifra a la que por decisión del mediador quedase reducido. No se preveía, pues, el cumplimiento moroso de lo que el arquitecto acordase, sino un tipo de interés que actuara «como contrapartida al disfrute de un capital que, en cierto modo, le había sido anticipado por el contratista».

Considerando que si claramente se había estipulado por las partes que la cantidad que en su día resultase fijada definitivamente había de devengar un seis por ciento anual a partir de 1 de junio de 1965, fuese cual fuese la fecha en que tal fijación se hiciera, y tal pacto era lícito con arreglo a la Ley, resulta patente la infracción de los preceptos que el recurrente invoca (1)...

Como puede apreciarse, la cuestión, que en Primera Instancia era mucho más amplia, quedó reducida en casación a un mero problema de interpretación de contrato, labor para la que el juzgador es el mejor capacitado al disponer del propio documento o de su testimonio.

Ya hemos dicho que el Tribunal Supremo no aborda la cuestión, sin duda algo excéntrica, de la calificación del convenio. Por lo que respecta a la interpretación de la cláusula V, recogida en el primer considerando, resulta muy difícil averiguar de su tenor literal cuál era la intención de las partes; porque, en efecto, decía así la cláusula V: «La cantidad líquida a favor del señor Castro que resulte después del informe y dictamen del señor arquitecto, será abonada por don Matías de Cabo a don Benito Castro en entregas parciales o en una sola entrega desde el 1 de enero de 1966 hasta el 31 de enero de 1967, devengando un interés anual del seis por ciento desde el 1 de junio del corriente año las cantidades que vayan quedando pendientes de pago.»

Esta oscura cláusula parece responder a dos finalidades: fijar la fecha y el modo en que debía ser abonada la cantidad que, en definitiva, resultase y establecer un devengo de interés para las «cantidades que vayan quedando pendientes de pago». Pero ¿qué cantidades con estas últimas? ¿Desde cuándo quedan pendientes de pago? Dos son las posibilidades: Primera, que las cantidades a que se refiere fuesen las que, acordadas por el arquitecto, dejase de abonar el *dominus operae* en los plazos señalados inmediatamente antes, plazos desde los que dichas cantidades quedarían «pendientes de pago». Según esta interpretación, la cláusula estaría fijando una mora automática (cf. art. 1.100, párrafo 2.º, número 1, del Código Civil) y previendo un interés que, de acuerdo al

(1) Artículos 1.280, 1.289 y 1.255 del Código Civil fundamentalmente.

artículo 1.108 del mismo cuerpo legal, se antepondría al legal del dinero. Segunda, que las cantidades discutidas son las que, cualquiera que fuese su cifra exacta, debía, desde luego, el señor Castro Moreira y que, por tanto, se hallaban «pendientes de pago», desde el día siguiente al convenio.

El Supremo, con entera corrección, a nuestro modesto juicio, ante la irresoluble duda interpretativa, aplica el artículo 1.289 del Código Civil, que ordena una hermenéutica «en favor de la mayor reciprocidad de intereses», entendiendo nuestro más Alto Tribunal que la fijación de un tipo de interés operaba como contrapartida del disfrute del capital aportado anticipadamente por el contratista.

Digamos, por último, que al no interpretar la cláusula como previsión de un cumplimiento moroso, no quiebra esta sentencia, como creyó la Audiencia Territorial, la doctrina sentada por las sentencias de 21 de junio de 1950, 20 de diciembre de 1954 y 29 de septiembre de 1955, entre otras, de que si la cantidad reclamada es ilíquida no se deben los intereses moratorios.

«MORA DEBITORIS». REQUISITOS DE LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1971).

Don Emilio Bellvis Montesano concertó, en 26 de agosto de 1961, un contrato privado con «Manufacturas Rodex, S. A.», por el que el primero cedía a la segunda licencia para la explotación de un modelo de utilidad, número 74.587, concedido a aquél por el Registro de la Propiedad Industrial para un nuevo exprimidor de escobas de fregar suelos.

En 27 de enero de 1965 el contrato citado fue sustituido por otro, también privado, de parecido tenor, sobre el cual va a versar el litigio. En el convenio, don Emilio Bellvis Montesano concedía a «Manufacturas Rodex, S. A.», licencia de explotación no exclusiva del modelo número 74.587, pudiendo ésta fabricar y vender realizaciones de dicho modelo durante todo el tiempo de vigencia del mismo y en todo el ámbito territorial de su validez. A cambio, la mencionada entidad se obligaba a pagar a don Emilio la cantidad equivalente al tres por ciento del precio líquido de las ventas. Parece que el carácter no exclusivo de la licencia de explotación sólo facultaba para utilizarla al propio don Emilio Bellvis o, en su lugar, a una sola tercera persona, física o jurídica, que le sustituya, de suerte que el modelo de utilidad sólo podía ser explotado por «Manufacturas Rodex, S. A.», y una sola entidad más.

La empresa licenciataria incumplió su obligación de abonar el tres por 100 de las ventas desde antes incluso de la celebración del segundo contrato, y, por su parte, don Emilio Bellvis vendió sus derechos sobre el modelo de utilidad en 3 de abril de 1967, libre de cargas y gravámenes, a una entidad competidora.

Ante el impago de la cuota convenida, don Emilio Bellvis interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número 4, de Zaragoza, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando, al amparo del artículo 1.124 del Código Civil, la resolución del contrato por incumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios consiguiente. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró resueltos los contratos otorgados entre los litigantes, el primero por novación y el segundo por incumplimiento, condenando, además, a «Manufacturas Rodex, Sociedad Anónima», al pago de una indemnización por los perjuicios derivados de la resolución, cuya cuantía se fijaría en trámite de ejecución de sentencia.

Apelado el fallo, la Audiencia Territorial de Zaragoza revocó, en parte, la dictada por el Juzgado, no dando lugar a la resolución del último contrato, pero condenando al demandado a que abonara al demandante el tres por ciento del precio líquido a que se hubieran vendido o vendan las realizaciones del modelo de utilidad en todas sus variedades, desde 27 de enero de 1965 hasta que se practique la liquidación, tomando como base los libros de comercio de la entidad condenada y un número mínimo de 2.127 ejemplares. Condenó, igualmente, al demandado al pago del interés legal de la cantidad que resultase a partir de la fecha de la sentencia. Y, por último, estimó, en parte, la reconvencción, declarando válido y obligatorio para las partes el contrato de 27 de enero de 1965 y condenando a don Emilio Bellvis a elevarlo a escritura pública en favor de «Manufacturas Rodex, S. A.».

Interpuestos sendos recursos de casación, el Tribunal Supremo, por auto de 30 de marzo de 1971, admitió el del demandante, pero rechazó el de la entidad demandada, por insuficiencia del poder de su procurador. En su sentencia de fondo, el Tribunal Supremo desestima el único recurso admitido, confirmando el fallo de la Audiencia.

Nuestro Alto Tribunal razona así su decisión:

Considerando que la jurisprudencia de esta Sala, al glosar e interpretar el artículo 1.124 de nuestro Código Civil, viene ininterrumpidamente declarando que la facultad implícita de resolución de las obligaciones que establece, como tal facultad, no puede tener efecto hasta que se entable en juicio o si, declarada por el acreedor, no se impugna por el deudor—sentencia de 16 de noviembre de 1956—, o si el deudor reconoce su infracción y acepta la resolución—sentencia de 16 de mayo de 1961—, pues no admitir lo contrario equivaldría a dejar al arbitrio de un contratante el cumplimiento de la obligación; habiendo declarado también que no puede pedir la resolución el que incumplió el contrato, debiendo estarse a la declaración de la Sala de Instancia para determinar quién o quiénes hayan incumplido la obligación, si no se ataca tal declaración, basada en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—sentencias de 16 de noviembre de 1956, 21 de abril de 1942, 21 de enero y 9 de marzo de 1960, 19 de mayo de 1961...—, y, por último, a los efectos que interesan al presente recurso, las sentencias de 6 de julio de 1952 y de 28 de noviembre de 1961 declaran que no basta el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones para decretar la resolución, exigiendo la existencia de una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplimiento, y la de 2 de enero de 1961, que tal voluntad sea deliberadamente rebelde por un hecho obstativo, que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento.

Considerando que sentada la anterior doctrina parece el primer motivo del recurso, que amparado procesalmente en el número 1.º del citado artículo 1.692, denuncia la inaplicación en la resolución impugnada del artículo 1.124, también citado, basándose para ello en que cumplió cuantas obligaciones le imponía el contrato de 27 de enero de 1965 de mantener al recurrido en el derecho concedido de fabricar, explotar y vender el objeto de la patente de utilidad (?) número 74.587 hasta el 13 de abril de 1967, y que si vendió tal patente fue porque el recurrido había incumplido su deber de abonarle el tres por ciento del precio de los aparatos; ya que la resolución impugnada declara probado que ambos contendientes incumplieron sus respectivas obligaciones, el demandado, por no abonar dicho tres por ciento, y el actor, por la venta de sus derechos sobre el modelo de utilidad en el año 1967, libre de cargas y gravámenes, cuando por el contrato de 1965 había cedido su explotación a la

recurrida, sin que tal declaración haya sido impugnada por el único cauce adecuado para ello, el número 7.º del tan repetido artículo 1.692, y habrá de estarse en casación a su contenido, denegando la resolución solicitada y estimando con la sentencia recurrida que la demora en el pago del tres por ciento no puede estimarse como incumplimiento, sino como mora, por lo que le condena al pago del interés legal de la cantidad adeudada.

Considerando que los razonamientos expuestos obligan a desestimar también el segundo y último motivo articulado, con la misma sustentación procesal que el anterior, y en que acusa la aplicación indebida por la Sala de Instancia de los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código sustantivo, puesto que se basa en que aplicado el artículo 1.124 y resuelto el contrato no juegan los preceptos invocados, que *a contrario sensu* deben operar al denegarse la resolución.

La presente sentencia no contiene sino una cuestión nuclear: la de decidir si «Manufacturas Rodex, S. A.», incurrió en incumplimiento (tesis del Juzgado) o si, por el contrario, tan sólo debe responder de un cumplimiento moroso o tardío (tesis de la Audiencia y del Supremo). Es decir, si debe aplicarse el artículo 1.124 al contrato de autos (como se pretende en el primer motivo del recurso y rechazan los dos primeros considerandos) o si le convienen, en cambio, los artículos 1.100, 1.101 y 1.108, siempre del Código Civil (como se critica en el segundo motivo y se acepta en el tercer y último considerando).

Para decidirse por la segunda solución, el Supremo parece recorrer el siguiente proceso lógico: En primer lugar, perfila el sentido del artículo 1.124 con los matices agregados por la jurisprudencia que considera aplicables a la presente *lis*. Y así sienta los principios de que la resolución sólo puede efectuarse judicialmente si se suscita contienda, que no puede solicitarse por quien incumplió el contrato, cuestión de hecho a dilucidar por el juzgador, y que no basta el simple retraso en el cumplimiento para decretar la resolución, sino que es menester se evidencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

Y, en segundo lugar, sentada la anterior premisa, el Alto Tribunal subsume en ella los supuestos fácticos debatidos, concluyendo que don Emilio Bellvis no puede resolver extrajudicialmente, sin avenencia de «Manufacturas Rodex, S. A.», el contrato de licencia de explotación, que tampoco puede reclamar la aplicación al artículo 1.124, ya que él ha incumplido su prestación al vender en 1967 sus derechos sobre el modelo de utilidad, libre de cargas y gravámenes, siendo así que se hallaba obligado a cederlos a la demandada, y que la demora en el pago del tres por ciento no puede estimarse como incumplimiento (ni patentiza una voluntad deliberadamente rebelde, por tanto), sino como mora, por lo que se condena a la sociedad demandada al pago del interés legal de la cantidad adeudada.

El proceder del Supremo resulta así plenamente consecuente. Sin embargo, a nosotros nos parece que la solución no es tan sencilla y que en ese silogismo se advierten algunos puntos oscuros:

1.º Don Emilio Bellvis no puede resolver extrajudicialmente el contrato de licencia de explotación. No es esto completamente cierto, pues, como el mismo Supremo reconoce, la jurisprudencia que cita y alguna otra (como la sentencia de 7 de enero de 1948) admiten la resolución extrajudicial siempre que sea aceptada por la otra parte, o sea, siempre que no se suscite contienda. De suerte que el señor Bellvis, ante el incumplimiento de «Manufacturas Rodex, S. A.», pudo declarar resuelto el convenio y esperar a que esta última reclamase o utilizara la vía judicial para desvincularse, que es cabalmente lo que está haciendo.

2.º Don Emilio Bellvis ha incumplido, dice el Tribunal Supremo; luego no está legitimado para emplear la acción resolutoria. Pero es bien notorio: a) que el incumplimiento de «Manufacturas Rodex, S. A.», se produjo, cuando menos, desde la misma fecha del contrato, o sea, desde 27 de enero de 1965, en tanto que el supuesto incumplimiento de don Emilio Bellvis tuvo lugar, en todo caso, en 1967, y sabido es que, por doctrina jurisprudencial, sí puede resolver el contrato quien incumple a consecuencia del incumplimiento del otro contratante (sentencias de 1 de abril de 1925, 24 de diciembre de 1947, 14 de abril de 1953, entre otras), porque, de lo contrario, se produciría la injusta consecuencia, aún más patente en los contratos de tracto sucesivo, de no poder dejar de cumplir una parte, pese a la negativa manifiesta de la otra, si pretende reclamar ante los tribunales. b) Que el supuesto incumplimiento del señor Bellvis, que el Supremo declara probado y por ello no discutiremos, no se averigua bien en qué consiste: b') si en haber concedido otra licencia de explotación: ya sabemos que estaba expresamente facultado para ello, pues la convenida con «Manufacturas Rodex, S. A.», no era de exclusiva; b'') si en haber transmitido por actos *inter vivos* los derechos sobre el propio modelo declarando al adquirente que se hallaba libre de gravámenes y cargas: en ese caso, la situación tiene un gran parecido con la transmisión de una cosa arrendada o usufructuada, según se considere que la licencia de explotación tiene un carácter personal o real. De ser así, el fallo de la Audiencia obligando a elevar a escritura pública el contrato privado de 1965 puede afectar a terceros (los segundos adquirentes), y eso iría contra lo preceptuado en el párrafo final del artículo 1.124 e incluso puede hallarse vedado por el artículo 31 del Estatuto de la Propiedad Industrial.

3.º Por último, el Supremo entiende que no se encuentra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento en «Manufacturas Rodex, S. A.»; es sabido que con este requisito, unánimemente añadido por la jurisprudencia, se incorpora al artículo 1.124 un «factor etiológico subjetivo» (cf. sentencia de 23 de noviembre de 1964), de exclusiva valoración judicial. Nótese, sin embargo, que en el presente caso la entidad demandada no había abonado porcentaje alguno desde el principio del contrato y aun desde mucho antes, lo que bien podría configurarse como rebeldía manifiesta.

Señalemos únicamente cómo este requisito de la voluntad, manifiestamente rebelde, ha aproximado mucho el mecanismo de nuestro artículo 1.124 al del 1.184 del Código de Napoleón, del que aquél trae causa, permitiendo, como en el país vecino, que los Tribunales no acepten la facultad resolutoria e impongan el cumplimiento forzoso. Esta interpretación, cuya bondad o maldad es problema aparte, no parece casar muy bien con la literalidad del artículo 1.124 y con los limitados márgenes que al arbitrio judicial concede su párrafo 3.º De suerte que si en el Derecho francés es facultad del juez admitir o no la resolución, en el Derecho español, pese al futuro «decretará» de dicho párrafo 3.º, el juzgador puede eludir muy fácilmente su tenor con sólo entender que no se da una voluntad «deliberadamente rebelde».

Hasta aquí, pues, el razonamiento del Supremo para desechar la resolución. Con todas las reservas apuntadas, nos parece, en definitiva, atinado y justo, máxime si se tienen a la vista los antecedentes de hecho. Pero donde no podemos estar de acuerdo con él, sin reservas de ninguna clase, es en la aplicación de los artículos 1.100, 1.101 y 1.108. Si el Supremo entiende que el mantenimiento del vínculo contractual exige esa aproximación al arbitrio judicial francés de que hablábamos antes, debe aceptar esta postura con todas sus consecuencias y, por ende, imponer el cumplimiento forzoso con los intereses (como lo puede exigir *ex ar-*

tículo 1.124, párrafo 2.º, el propio contratante cumplidor), pero no distorsionar la figura de la mora para advenir a esta conclusión. Porque la mora, *mora debitoris* en este caso, exige, entre otros requisitos, que el acreedor reclame judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación (salvo en los casos que el propio art. 1.100 exceptúa y entre los que no se encuentra el presente), y es bien notorio que don Emilio Bellvis nunca pretendió tal cumplimiento, sino, al contrario, deseaba zafarse de la relación.

Rectificando, pues, su técnica y hablando de simple retraso y no de «mora», anotemos, para concluir, que esta sentencia se opone a aquellas que admiten la cualidad resolutoria del retraso (sentencias de 25 de mayo de 1933, 15 de enero de 1934, etc.) y se empareja con las que, por razones de equidad, se lo han negado (sentencias de 24 de octubre de 1899, 15 de mayo de 1934, 15 de junio de 1944, etc.).

J. M. R. P.

ARRENDAMIENTOS

ARRENDAMIENTO DE OBRA. LA DISPOSICION DEL ARTICULO 1.593 DEL CODIGO CIVIL DEJA A SALVO LA POSIBILIDAD DE PACTO EN CONTRARIO. PARA QUE PUEDA SER ESTIMADO EN CASACION EL ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA NO PUEDE SER ATACADA SOLO UNA DE LAS PRACTICADAS, SINO EL CONJUNTO DE LAS MISMAS (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1970).

El actor, don B. M. M., formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Ecija, en la que alegaba:

Que por cuenta del demandado, don B. M. S., y bajo la dirección del arquitecto don J. R. R., había llevado a cabo la construcción de 26 viviendas y dos bajos comerciales. La construcción comenzó en marzo de 1962, produciéndose las certificaciones por obras realizadas en agosto, septiembre y diciembre del mismo año y enero del siguiente. Como consecuencia de la imprevisible subida de salarios y cotizaciones por la Seguridad Social, el demandante manifestó al demandado su decisión de no continuar las obras a no ser que se pactara una revisión de los costos del proyecto primitivo.

A este fin convinieron demandante y demandado en someter a la consideración del arquitecto la situación planteada, para que por éste se indicara la cuantía del aumento. Como consecuencia de ello, el demandado aceptó una revisión del 40 por 100 de los gastos primitivos y a partir de enero de 1963.

Aparte de ello, el actor había realizado otras obras complementarias por cuenta del demandado. Terminaba suplicando el abono de la diferencia entre lo que el demandado le adeudaba y lo que ya le había satisfecho, en total, seiscientos seis mil novecientos cuatro pesetas.

El demandado se opuso, alegando, en síntesis:

Que con quien contrató la ejecución de la obra no fue con el demandante, sino con don J. M. P. C., y que éste la había cedido a aquél sin conocimiento ni consentimiento del demandado.

Negaba haber aceptado cifra concreta ni porcentaje de elevación y tras diversas alegaciones, que no recogemos por tener reflejo en casación, suplicaba la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia de Ecija estimó, en parte, la demanda, condenando al demandado al pago de quinientas diez mil ciento cuarenta y una pesetas.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Territorial de Sevilla revocó, en parte, la sentencia de instancia, condenando a don B. M. S. al pago de quinientas ochenta y una mil quinientas una pesetas.

El demandado, don B. M. S., interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basado en los siguientes motivos:

Primero.—Error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo, por violación, los artículos 1.247 y 1.245 del Código Civil, al fundamentar la Sala su acuerdo de revisión en el dictamen del arquitecto, don J. R. R., inhábil por disposición de los artículos citados.

Segundo.—Infracción por no aplicación del artículo 1.593 del Código Civil.

Tercero.—Incongruencia, con violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al conceder la sentencia más de lo solicitado.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Andrés Gallardo Ros, declaró no haber lugar al recurso.

Considerando: Que los artículos 1.245 y 1.247 no contienen normas sobre valoración de la prueba, por lo que no puede fundarse en ellos el error de derechos, aparte de que al apreciar el Tribunal *a quo* la prueba de modo conjunto, no es lícito en casación atacar sólo alguna de las practicadas.

Considerando: Que existiendo pacto entre demandante y demandado sobre revisión de precios, admitido por el artículo 1.255 del propio Código, es evidente la implicabilidad del artículo 1.593 del mismo.

Considerando: Que igualmente ha de desestimarse el tercer motivo, porque al atribuir el exceso a un error del Tribunal *a quo* debió haberse pedido la aclaración del fallo mediante el recurso correspondiente.

ARRENDAMIENTOS EXCLUIDOS DE LA LEGISLACION ESPECIAL. LO ESTAN LOS REFERENTES A SUPERFICIES ENCLAVADAS EN ZONAS URBANAS QUE NO HAN SIDO EDIFICADAS, AUNQUE TENGAN UNA MINIMA SUPERFICIE EDIFICADA (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1970).

El actor, don R. G. G., formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 7, de Valencia, en la que alegaba:

Primero.—Que, en comunidad con sus hermanos, era dueño de un solar, que describía en la demanda, y que dicho solar había sido arrendado en abril del año 1964, por la entonces propietaria doña C. G., tía carnal del demandante, a don R. S. L., el demandado.

Segundo.—En dicho contrato, y aparte de otras estipulaciones que no interesan, se convino que la vigencia del contrato comenzaría el día 1 de junio de 1944, en cuya fecha debería estar terminada una pequeña construcción destinada a despacho y realizada por la propietaria. Esta

autorizaba al arrendatario para realizar en el solar arrendado las obras necesarias para la instalación y acondicionamiento de una serrería mecánica, siempre que al finalizar el contrato dejara el solar en las mismas condiciones en que lo recibió. El arrendatario no estaba autorizado para subarrendar el solar ni las instalaciones, más o menos provisionales, que en el mismo construyera, sin autorización escrita de la dueña.

Tercero.—Desde la indicada fecha continúa el arrendatario en la posesión del solar, ejerciendo en él su industria de serrería, en virtud de repetidas tácitas reconducciones, y habiendo satisfecho su última merced arrendaticia correspondiente al cuarto trimestre de 1968. Antes de esta fecha fue requerido notarialmente por el actor para que diera por resuelto el contrato al vencimiento del plazo entonces vigente, dejando libre el solar. Terminaba suplicando que se declare haber lugar al deshaucio del arrendatario.

Realizado el correspondiente juicio verbal, el actor se ratificó en la demanda, oponiéndose el demandado, que alegaba que el primitivo solar se había convertido en local de negocios.

Vista la oposición del demandado, se le confirió traslado de la demanda, alegando en su contestación:

Primero.—Que aceptaba, en principio, los hechos expuestos por el actor.

Segundo.—Que en la construcción realizada por la propietaria en el solar de referencia, el arrendatario había instalado su vivienda, lo cual no se realizó de forma clandestina, sino con conocimiento de la arrendadora.

Finalizaba suplicando la desestimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número 7, de Valencia, estimó la demanda, declarando haber lugar al deshaucio.

Apelada la sentencia, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia la confirmó íntegramente.

Contra la anterior sentencia se formalizó recurso de casación por infracción de Ley, basado en el siguiente motivo:

Unico.—Violación por no aplicación del número 2.º del artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Se argumenta en el recurso que el contrato se otorgó con la finalidad específica de que se estableciese una serrería mecánica en el solar, al que previamente se dotó de una pequeña construcción por despacho, que ya existía en él una vivienda modesta en desuso y que lo arrendado tenía la consideración legal de local de negocios alcanzándole, en consecuencia, los beneficios de la prórroga legal.

El Tribunal Supremo, en sentencia en que fue ponente don Antonio Cantos Guerrero, declaró no haber lugar al recurso, basándose en el siguiente:

Considerando: Que la cuestión se centra en determinar si la relación arrendaticia que une a ambos litigantes debe regirse por la Ley de Arrendamientos Urbanos o, por el contrario, ha de regirse por el Código Civil, posición esta última que se acepta por las sentencias de instancia y confirma la del Tribunal Supremo, porque:

Primero.—Lo aportado al contrato por el arrendador era sólo y exclusivamente el solar sin edificar, donde temporalmente se autorizaba al arrendatario a ejercer su industria, sin que pueda alterar la calificación del objeto arrendado el hecho de haber construido la propiedad una pequeña edificación para el mejor uso de lo arrendado.

Segundo.—Tanto el artículo 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como el párrafo 2.º del artículo 3 de la misma, como la jurisprudencia, parten de la idea de que el objeto arrendado, para que el contrato pueda ser regulado por la Ley especial, sea un conjunto edificado apto para vivienda o para ejercer en lo construido una actividad industrial, quedando excluidos los referentes a superficies enclavadas en zonas urbanas que no han sido aún edificadas, las cuales han de regirse por la legislación común.

E. C. LL.

IV. FAMILIA

PRUEBA DEL MATRIMONIO Y DE LA FILIACION: Problema de si cabe acreditar tales estados por las referencias que a la condición de las personas hacen las partidas de matrimonio o filiación posteriores; la interpretación del artículo 327 del Código Civil. PRUEBA DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCION: El artículo 1.214 del Código Civil: CARRILLO DE ALBORNOZ contra RAMÍREZ DE SAAVEDRA y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1970).

Doctrina de la sentencia: El problema de si las referencias consignadas en las partidas sacramentales o del Registro, ajenas al acto inscrito, tienen validez como prueba lo ha resuelto la doctrina constante de esta Sala: de tales declaraciones no puede certificar el empleado del Registro y se requiere otra prueba, cualquiera que sea, conforme al artículo 327 del Código Civil, también mantenido por el artículo 1.218 del Código Civil. La prueba de los hechos constitutivos de la acción, la genealogía del actor, tuvo que hacerla éste conforme al artículo 1.214 del Código Civil, y al no hacerlo, la demanda ha quedado sin justificación suficiente.

Antecedentes: El actor pretendió se declarase preferente y de mejor derecho su genealogía, al objeto de ostentar el título nobiliario de marqués de... Se basaba en los argumentos siguientes: Que dicho título fue creado en 1864, habiendo después caído en caducidad (*sic*); caducidad alzada por Decreto de 1953 a favor del señor A.; contra dicho señor A., la hoy demandada inició un juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, resuelto a favor de dicha señora; el actor también se dirigió contra el señor A., consiguiendo, asimismo, sentencia favorable declaratoria de su mejor derecho frente al poseedor administrativo del título; que en la actualidad está indeciso cuál de los dos vencedores del señor A. tenía un mejor derecho frente al otro, lo que pretende dirimir con esta litis; que la genealogía del actor es de mejor y preferente derecho, ya que el demandante es descendiente directo del concesionario y la demandada tan sólo ostenta un parentesco colateral; que justifica dichos hechos con las correspondientes partidas de matrimonio, nacimiento y defunción, a excepción de las partidas de matrimonio de su abuela paterna y de nacimiento de su padre, las cuales suplía con las partidas de matrimonio de los padres del actor y del nacimiento de éste, que contenían referencias a tales hechos.

La demandada compareció y se opuso a la demanda, suplicando se dictase sentencia desestimatoria. Lo propio hizo el Ministerio Fiscal.

El Juzgado desestimó en todas sus partes la demanda.

La Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, dictó sentencia por la que, estimando la demanda, declara ser mejor y preferente el derecho genealógico del actor frente al de la demandada para usar y ostentar la dignidad nobiliaria de... con todos los honores y preeminencias a ella inherentes, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

La demandada interpuso recurso de casación, con base en los siguientes motivos:

1.º Por error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo por violación una reiterada doctrina legal y lo dispuesto en el artículo 1.218 del Código Civil *a sensu* contrario.

2.º Por violación del principio *actore non probante, reus est absolvendus*, convertido en doctrina legal, constantemente reiterada.

3.º Por violación, por no aplicación, de la doctrina legal relativa a la carga de la prueba.

4.º Por infracción, por aplicación indebida, del artículo 5.º del Decreto de 4 de julio de 1948, de la Ley 2.ª, título XV, partida 2.ª, y de los artículos 60 y 61 de la Constitución de 1876.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que es ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara haber lugar al recurso de la demandada, sentando la siguiente doctrina:

Considerando: Que el problema que el recurso plantea es exclusivamente de apreciación de la prueba, pues reconoce el actor recurrido que no ha podido conseguir, sin alegar causa ni proponer otra prueba directa en sustitución, las partidas de matrimonio de su abuela paterna, ni de nacimiento de su padre, y dice justificar tales hechos, y así lo estima la sentencia recurrida, por las referencias que de la condición de las personas, cuyos documentos no se han aportado, hacen las de matrimonio de los padres del actor y la de nacimiento de éste.

Considerando: Que tal problema, de si las referencias que en partidas sacramentales o del Registro se consignan, ajenas al acto inscrito, tienen validez como prueba, ha resuelto la doctrina constante de esta Sala, que «las actas del estado civil sólo constituyen prueba del acto especial acerca del que el encargado del Registro puede certificar, por su personal conocimiento y de la fecha de aquél, pero no de las declaraciones que contengan con relación a hechos distintos, para cuya demostración en juicio, es indispensable otra prueba separada y concreta», es decir, que de tales declaraciones no puede certificar el encargado del Registro y se requiere otra prueba, cualquiera que sea, puesto que así lo autoriza el artículo 327 del Código, Sentencias de 4 de diciembre de 1948 y 2 de marzo de 1955.

Considerando: Que tal criterio jurisprudencial de la falta de eficacia probatoria de las mencionadas en las partidas, es el mismo mantenido por el artículo 1.218 del Código, al decir que «los documentos públicos hacen prueba aun contra tercero del hecho que motiva, su otorgamiento y de la fecha de éste», y como en el caso debatido se da por probada la condición de bisnieto del concesionario del título, del actor, sólo por las manifestaciones vertidas en las partidas de matrimonio de sus padres y de bautismo de él, sin que exista otra prueba del matrimonio de los abuelos, ni del nacimiento del padre, hijo, según estas menciones, del matrimonio que no consta inscrito y cuyo nacimiento tampoco aparece justificado por prueba concreta, es visto que esas solas menciones no son

suficientes a justificar unos hechos, que si no exclusivamente con las partidas sacramentales o del Registro, debieron probarse por algún otro de los medios autorizados por la Ley; pues, aunque no se trate—como dice la sentencia recurrida—de cuestión relativa al estado civil, tiene que requerir alguna prueba eficaz la genealogía del actor, y a la obrante en autor, por reiterada doctrina de esta Sala, ni puede concedérsele eficacia, lo que obliga a estimar que el recurrido no ha probado los hechos constitutivos de su acción, lo que hace necesaria la aceptación del primer motivo del recurso, que al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley, acusa error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación de la doctrina que cita y del párrafo primero del artículo 1.218 del Código.

Considerando: Que tal prueba, como de hechos constitutivos de la acción, matrimonio de los abuelos y nacimiento del padre del actor, para seguir el tracto genealógico, tuvo que hacerla el actor recurrido, pues el artículo 1.214 determina cuál de las dos partes en el proceso debe hacer primeramente la prueba de los hechos que invoca, con la consecuencia de que, si no alcanza a establecer los hechos que justifican su demanda, su pretensión ha de ser tenida como no fundada, sin que la otra parte tenga que demostrar la inexistencia; y como en autos la demandada recurrente, se limitó a no estimar probados los hechos constitutivos de la acción, sin señalar ninguno impeditivo o extintivo, que hubiera estado obligada a probar, no tenía por qué hacer prueba alguna y la demanda en sí ha quedado sin justificación suficiente, sentencias entre otras de 19 de febrero de 1959, 20 de febrero de 1960 y 15 de junio de 1961, lo que hace obligada la aceptación de los motivos segundo y tercero del recurso, que con amparo en el número primero del artículo 1.692, acusan la violación del principio y doctrina de la carga de la prueba, y como consecuencia de ello, también la aceptación del cuarto, por lo que se hace precisa la estimación del recurso, cesando y anulando la sentencia recurrida con sus demás consecuencias legales.

ACTOS REALIZADOS POR MUJER CASADA SIN LICENCIA MARITAL, PERO CON LA LICENCIA JUDICIAL: *Demanda incidental en ejecución de sentencia por la que se declaran nulas determinadas actuaciones de mujer casada. PÉREZ DEL BOSQUE contra CRESPO, Caja de Ahorros de B. y otros varios. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1970.)*

Doctrina de la sentencia: La resolución recurrida es un auto dictado en un incidente de ejecución de sentencia y que se limitó a seguir lo resuelto por la sentencia recaída en el pleito principal. Dicha sentencia quedó firme con todas sus consecuencias y contra ella sólo cabe el recurso especial del artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Antecedentes: I) En 1944 la demandada vendió a sus hijos, también demandados, tres fincas rústicas. La legitimación para actuar le provino de una previa declaración de ausencia legal de su marido, resuelta por Auto de 1940, y de la concesión por el Juzgado de la licencia para la venta dicha y otras varias, entre ellas una de una casa a favor de la correspondiente Caja de Ahorros provincial. II) Bastantes años después, el marido, aparentemente ausente, reaparece y en demanda ejercitada contra las mismas personas y entidad aquí demandados sostiene la nulidad de determinadas actuaciones de su mujer. Dicha demanda fue resuelta a su favor por el Juzgado, que dictó Sentencia de 22 de enero de 1963, por la que, estimando en parte la demanda, «declara nulo en su raíz y sin

efecto alguno el expediente de declaración de ausencia legal del actor, y nulo el expediente en solicitud de licencia judicial para la venta de una casa, y nulos todos los negocios jurídicos y contratos que de tales actos deriven, procediendo con dicha nulidad las de las anotaciones, asientos e inscripciones registrales...; condena a todos los demandados a estar y pasar por dicha declaración; desestima las demás peticiones de la demanda, declarando prescrita la acción de anulabilidad o de nulidad parcial ejercitada por el actor contra los actos otorgados por su mujer en cuanto a los bienes propios de ella sin autorización marital, y prescrita la acción deviene la validez y eficacia de dichos contratos...». La correspondiente Audiencia resolvió los recursos interpuestos por demandante y demandados, con Sentencia de 12 de abril de 1965, por la que, revocando la sentencia del Juzgado en lo que no esté conforme con esta sentencia y confirmándola en lo que esté, y estimando en parte la demanda, «declara nulas las actuaciones del expediente de ausencia legal y de obtención de licencia judicial supletoria para la venta de una casa, y nulo el contrato de venta de tres fincas rústicas a favor de sus hijos, que deben restituirlas, y desestima el resto de las peticiones de la demanda...». Después del recurso de apelación interpuesto (no tenemos datos de él) y de fallar el Tribunal Supremo, dicha sentencia recurrida quedó ya firme. III) Solicitado por el demandante la ejecución de la referida sentencia firme, el Juzgado decretó la cancelación de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, entre ellas la de la casa vendida a la Caja de Ahorros, cuya escritura se declara nula y nula también la inscripción de ella tomada, librando exhorto al Juzgado del lugar donde radicaba la finca y el Registro.

Contra esta última providencia formuló la Caja de Ahorros recurso de reposición, impugnado por el demandante, dictando auto el Juzgado por el que se acordó no haber lugar a reponer dicha providencia recurrida.

Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto, por la Caja de Ahorros, la Audiencia lo resolvió dictando auto por el que revoca el del Juzgado apelado y también la providencia que declaraba nulas la escritura e inscripción de la casa referidas.

El demandante interpuso recurso de casación contra el referido auto de la Audiencia, en base a los motivos siguientes:

1.º Por violación, por interpretación errónea, del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y doctrina legal consiguiente: La Audiencia, en Sentencia de 12 de abril de 1965, confirmó la sentencia del inferior en cuanto estuviera de acuerdo con lo dictado y la revocó en lo que no estuviera conforme con ella, y guardó silencio sobre la nulidad o validez de la escritura de venta de una casa a favor de la Caja de Ahorros; la demanda origen del pleito pedía muy concretamente, como consecuencia obligada de las declaraciones de nulidad de los expedientes interesados, que se declarase la nulidad de la escritura de venta de la casa, y la nulidad de tal extremo decretada por el Juzgado no fue revocada expresamente por la Audiencia en la sentencia dicha. Por tanto, el auto ahora recurrido dictado en trámite de ejecución de sentencia contradice lo ejecutoriado.

2.º Por violación, por inaplicación, del artículo 1.259, en relación con los 181, 184-1.º, 189-4.º, 1.441, 1.442 y 1.443 del Código Civil, 33 de la Ley Hipotecaria y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: pues de la declaración de nulidad de los expedientes de ausencia y licencia judicial supletoria derivan como consecuencia natural la nulidad de las escrituras de venta otorgadas por la mujer casada esposa del supuesto ausente y la de las inscripciones originadas por tales transmisiones, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, sin que quepan apreciaciones en orden a la su-

puesta imprecisión de la Sentencia de la Audiencia de 1965 para deducir la validez y eficacia de la venta de la casa a favor de la Caja de Ahorros; además, el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone que la revocación de la sentencia apelada sea expresa y lo no revocado ha de tenerse por confirmado, siendo evidente que la Sentencia de 1965 dejó subsistente y confirmó lo que no revocó de manera expresa y determinada; finalmente, al ser declarados nulos los expedientes de ausencia y licencia judicial, comportan la falta de presupuestos necesarios para la transmisión de fincas posteriormente efectuadas.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que fue ponente don José Beltrán de Heredia y Castaño, rechaza este recurso, en base a esta argumentación:

Considerando: Que la resolución contra la que aquí se recurre es un auto—y concretamente de la Audiencia de Madrid de fecha 5 de julio de 1969—dictado en un incidente de ejecución de sentencia—que lo fue de la misma Audiencia de 12 de abril de 1965—que quedó firme con todas sus consecuencias, al haber sido desestimado el recurso de casación por infracción de ley que en su día se interpuso ante este Tribunal Supremo, contra el cual, por consiguiente, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 944 en relación con el 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento, sólo cabe la posibilidad de interponer el recurso especial que este segundo permite en los dos supuestos concretos que en el mismo se establecen, es decir, cuando se revuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o se provea en contradicción con lo ejecutoriado, lo que sirve de apoyatura al presente recurso en el que a través de los dos motivos que se formulan, se denuncia haberse proveído en contradicción con lo ejecutoriado, alegato que, sin embargo, no queda reducido a esto, ya que conjunta e indiscriminadamente se aduce, además, en un caso, interpretación errónea del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la doctrina legal recogida en las sentencias de esta Sala que cita, mientras que en el otro se alega inaplicación del artículo 1.259 del Código en relación con los 181, 184 supuesto primero, 189 número cuarto, 1.441, 1.442 y 1.443, todos ellos del mismo Código, y el 33 de la Ley Hipotecaria, así como del 359 de la Ley de Enjuiciamiento, proyectado todo ello sobre la sucesión hipotecario-registral; índice bien elocuente de un confusionismo y falta de precisión contrarios a la exigencia contenida en el artículo 1.720 de la indicada Ley procesal, que se agudiza en este caso por tratarse de dos clases diferentes de recursos los que se mezclan y confunden.

Considerando: Que si se valora aisladamente el único alegato correctamente invocado en este trámite, o sea, aquel que se refiere a la ejecución propiamente dicha, su desestimación es inevitable, porque, lejos de proveer en contra de lo ejecutoriado, el Auto que se recurre de 5 de julio de 1969, se limitó—revocando lo decidido por el juzgador de primera instancia—a seguir lo resuelto por la sentencia recaída en el pleito principal de 12 de abril de 1965, que, como ya se ha referido, quedó firme a todos los efectos de ley, poniéndose de relieve que la única contradicción que es posible que exista será con el personal criterio de quien recurre, así como con las decisiones de primera instancia, que, como también se dijo, fueron revocadas; sin que, al margen del confusionismo antes destacado, desde el punto de vista procesal, puedan alegarse ahora cuestiones estrictamente jurídicas—sustantivas y registrales—que ya fueron resueltas en definitiva y en sentido opuesto al que se pretende, en el pleito principal, razones todas que obligan a la desestimación del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento.

DEMANDA DE ALIMENTOS PROVISIONALES EN SITUACION DE SEPARACION DE HECHO: Prueba de la falta de necesidad del alimentista; prescripción de la acción por pensiones alimenticias. ALVAREZ contra FERNÁNDEZ. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1970.)

Doctrina de la sentencia: El artículo 1.214 del Código Civil, por su carácter genérico, no es susceptible de servir de base a un recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal. El derecho a percibir pensiones alimenticias, dada su naturaleza de institución familiar, que le priva del carácter patrimonial estricto y le otorga un matiz público, no puede ser renunciado, transigido o compensado y está dotado del carácter de imprescriptible. Debe distinguirse entre el derecho de alimentos en sí, que no puede prescribir, y las concretas pensiones alimenticias ya devengadas, a las que afecta el plazo del artículo 1.966 del Código Civil.

Antecedentes: La demandante, separada de hecho de su esposo, formula demanda contra el marido, sentando estos hechos: 1) Que habían contraído matrimonio en 1955 y de él hubieron una niña (esto último negado por el marido al contestar la demanda). 2) Que a los cuatro años de matrimonio el marido había abandonado el domicilio conyugal (negado también por el marido, al decir que «le echaron de casa»), dejando sin protección alguna a la esposa y a su hija, quienes vivían con el padre de la actora y de la pensión que éste cobraba. 3) Que el demandado, trabajando de camarero en un restaurante, tenía unos ingresos mensuales superiores a las 10.000 pesetas (negado por él, quien cifraba en 6.000 pesetas su sueldo, con el que alimentaba a su madre).

La demanda terminaba con la súplica de que se dicte sentencia por la que se abonen a la actora y su hija, en concepto de alimentos provisionales, la cantidad de 5.000 pesetas o la que se estime equitativa y adecuada, acordando se hagan efectivas desde la fecha de la interposición de la demanda.

El demandado contestó y se opuso, alegando: la excepción de prescripción de la acción, conforme al artículo 1.966-1.º del Código Civil, y la excepción de falta de acción de la actora por no existir una separación legal de derecho, y que no tiene ninguna responsabilidad alimentaria por no ostentar la patria potestad sobre la pretendida hija. Termina suplicando se dicte sentencia absolutoria por apreciar las excepciones alegadas, o, en su caso, y para el supuesto de pronunciarse sobre el fondo, se absuelva también al demandado, o, en su caso, no se conceda alimentos en cantidad mayor de 500 pesetas mensuales.

El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó al demandado a abonar a su esposa la cantidad de 2.500 pesetas mensuales, en concepto de alimentos provisionales, que deberá satisfacer por mensualidades anticipadas y con efectos retroactivos al momento de la presentación de la demanda.

La Audiencia confirmó en sus propios términos la sentencia apelada por el demandado.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, con apoyo en los siguientes motivos:

1.º Por no aplicación del artículo 1.214 del Código Civil, que obliga a la parte actora a probar los hechos constitutivos de su demanda: la parte actora no ha propuesto prueba alguna, ni acreditado la necesidad de los alimentos, habiendo transcurrido más de diez años sin haberlos reclamado, y sin que haya acudido a la asistencia judicial gratuita ni a las *litis expensas*.

2.º Por interpretación errónea del artículo 1.966-1.º del Código Civil, citando también el artículo 1.961 del Código Civil y las Sentencias de 13 de abril de 1916 y 26 de septiembre de 1927.

3.º Por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: ya que el juzgador no se atiene a los hechos reconocidos por los propios litigantes e introduce otro distinto en la litis, incurriendo en incongruencia cuando concede por una causa o título distinto de lo pedido, y lo pedido por el demandado es la absolución por no acreditar la actora su necesidad; cita las Sentencias de 4 de julio de 1944, 25 de junio de 1945, 12 de julio de 1946, 5 de julio de 1951 y 10 de mayo de 1954.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso en los términos que siguen:

Visto siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Considerando: Que en el primer motivo del recurso, y por el cauce del número uno del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación por inaplicación de la norma contenida en el 1.214 del Código Civil relativa al onus probandi, de imposible estimación, no sólo porque va en contra de la constante jurisprudencia de esta Sala—especialmente recogida en las Sentencias de 12 de diciembre de 1964, 9 de octubre de 1965, 30 de septiembre de 1966, 12 de abril de 1967, 20 de junio de 1969, entre otras muchas—, a cuyo tenor el artículo 1.214, dado su carácter genérico sin referencia concreta a ningún medio de prueba, no es susceptible, por sí solo, de servir de base a un recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal al modo como aquí se hace, sino, además, porque el Tribunal, a quo, lo único que dice es que el marido—hoy recurrente—no probó la falta de necesidad que ahora se alega de la esposa—actual recurrida—para el percibo de los alimentos que reclamó, añadiendo con acierto que en definitiva se trata de una cuestión de hecho—relativa a la existencia o no de dicha necesidad—de la libre apreciación del juzgador de instancia, en uso de la cual adoptó la decisión que se impugna; todo lo cual está demostrando, al propio tiempo, la falta de razón del motivo tercero, en que, por la vía del ordinal segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación del 359 del mismo texto legal, sosteniendo que la sentencia no es congruente cuando sobre este particular afirma que aquella necesidad no había sido desmentida por quien ahora recurre, siendo así que en el acta del juicio verbal celebrado consta que manifestó de modo expreso la referida carencia, discrepancia de expresión respecto de la frase que en ésta se figura en el sentido de solicitar que se le absuelva de la demanda «... por no acreditar la actora su necesidad...», que, por otra parte, es indudable que nada tiene que ver con la alegada incongruencia.

Considerando: Que, finalmente, en el motivo segundo, y de nuevo por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la ley procesal, se denuncia interpretación errónea del 1.966 del Código Civil relativo a la prescripción de acciones por el transcurso de cinco años, incluyéndose entre las que de esta manera se extinguen «la de pagar pensiones alimenticias», dentro del cual deberían incluirse, en el sentir del recurrente, el derecho que aquí se discute, sin tener en cuenta la naturaleza propia del mismo en su calidad de institución familiar, que le priva del carácter patrimonial, otorgándole un matiz público alejado del poder dispositivo típico de la autonomía privada, que impide su renuncia, transmisión o compensación, según se establece en el párrafo primero del artículo 151 de nuestro primer Código sustantivo y le dota del carácter de imprescriptible que la doctrina legal y científica proclamó constantemente, y que, a sensu contrario, se deduce del artículo 1.936 del mismo Cuerpo legal,

en cuanto que, como tal, no se trata de una cosa que esté en el comercio de los hombres que son a las que la prescripción se refiere y limita, *debiéndose, por tanto, distinguir*, como muy bien distinguieron los juzgadores de instancia, *entre el derecho de alimentos en sí*, que, según se ha dicho, no puede prescribir, y *las concretas pensiones alimenticias ya devengadas*, a las que afecta al plazo del mencionado artículo 1.966, con todo lo cual se evidencia la correcta interpretación que del precepto hizo el Tribunal *a quo*, cuya resolución debe ser mantenida, procediendo la *desestimación de este motivo y del recurso* en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.648 de la Ley Procesal Civil.

ADQUISICION DE PROPIEDAD POR MUJER CATALANA CON PRECIO PARA FERNAL CONFESADO POR AMBOS CONYUGES: *El artículo 23 de la Compilación de Cataluña y su interpretación. La infracción de la norma y la aplicación indebida de la norma. La simulación relativa producida con tal confesión. El principio «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos» y su aplicación al marido confesante. FERRÁNDIZ contra GUERRIS. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1970.)*

Doctrina de la sentencia: El concepto de «infracción» se refiere a la norma invocada e implica no se le dé su verdadero alcance y significación y que no se obtengan consecuencias jurídicas distinguidas de las establecidas en ella. El principio de derecho de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos» no puede ser aducido como principal, ya que es fuente supletoria de derecho, y los principios generales de derecho no pueden ser aplicados cuando existan excepciones basadas en preceptos legales.

Antecedentes: 1) Ambos litigantes habían contraído matrimonio en 1945, siendo ambos de origen catalán y de residencia y vecindad ininterrumpida en dicha región. No se otorgaron capitulaciones, rigiendo entre ellos el régimen de separación de bienes. La esposa no aportó bienes al matrimonio, ni nada adquirió durante el mismo. 2) En 1956 se otorga escritura pública de compraventa, en virtud de la cual la vendedora transmite una determinada finca a ambos cónyuges por mitad, recibiendo de ellos el precio, y manifestando los compradores que «la suma satisfecha por la esposa en concepto de precio lo ha sido con dinero procedente de sus bienes parafernales». 3) Por desavenencias posteriores del matrimonio, se había llegado en la actualidad a los trámites del proceso de separación de cuerpos instado por el propio marido. 4) Conociendo el marido las gestiones iniciadas por la esposa para enajenar su mitad indivisa de la finca inmatriculada a su nombre, procedió él a revocar la donación efectuada a su esposa (en la compra hecha por ambos con precio confesado en parte parafernál) mediante la correspondiente escritura.

El marido interpuso la demanda contra su esposa, suplicando se dicte sentencia por la que: 1) Se declare que la finca adquirida en dicha compra pertenece en su integridad al actor. 2) Se decrete la cancelación de la inscripción en el Registro, en cuanto difiera del anterior pronunciamiento, practicándose una nueva inscripción acorde con el mismo. 3) Alternativamente, para el caso de que no prosperase la primera pretensión, que se declare que, durante el trámite del juicio de separación matrimonial promovido por el actor, la demandada carece de facultades que excedan de la administración ordinaria sobre la mitad indivisa sobre la citada finca.

La esposa contestó y se opuso a la demanda, suplicando fuera desestimada.

El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda, y declarando que la finca le pertenecía en su integridad, y decretando la cancelación de la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad en cuanto difiera del pronunciamiento anterior, debiendo practicarse una nueva inscripción acorde con el mismo.

La Audiencia confirmó totalmente la sentencia apelada.

La esposa interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los siguientes motivos:

1.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 23 de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña: dicha norma regula la «presunción Muciana», cuyo origen fue el honor de los cónyuges, estableciendo la presunción de que los bienes poseídos por la mujer cuya procedencia se ignora le fueron donados por el marido; dicha norma establece el remonte, la distinción entre aquellos bienes cuya procedencia no puede justificar la mujer (que se presumen donados por el marido) y bienes sobre los que justifica la adquisición, pero no la del precio (se presume que éste le ha sido donado por el marido), quedando reducidos los efectos de la presunción a un derecho de crédito del marido; que, en este caso, consta expresamente la existencia de un título de adquisición de la finca, la escritura de compraventa, en la que hay manifestación expresa de los cónyuges compradores acerca de la procedencia parafernial del precio de la parte de la mujer.

2.º Por violación, por no aplicación, del principio de derecho de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos» (Sentencias de 30 de junio de 1949 y 6 de diciembre de 1957), elaborado por reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, que fijó los requisitos que deben concurrir para que vinculen al sujeto agente.

3.º Infracción, por violación, del artículo 1.274 del Código Civil, pues la sentencia recurrida dice que en el contrato de compraventa citado existe un vicio, el de la simulación relativa, en el que se manifiesta una apariencia contraria a la verdadera realidad del acto que se quiere realizar.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso, dictando la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado.

Considerando: Que el primer motivo del recurso está formulado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, consistente en infracción, por interpretación errónea, del artículo 23 de la Compilación del Derecho Civil Especial Catalán, motivo que no puede prevalecer, porque dicho concepto de infracción, como el de violación, no se refiere a los hechos, sino a la norma invocada; implica no se le dé su verdadero alcance y significación, y que, por tanto, ni se obtengan consecuencias jurídicas distintas de las establecidas en ella. Reconoce la parte recurrente, en los razonamientos utilizados al desarrollo del motivo, que el Tribunal de instancia, aceptada la procedente distinción entre bienes cuya procedencia no se justifica y bienes sobre los cuales justifica tal adquisición, para concluir que, en este último caso, la presunción de donación se refiere al precio.

El contenido del Considerando tercero de la sentencia recurrida evidencia que en ella se determina, acertadamente, el verdadero sentido del artículo alegado como infringido, por interpretación errónea, determinación extensiva a las consecuencias jurídicas atribuidas a los supuestos que en él se consignan; la argumentación de la recurrente pone de manifiesto también que, no obstante haber basado el motivo en el concepto

de infracción mencionado anteriormente, *del que realmente se trata es el de aplicación indebida de dicho precepto, que no alega, pero sí alude, al expresar que ambas sentencias de instancia «aplican la presunción de donación al bien adquirido en vez de hacerlo sobre el dinero que sirvió de precio para adquirir tal bien, con lo que se incide en la infracción del reiterado artículo 23, interpretado erróneamente, que se denuncia en este motivo»*; así, pues, ese concepto de *infracción*, y no el de aplicación indebida, es la base del motivo, por lo que, no habiendo sido aducido, no puede ser tenido en cuenta, ya que, de conformidad con lo que se establece en el artículo 1.645 de la Ley Procesal mencionada, la casación de una sentencia únicamente se puede acordar cuando se establece la infracción de Ley y de doctrina legal, en que se funde el recurso, y es indudable que, en ningún caso, podrá ser fundamentado el recurso en infracción no alegada.

Considerando: Que tampoco puede ser acogido el motivo segundo, formulado por idéntico cauce procesal, consistente en infracción, por inaplicación, del principio de derecho de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», porque, si bien está reconocido por la jurisprudencia, no puede ser aducida como principal, ya que, de conformidad con lo que se establece en el artículo 6.º del Código Civil, es fuente supletoria del derecho, y, por ello, según reiterada doctrina de esta Sala, es necesario se acredite la inexistencia de Ley o costumbre aplicable al caso controvertido, y, en el caso presente, es evidente existe como aplicable el artículo 23; pero es que, además, dicho artículo integra excepción a dicho principio, porque en él se establece el derecho del marido a revocar la donación de la adquisición por la mujer, cuando no se justifique la procedencia de los bienes adquiridos durante el matrimonio, derecho que sería totalmente ilusorio, si, por aplicación de dicho principio, el marido tuviera que permanecer en tal supuesto en situación de pasividad; porque siempre estaría justificada la procedencia de los bienes.

Los principios generales de derecho no pueden ser aplicados cuando existen excepciones basadas en preceptos legales.

Considerando: Que igualmente ha de ser rechazado el motivo tercero y último, articulado por igual cauce procesal, por infracción, por violación, del artículo 1.274 del Código Civil: *porque la argumentación de la recurrente de que el consignarse en la sentencia recurrida que la compraventa encubrió una donación, ello implica que la causa para la parte vendedora no fue el precio, sino su pura liberalidad, se formula sin tener en cuenta la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, conforme a la cual, dicha parte contratante percibió el precio fijado a la finca; por tanto, la causa de dicho negocio jurídico fue para la vendedora la normal establecida en el concepto mencionado; el fallo de la sentencia recurrida reconoce plena eficacia jurídica a la compraventa, tan es así, que, acogiendo la pretensión procesal, declara que la finca vendida pertenece íntegramente al actor.*

Argumenta también la recurrente que no fue demandada la vendedora y, por tanto, la relación jurídica procesal fue constituida defectuosamente, la cual no puede desplegar la eficacia que pretende, porque lo que propiamente fue alegado y discutido en el precepto fue la justificación o no de la adquisición de la finca por aquella, y no, como en autos se expresó, la eficacia de la compraventa, ni así lo determinó la voluntad de vender fue la de enajenar, para que precisamente los cónyuges adquirieran la finca en proindiviso y por la mitad, cada uno; por tanto, la pretensión procesal, tutelada por la sentencia recurrida, no afecta para nada a la vendedora y hay que tener en cuenta que el litis consorcio pa-

sivo necesario ha de derivar de la relación jurídica material objeto del proceso y que persigue la finalidad de que la resolución que se dicte pueda hacerse extensiva a todos los interesados.

Por todo lo expresado, procede *desestimar* el recurso, con el pronunciamiento en cuanto a las costas y el depósito constituido, que se establece en el artículo 1.748 de la Ley Procesal ya mencionada.

J. C. G.

V. SUCESIONES

PETICION DE HERENCIA. NULIDAD DE COMPRAVENTA DE FINCA GANANCIAL POR EL VIUDO A UN EXTRAÑO SIN PREVIA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. ARTICULO 399 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1970.)

Vendida por el viudo, sin previa liquidación de la sociedad de gananciales ni, por tanto, adjudicación de bienes relictos de su difunta esposa, una finca ganancial a un extraño, el demandado, apelante y recurrente, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Vigo estima en parte la demanda de los actores, apelados y recurridos, hijos del vendedor y de la causante, declarando la nulidad radical y absoluta de la compraventa con recíproca restitución de las prestaciones—precio y finca—y la cancelación de los asientos registrales practicados como consecuencia de ella. Confirmada íntegramente dicha sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, fundado en las siguientes razones:

Que el primer motivo del recurso comparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denunciando el error de hecho en la apreciación de la prueba sobre la base de unas certificaciones del Registro de la Propiedad obrantes en autos, de las que el recurrente no hace mención de ser «auténticos», cualidad ésta exigible de todo punto en la técnica del error de hecho, se hace inadmisibile, ya que es doctrina establecida por este Tribunal que las certificaciones del Registro, no obstante su carácter de documento público, sólo hacen fe con su autenticidad jurídico-procesal, con referencia al hecho de la inscripción, pero no respecto al contenido de las manifestaciones que se hayan hecho en los documentos que las causen, que han de ser valorados en relación con los demás elementos de prueba—Sentencia de 26 de octubre de 1961—, entre otras, y como en el presente caso el asiento registral que certifican aquellos documentos no constituyen en el aspecto que interesa al recurrente, más que una mención derivativa de otro documento, que, además de no haberse traído a los autos, no acredita por sí sola una verdad intrínseca, es obvio que no puede asignárseles a las mencionadas certificaciones el carácter de documento auténtico, y de consecuencia resultan inoperantes para acreditar el error de hecho, pero es que habrían de estar ellos investidos de la autenticidad exigida, y tampoco serían eficaces en relación con lo pretendido en el motivo que se analiza, por cuanto dichos documentos no se oponen por sí mismos a los hechos sentados por los juzgadores de instancia, que no desconocen o niegan lo acreditado en los mismos, aunque lo estiman intrascendente a los efectos de la solución del pleito, pues lo que declara la sentencia recurrida, al igual que la dictada en el primer grado de la instancia, acep-

tada íntegramente por aquélla, no es otra cosa que el haberse enajenado por el demandado y recurrente una parte material concreta de una finca determinada sin haberse llevado a cabo las adjudicaciones correspondientes a los diversos sujetos que constituyen la comunidad, premisa esta que no contradice en modo alguno el contenido de aquellos documentos que sólo exteriorizan la participación de una cuota ideal para los comuneros, por todo lo cual resulta inviable este primer motivo, y de consecuencias declina también el ordinal tercero, que denuncia la infracción del artículo 399 del Código Civil, sobre la base de un hecho que no ha tenido éxito en el motivo anterior.

Que el motivo segundo denuncia la infracción por violación del artículo 34, así como del primero en su párrafo tercero, y del 38 en su párrafo segundo, todos ellos de la vigente Ley Hipotecaria, respecto de los cuales no se suscitó cuestión alguna en el proceso, pues ni siquiera aparecen sancionados tales preceptos en los escritos de las partes, y como, además, la acción que se ejercita no se constriñe al ámbito hipotecario, sino que abarca y tiene su encaje en el contenido amplio del Derecho Civil, es lo cierto que ninguno de ellos puede ser aplicado a la cuestión planteada y resuelta en la sentencia que se recurre, ya que a ésta no le afecta el concepto de «tercero», que define el artículo 34-2.º, y que en el presente caso tampoco concurre en el adquirente; ni tampoco se da el presupuesto de aplicación de la medida que establece el artículo 34-2.º de la mencionada Ley, porque la «acción contradictoria» del derecho inscrito que señala el precepto debe entenderse referido a una acción que contradice la consistencia propia del título inscrito, y sólo, por consecuencia, la del derecho que por virtud del mismo figure registrado, y en el caso de este litigio, como el asiento no es contradictorio con lo establecido en la sentencia, ni la acción ejercitada origina disparidad ni oposición con el título, es obvio que este precepto, al igual que los demás que originan el motivo que se estudia, resultan intrascendentes, por lo que ha de rechazarse.

Que el motivo cuarto plantea una cuestión nueva no discutida ni alegada en la litis, cual es la relacionada con la «venta de cosa ajena», que el recurrente la fundamenta en el recurso en unos preceptos del Código Civil, ninguno de los cuales tampoco fueron aducidos en los escritos fundamentales del pleito, por lo que, fijados en éstos el ámbito del proceso y de la jurisdicción por el principio dispositivo que rige su planteamiento, y en virtud del cual son las partes las que determinan las cuestiones sometidas a discusión, surge como consecuencia inevitable la necesidad de no variar su contenido, añadiendo que, por no haber sido alegadas ni debatidas en la litis, sería ya imposible ofrecer las alegaciones y pruebas que pudieran desvirtuarlas, razón por la cual la Ley Procesal Civil, encargada de establecer las garantías de acierto en la actuación jurídica, orden en el número quinto del artículo 1.729 la no admisión del recurso extraordinario de casación cuando la Ley o doctrina en que se apoya se refieran a cuestiones nuevas no controvertidas en el proceso, sin que ello quede afectado por aquella mención esporádica contenida en la sentencia recurrida, porque, debiendo reputarse como cuestiones nuevas a todos los efectos, como ha recordado la jurisprudencia—Sentencia de 4 de junio de 1947, entre otras—, las cuestiones con posterioridad a los períodos de alegación y discusión, es obvio que ha de desestimarse el motivo, como cuando en el presente caso incide éste en el error de alterar los hechos litigiosos aduciendo, ahora por primera vez, cuestiones y preceptos legales que no lo fueron en la instancia, y que al traerlos ahora a debate como fundamento de la casación, son rechazables, y ello con tanta más razón y fundamento cuanto que la pretensión objeto del motivo lleva en sí una petición que ni fue aducida como excepción, ni mucho

menos, como era obligado, por medio de reconvención, por todo lo cual, y al declararse la inviabilidad de todos los motivos del recurso, ha de desestimarse éste, en el que han de tenerse en cuenta las consecuencias derivadas del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TITULOS NOBILIARIOS. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO.
(SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1970.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelante, confirmando, en consecuencia, la sentencia dictada por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había estimado la falta de litis consorcio necesario, lo que impedía entrar en el fondo del asunto, al no haber sido demandado uno de los hijos entre quienes el causante había distribuido sus títulos nobiliarios.

Considerando: Que nacida la incongruencia de la disconformidad o inadecuación del fallo, parte dispositiva de la sentencia, con las pretensiones de las partes litigantes en autos, oportunamente deducidas como *petitum* de la demanda, ya como excepción o reconvención, que juntamente con las respectivas oposiciones, las delimitan o acotan, constituyendo el objeto del proceso, es claro no puede darse tal vicio cuando, como en el caso de autos, la sentencia, al estimar el Tribunal de instancia mal constituida la relación jurídico-procesal, no conoció, ni, por tanto, resolvió, tal como se expresa en su fallo, «de las cuestiones de fondo planteadas», que hay que entender igualmente referidas a la que era objeto de demanda como de reconvención, y, consecuentemente, ante la falta del señalado requisito previo, que impide calificar el fondo de las respectivas pretensiones, absolución a instancia, estimar absueltos a los demandados en relación a la demanda, como al actor, en cuanto a la reconvención, formulado al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, de preferente examen a los que le preceden, ante la especial naturaleza de la invocada infracción.

Considerando: Que denunciada por el motivo primero del recurso, acogido al propio ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la inaplicación de la doctrina legal a que hacen referencia las sentencias que se citan, remitida en síntesis a la necesaria presencia en la litis de aquellas personas a quienes la resolución pudiera afectar a virtud de una litis consorcio pasiva necesaria, deducido, a *contrario sensu*, de ser demandados los únicos interesados, quiebra, sin más que tener en cuenta las concretas pretensiones del actor, recogidas en el suplico de la demanda, conforme al cual, se trata de declarar ajustadas a derecho o conformada legalmente, la distribución, que entre sus legítimos hijos, don J., don M. y don A., hizo don J. S. Q., de los títulos de marqués de P. con Grandeza de España, conde de V. de M. y marqués de C. S., y, en su consecuencia, el mejor derecho del demandante, frente a todos los demandados, para llevar, usar y poseer el título últimamente expresado, con la consiguiente nulidad de la cesión que de dicho Marquesado otorgó don J. S. A. de Q., primogénito del distribuyente, a favor de su hijo don J. M. S. y G. de A., y, por tanto, cual se afirma en la sentencia recurrida, teniendo interés en el pleito los tres expresados hijos, y no aparecer entre los demandados el segundo de ellos, don M. S. A. de Q., el que en la distribución es beneficiario del título de conde de U. de M., de tal

modo constituido en cabeza de línea sucesoria, sin acreditar en autos, como el propio recurrente reconoce, su fallecimiento, con lo que es claro se trabó mal la litis, y constituyó defectuosamente la relación jurídico-procesal, sin que lo suploca el haber traído como demandada a doña I. S. Z., cuando tampoco se acredita el carácter con el que lo es, ni el que pudiera serle favorable la resolución que en su día se dictase, que lo habría de ser en ausencia, tanto del expresado don M. S. como de sus sucesores, a los que afectaría al resolver sobre la demanda y reconvencción, dicha resolución y pudiera alcanzar los efectos de la cosa juzgada con merma de sus posibles derechos, no ya al título que la misma ostenta, sino al que es objeto principal de controversia en litis, en su consecuencia, el Tribunal de instancia no desconoció y, consecuentemente, aplicó correctamente la señalada doctrina, al apreciar y hacer valer en oficio la falta de litis consorcio pasivo necesario, por no intervenir en la controversia todos los interesados; con lo que parece este primer motivo del recurso, haciendo sucumbir los demás formulados, al no ser sino derivaciones consecuentes al mismo.

TITULOS NOBILIARIOS. PRESUNCION DE COSA JUZGADA. ARTICULO 1.252 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1970.)

El artículo 1.252 del Código Civil, y más concretamente su párrafo final, es aplicable a las sentencias dictadas en pleitos sobre títulos nobiliarios.

NOTA.—Reitera la doctrina de las Sentencias de 15 de febrero de 1921 y de 30 de junio de 1924, entre otras.

CONTADORES-PARTIDORES. EXTINCION DE SU «MANDATO» POR TRANSCURSO DEL TIEMPO. ARTICULO 910 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1970.)

El transcurso del término taxativamente señalado por el testador determina la extinción del *mandato* conferido a los contadores-partidores.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que para enjuiciar con acierto las cuestiones planteadas en el recurso hay que partir necesariamente de las premisas establecidas por la sentencia recurrida como base de su razonamiento de las cuales resultan las siguientes afirmaciones: a) Que no existe partición testamentaria realizada por el causante, desde el momento en que éste encargó de realizarla mancomunadamente a tres contadores-partidores, si bien con sujeción a ciertas adjudicaciones hechas por él mismo. b) Que tampoco la realizada por dichos comisarios es eficaz, porque una sentencia firme tiene declarada su nulidad como consecuencia de haber sido previamente declaradas nulas varias cláusulas testamentarias, unas por referirse a bienes que no pertenecían al testador y otras por ser su contenido contrario a la ley. c) Que en la misma sentencia se acordó que se procediera a realizar una nueva partición previo inventario de los bienes

que realmente pertenecieron al causante. d) Que la segunda partición es igualmente ineficaz por haberse practicado con la doble causa de nulidad^d de haber prescindido dos de los contadores-partidores del tercero mancomunadamente nombrado por el testador y porque había expirado el término del mandato que limitativamente les había otorgado sin haber pedido ni obtenido prórroga legal.

Considerando: Que, frente a esta construcción de la sentencia, el primer motivo del recurso se limita a invocar el párrafo primero del artículo 1.056 del Código Civil, sobre la base de su propia y privativa interpretación de que el testamento contenía una partición válida, cuando esta Sala ha reiterado hasta la saciedad que la interpretación es en principio facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación salvo cuando se evidencia que tal interpretación infringe notoriamente algunas de las normas legales de hermenéutica, lo que aquí se ha hecho, máxime cuando esa interpretación está respaldada por las declaraciones de una sentencia firme, por lo que debe desestimarse este motivo.

Considerando: Que el motivo segundo insiste en la misma interpretación invocando ahora el artículo 675 del propio Código, que remite al sentido literal de las palabras, olvidándose de que en la cláusula sexta designa el testador comisarios contadores-partidores para que mancomunadamente, por mayoría, dentro del plazo de los seis meses siguientes al fallecimiento del causante, entreguen los legados y verifiquen la totalidad de las operaciones particionales con arreglo a este testamento hasta dejar adjudicados los bienes de la herencia y olvidándose igualmente de la doble nulidad de alguna de las adjudicaciones y de la consiguiente partición y, además, de la obligación judicialmente impuesta de proceder a nueva partición, por cuyas razones y por las expuestas en el Considerando anterior, hay que desestimarlos.

Considerando: Que los motivos tercero y cuarto, en abierta contradicción con los anteriores, adopta la posición de recordar que existe la sentencia firme, anteriormente aludida, en la que se dice que debe procederse a la práctica de nuevas operaciones particionales sobre la base de formalizar previamente el inventario de los bienes que fueren realmente de propiedad del causante (que es precisamente de lo que se trata) y propugne la validez de la segunda partición protocolizada el 7 de marzo de 1968; pero lo que no dice aquella sentencia es que dicha partición tuvieran que hacerla, como se pretende en este motivo, los mismos contadores-partidores cuyo mandato se había extinguido por el transcurso del término taxativamente señalado por el testador—artículo 910 del Código Civil—, y que si efectuaron una partición nula es como si no hubieran realizado ninguna, por lo que el único cauce legalmente posible es el del juicio de testamentaría, a falta de acuerdo entre los interesados.

Comentario.—Se llama la atención sobre la distinción entre la partición y las simples bases o normas particionales, el alcance de la mancomunación en las facultades de los contadores-partidores, la calificación de su cometido como «mandato» y la extinción del mismo por el transcurso del plazo fijado por el testador sin haber pedido ni obtenido prórroga legal.

En este último punto parece que la sentencia se muestra partidaria de que la prórroga procede en todo caso, aunque el testador haya señalado el término «limitativamente», lo que, en verdad, parece ser contrario a la voluntad del testador deducida de esa misma limitación.

ACCION DE NULIDAD DE TESTAMENTO. DOLO. LEGITIMACION ACTIVA. ARTICULOS 673 Y 913 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Están legitimados para pedir la nulidad del testamento los interesados en la apertura de la sucesión intestada, sin necesidad de que hayan solicitado previamente la declaración de herederos.

Hechos.—Doña S. P. B. murió suicidándose, auxiliada por su marido, bajo testamento notarial en el que, careciendo de descendientes y ascendientes, instituía único heredero a su esposo, el actual demandado, apelante y recurrente.

Condenado el marido heredero de su esposa como autor responsable de un delito de auxilio al suicidio en la persona de su esposa a la pena de doce años de prisión mayor, un sobrino carnal de la testadora demanda la nulidad del testamento por la causa de indignidad concurrente en el marido a que se refiere el número 2.º del artículo 756 del Código Civil, «por haber sido otorgado con violencia, dolo o fraude» (*sic*).

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante declaró la nulidad del testamento por *dolo*, sentencia confirmada por la de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia y luego por el Tribunal Supremo, que, en ponencia del Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, desestima el recurso interpuesto por infracción de ley, según los siguientes razonamientos:

Considerando: Que la legitimación activa para obtener la nulidad de un testamento, conforme al artículo 673 del Código Civil, corresponde a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión intestada, por hallarse comprendidas entre los presuntos beneficiarios a que se refiere el artículo 913 de dicho Cuerpo legal, sin que en ningún caso pueda exigírseles haber solicitado previamente la oportuna declaración de herederos, porque, de acuerdo con las disposiciones vigentes, para conseguir esta declaración es indispensable aportar con el escrito que a tal fin se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia el certificado del Registro General de Actas de Última Voluntad, que acredite debidamente que la persona de que se trata falleció sin testar, por no poder abrirse en otro caso la sucesión legítima, según las normas contenidas en el artículo 912 del mencionado Código y en el 960, número 2 de la Ley de Trámites, que únicamente son aplicables al supuesto de una herencia yacente sin herederos conocidos, por lo que, si se estimase que dicha resolución judicial constituye un requisito previo para reclamar la nulidad de una disposición testamentaria, el ejercicio de esta acción resultaría imposible, dándose lugar a una interpretación que, por absurda, debe rechazarse, habiéndolo entendido así la jurisprudencia de esta Sala, al declarar en las Sentencias de 5 de julio de 1893 y 13 de octubre de 1934 que basta el carácter de posible heredero legítimo para poder ejercitar esta clase de acciones, sin que obste la existencia de otras personas con derecho preferente.

Considerando: Que al declararse probado en la sentencia recurrida que el actor es sobrino carnal de la otorgante del testamento de 2 de junio de 1954, y al haberse acogido en ella la pretensión de nulidad que contiene la súplica del escrito que dio origen al proceso de que estas actuaciones dimanen, no se incurrió, por parte del Tribunal *a quo*, en las infracciones que, con apoyo en el número 1 del referido artículo 1.692, se denuncian en el tercer motivo del recurso, que en su consecuencia debe ser rechazado, por no poderse negar a dicho señor la facultad de

ejercitar la acción del artículo 673 del Código Civil, ni el interés legítimo de que goza a tal fin, dados los vínculos de parentesco por línea colateral, con o sin derecho de representación, que le unían con la causante y que le otorga la condición de heredero abintestado, conforme a lo dispuesto en los artículos 913, 921, 925 párrafo segundo, 946 y 948 de la indicada Ley sustantiva, sobre todo, cuando el mismo no actuó exclusivamente en su propio nombre, sino en beneficio de la herencia, como se hace constar expresamente en el encabezamiento de la demanda, y cuando no estaba obligado a reclamar conjuntamente con la pretensión de nulidad del testamento la declaración de herederos, por ser meramente potestativa y no imperativa la acumulación de acciones en nuestro Ordenamiento positivo, según claramente se desprende del sentido literal de los artículos 153, 155 y 156 de la Ley de Procedimientos Civiles.

Considerando: Que la misma suerte debe correr el motivo segundo del recurso, encauzado por el número uno del repetido artículo 1.692: primero, porque, al no haberse alegado por el demandado en el período positivo del pleito la excepción a que el motivo se refiere, su extemporánea invocación en este trance procesal le hace incidir en la causa de inadmisión señalada por el número 5 del artículo 1.729 y le convierte en desestimable en esta fase decisoria; segundo, porque la ausencia en el litigio de personas que pudieran tener interés análogo al del actor en el éxito de su demanda, no puede en forma alguna viciar la constitución de las actuaciones por falta de litis consorcio necesario pasivo, como el recurrente pretende, sino por defectuosa convocatoria de los elementos subjetivos que con el carácter de *activos* deben integrarse en la relación jurídico-procesal, excepción completamente distinta de la planteada en el motivo, y tercero, porque en último caso, según criterio mantenido por esta Sala de forma constante y uniforme, cualquiera de los herederos condóminos o comuneros, mientras la cosa permanece indivisa, tiene acción y puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad, sin que ni por la Ley, ni por la jurisprudencia, se haya exigido la simultánea concurrencia de todos ellos, siempre que, como en este caso ocurre, lo haga en beneficio del interés general (Sentencias de 25 de enero de 1943, 8 de mayo de 1950, 13 de marzo y 18 de abril de 1958), siendo también doctrina inconcusa la de que la sentencia dictada en su favor aproveche a sus compañeros sin que les perjudique la adversa (Sentencias de 18 de diciembre de 1933 y 9 de junio de 1953), de lo que se infiere que, aun cuando en el supuesto aquí controvertido existieran otros herederos distintos del recurrido, no quedarían afectados en su contra por la resolución judicial recaída, por serles favorable el pronunciamiento de nulidad del testamento de 2 de junio de 1954, a efectos del artículo 673 del Código Civil, extremo a que alcanzaría la presunción de cosa juzgada, según el párrafo segundo del 1.252, dado que no puede decidirse en esta resolución si la misma se extiende o no a otros posibles herederos, ni si éstos pudieran ejercitar la acción desestimada por el Juzgado, en atención a lo consignado en el primer Considerando de la sentencia recurrida.

USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER Y SUSTITUCION FIDEI-COMISARIA DE RESIDUO: SUS DIFERENCIAS. ARTICULOS 675, 759 Y 1.058 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Las demandantes, apelantes y recurrentes, sobrinas de la testadora, sostenían la existencia de una institución en usufructo (a favor del viudo) y en nuda propiedad (a favor suyo), con la consecuencia de que el viudo

carecía de facultades para vender bienes inmuebles hereditarios sin haber realizado previamente la liquidación de la sociedad conyugal y las operaciones de testamentaria con el concurso de las nudo-propietarias. Los demandados, sobrinos del viudo luego fallecido, a quienes éste había vendido las fincas confesando recibido el precio en las escrituras públicas, argumentan que existe una sustitución fideicomisaria de residuo, por lo que el viudo podía enajenar válidamente los bienes que previamente se había adjudicado en escritura otorgada por sí solo, sin la concurrencia de las sobrinas de la testadora.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huelva desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Bajo la dirección del Letrado don Alfonso de Cossío se interpuso recurso de casación, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero.—Se articula al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistiendo la infracción que se denuncia en la violación de la norma contenida en el artículo 576 del Código Civil, y doctrina legal establecida, entre otras en las Sentencias de 3 de junio de 1942 y 3 de junio de 1962. La más reciente jurisprudencia de este Alto Tribunal tiene declarado en relación con el artículo 675 del Código Civil que citamos como infringido: «Que sólo cabe sustraerse a interpretar el testamento según el sentido literal de las palabras empleadas, cuando aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, de modo que cuando el sentido de las cláusulas de la testamentaria sea claro, de suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, el juzgador ha de atenerse a ese literal texto (Sentencias de 3 de junio de 1962 y 8 de enero de 1968), debiendo entender las palabras llamamiento, tal como suponen, como decía la Ley quinta, título 33 de la Partida séptima, citada a este particular por la Sentencia de 4 de enero de 1889. Únicamente debe acudir a interpretar la intención del testador contra las palabras que la pretenden expresar, si los términos en que aparece concebido el testamento aparecen ambiguos, dudosos, inciertos, equívocos o inexpressivos (cita Sentencias de 19 de febrero de 1892, 31 de marzo de 1915, 5 de marzo de 1944 y 3 de junio de 1947). Si partimos de la base de esta doctrina y examinamos los términos en que aparece redactada la cláusula tercera del testamento de doña Matilde Castro Alamo, podremos comprobar que los mismos son términos jurídicos de carácter y sentido inequívocos. Se habla no sólo de un usufructo vitalicio, sino también de una nuda propiedad, y no es lícito, por vía argumentativa, convertir en legado o fideicomiso de residuo una doble institución contenida en el testamento de forma terminante y clara, sobre todo, si se tiene en cuenta que se trata de un testamento abierto, redactado por Notario, que, al traducir en términos jurídicos la voluntad que le fue manifestada por la testadora, hubo de valorar correctamente las palabras que empleaba. Consecuencia de ello es, por tanto, la de que los nudos propietarios adquirieron inmediatamente su derecho, que las confiere «un ius tranmisionia» tanto por actos intervivos como mortis causa, ya que se trata de un verdadero derecho subjetivo—la nuda propiedad—y no de una mera expectativa. Es evidente, por tanto, que el usufructo con facultades de disposición en caso de necesidad, constituye una figura jurídica distinta del fideicomiso de residuo, ya que una y otra son susceptibles de producir efectos completamente distintos. En nada modifica las cosas la circunstancia de que en el testamento se diga que el usufructuario, en caso de necesidad, no está obligado a probarlo. El hecho de que le eximiera del cumplimiento del previo requisito de demostrar su necesidad no puede, en ninguna manera,

entenderse en el sentido de que quisiera realmente que los bienes no pasaran a los nudos propietarios más que en el caso de que su marido no los hubiera previa y libremente consumido. El hecho de esa gran confianza otorgada al usufructuario no supone en modo alguno que las facultades de éste fuesen ilimitadas ni pudiesen ser llevadas más allá de los límites que le impusiera su propia necesidad. En el presente caso es obvio que la necesidad no existía, ya que el usufructuario se abstuvo de disponer de los bienes que se había adjudicado en pago de su participación en la sociedad de gananciales, prescindiendo, por otra parte, que la relación de íntimo parentesco que le unía con los compradores hace pensar, unida al carácter confesado del precio, que se trataba tan sólo de un expediente para impedir que en su día las nudas propietarias pudiesen consolidar el dominio sobre tales bienes. El error de la Sala ha sido un error puramente jurídico, y, por tanto, impugnabile por la vía de casación.

Segundo.—Se articula también, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistiendo la infracción en la aplicación indebida de la norma del artículo 759 del Código Civil, con violación de la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de 17 de mayo de 1952 y 24 de enero de 1963. Pretender que la institución objeto de este litigio constituye una institución sometida a condición suspensiva, asimilándola a un legal de residuo, y entendiendo, por tanto, que los llamados nudos propietarios sólo adquirieron a la muerte de la testadora una pura expectativa de derecho, quedando suspendida la adquisición de los bienes a la muerte del usufructuario sin haber dispuesto de ellos, constituye, según hemos visto en el anterior motivo, una errónea interpretación de tales cláusulas, sino el desconocimiento de una doctrina que ha sido con toda claridad por ese Alto Tribunal, en otras, en las sentencia que señalamos en la formulación de este segundo motivo. Cita la resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de febrero de 1957. En realidad, toda la doctrina parte siempre de la base de la interpretación que parezca más conforme y adecuada a los propósitos perseguidos por el testador, el que sólo ofrece su opción posible entre figuras diversas, dotada cada una de efectos jurídicos perfectamente diferenciados, que no es lícito ni siquiera útil confundir, por ello, firme en la expresada doctrina, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de mayo de 1962 después de calificar de usufructo la disposición una institución testamentaria idéntica a la que aquí nos ocupa declara que no es aplicable aquí la norma del artículo 759 del Código Civil, por no entrar en juego con una verdadera condición suspensiva.

Tercero.—Se articula igualmente al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistiendo la infracción en la violación de la norma contenida en el artículo 1.058 del Código Civil, en relación con el 491, párrafo primero del citado Cuerpo legal. Las operaciones particionales exigen para su eficacia y validez la intervención de todos los herederos, y en el presente caso han sido efectuadas unilateralmente, en ausencia de los nudos propietarios, por el usufructuario vitalicio, que no puede, en virtud de la doctrina jurisprudencial constante, ser considerado como verdadero heredero, habremos, forzosamente, de llegar a la conclusión de que la herencia se encuentra indivisa, y, por tanto, que no es posible en estado de comunidad llevar a cabo actos de disposición sobre bienes concretos, lo que nos conduce, naturalmente, a fundamentar el siguiente motivo del recurso.

Cuarto.—Se articula, como los anteriores, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistiendo la

infracción en relación de la norma del artículo 1.068 del Código Civil. Es evidente, y doctrina admitida de manera unánime por la jurisprudencia y la doctrina, que los bienes de una herencia, en tanto que ésta no haya sido dividida materialmente, se integran en una comunidad de peculiar naturaleza, se ha hablado de una comunidad de tipo germánico cuya particular característica es la de no implicar atribución de cuotas parte a los herederos, los cuales únicamente ostentan, hasta que la partición se realiza, un derecho tiepeditario *in abstracto*, careciendo, por tanto, de derechos concretos sobre bienes determinados de la herencia. No es posible, por tanto, llevar a cabo eficazmente un acto dispositivo con efectos reales. Sobre una finca que forma parte del haber hereditario en cuanto la misma no haya sido todavía adjudicada al vendedor, puesto que su derecho concreto no nace con la muerte del causante, sino con el acto de adjudicación, según dispone el artículo 1.068 del Código Civil que hemos señalado como infringido en este motivo. No nos encontramos aquí, contra lo que se sostiene en la sentencia recurrida, ante un caso de heredero único, que automáticamente, y por el mero hecho del fallecimiento del testador, se adjudican todos los bienes concretos, sino ante dos llamamientos simultáneos, uno a favor del usufructuario y otro a favor de los herederos nudo propietarios. Al no existir partición de los bienes, es obvio que don Hilario no podía en modo alguno disponer de ninguno de ellos.

Quinto.—Amparado igualmente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistiendo la infracción en la violación de la norma del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. El precepto que señalamos infringido, que, como es sabido, consagra con el llamado principio del tracto sucesivo el de la titularidad registral, ha sido violado en el presente caso, en cuanto no sólo se accedió a inscribir en el Registro una escritura unilateralmente otorgada por el usufructuario, sin intervención de los demás herederos, sino que, fundándose en este asiento, se ha inscrito también una compraventa de bienes, que todavía no habían sido partidos, sin la intervención de los herederos, lo que le privaba de toda eficacia real.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara haber lugar al recurso de casación y casa la sentencia dictada por la Audiencia, conforme a los siguientes fundamentos:

Considerando: Que el problema que el recurso plantea está solamente integrado por la determinación de cuál sea el carácter de las actoras recurrentes, si herederas directas o fideicomisarias de residuo, en la sucesión de la causante, con vista del testamento que otorgó en 2 de enero de 1941, en cuya cláusula tercera declaró heredero usufructuario vitalicio a su esposo, con facultad de disponer por actos inter vivos, si lo necesitaba, sin precisión de justificarlo y herederos en la nuda propiedad de sus bienes a sus sobrinas, actoras hoy recurrentes, pues de que se estime lo primero, los actos realizados por el viudo, sin intervención de los herederos, no son eficaces en derecho, y de apreciarse lo segundo tienen validez, porque las recurrentes sólo tenían una expectativa de derecho, eficaz a la muerte del fiduciario, no antes de que ocurriera.

Considerando: Que no se puede identificar el usufructo con facultad de disposición con el fideicomiso de residuo, cualesquiera que sean sus analogías, porque en dicho usufructo el titular tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de disponer *mortis causa* y, además, porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda

propiedad no hace un doble llamamiento, directo e indirecto respecto de la misma cosa, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio.

Considerando: Que aunque es norma general que en la interpretación de las cláusulas testamentarias tiene el Tribunal criterio prevalente, ello no es tan absoluto que impida el acceso a la casación de tal criterio interpretativo, cuando el error pueda ser manifiesto, porque se interprete lo que realmente no lo requiere, por ser el sentido literal de la disposición tan claro, que su sola lectura exprese la intención del testador, lo que permite en el caso debatido tratar la materia, y de la lectura de tal cláusula tercera del testamento aparece evidenciado que con las atribuciones de usufructo vitalicio con facultad de disponer al viudo, y nuda propiedad a las sobrinas, que consolidarían el dominio a la muerte del usufructuario, se hicieran dos designaciones de herederos, instituyendo simultánea e inmediatamente, no de modo sucesivo, al esposo y a las sobrinas, aunque el llamamiento fuese distinto, usufructo de disposición y nuda propiedad, y que tal llamamiento constituye una verdadera y propia institución de herederos única, aunque se encuentre restringida a la nuda propiedad y que separadamente se haya atribuido el usufructo a otra persona, imponiendo una carta temporal, que no fracciona la universalidad del llamamiento, en el que concurren las dos liberalidades, la de la nuda propiedad y el usufructo, y por ellas ambas se adquieren a la muerte de la causante independientemente, sin orden ni relación sucesiva, por lo que los nudo propietarios adquieren, desde luego, un derecho sobre los bienes, cuya efectividad se halla aplazada, pero no condicionada a la muerte del usufructo, y cuyo derecho se perfecciona y consuma con la muerte de la causante, sin que el usufructo de disposición altere tal estado de derecho, pues aquél no altera la naturaleza del usufructo con relación a los bienes de que no haya dispuesto, por todo lo cual hay que estimar que estuvo presente en el patrimonio de los nudo propietarios el derecho a la sucesión desde la muerte de la causante, en 30 de mayo de 1966, siendo por tal herederos directos y no fideicomisarios de residuo, lo que obliga a la estimación de los dos primeros motivos del recurso, el primero por violación del artículo 675, y el segundo, por aplicación indebida del 759 del Código Civil y violación de la doctrina legal que cita.

Considerando: Que estimado el carácter de herederas directas de las recurrentes en la herencia de doña Emilia Castro y no habiendo intervenido en la distribución de sus bienes, que efectuó el viudo, resulta infringido, por falta de tal intervención, el artículo 1.058 del Código, y es ineficaz, por ser precisa para la validez de la misma, la participación de todos los interesados en la herencia, lo que hace necesaria la estimación del motivo tercero, por violación del artículo citado en relación con el 491, 1.º, del Código, así como la de los 4.º y 5.º, ya que es ineficaz la partición de las fincas, que se han vendido como propias del recurrente, perteneciendo al haber hereditario no dividido y por tal sin atribución de propiedad el vendedor, devienen nulos, así como las inscripciones que las mismas causaron en el Registro de la Propiedad, por falta del tracto anterior, como afirman los motivos citados, por violación del artículo 1.068 del Código y 20 de la Ley Hipotecaria, todo lo que conduce a la estimación del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida, mandando devolver el depósito constituido y sin hacer expresa condena de costas.

Y en su segunda sentencia declara la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia otorgada por el viudo únicamente y las de compraventa a favor de sus sobrinos, con la consiguiente cancelación de las inscripciones registrales. «al tener las actoras recurrentes el carácter de herederas directas y no el de fideicomisarias de residuo, y no haber tenido intervención en la escritura de distribución de los bienes hereditarios, como manda el artículo 1.058 del Código, por lo que tal distribución de bienes es ineficaz, y como consecuencia de tal ineficacia, la de la venta posterior que de fincas de tal herencia, no dividida legalmente, na hecho el viudo, sin tener atribuida la propiedad de las mismas, según el artículo 1.068 del Código, por lo que se hace obligada la revocación de la sentencia de Primera Instancia».

Comentario.—La cláusula testamentaria es del siguiente tenor literal:

«*Tercero.*—De todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros instituye heredero en usufructo vitalicio, relevado de prestar fianza, a su marido, don H. M. P., con la condición de que si su citado marido tuviese necesidad de ello pueda disponer de todos o parte de los bienes que hereda de la testadora, por actos *inter vivos*, sin que esa necesidad tenga que justificarla ante nadie, basta sólo que él lo manifieste. De la nuda propiedad de sus bienes instituye herederos, en quienes se consolidará el pleno dominio al fallecimiento del usufructuario, por partes iguales, a sus sobrinas E. y B. A. C., hijas de su difunta hermana doña E., siendo su voluntad que si llegan a herederas sus expresadas sobrinas viviendo su padre, don M. A., aun cuando estén casadas y sean mayores de edad, no puedan las mismas administrar lo que hereden hasta que fallezca su padre, y hasta que esto ocurra administrará dicha herencia don I. J. G., no pudiendo sus herederas pedirle cuenta de la administración, teniendo que conformarse las mismas con lo que les entregue el expresado señor. Al fallecer su padre entrarán en poder de la herencia.»

Sabido es las dificultades que plantea, más que la distinción entre ambas figuras jurídicas, la indagación de cuál de ellas es la que verdaderamente desea ordenar el testador. Para ello hay que ponderar, desde luego, las circunstancias de cada caso: móviles del testador, si trata sólo de prevenir la circunstancia de que su cónyuge muera intestado o si trata de evitar que los bienes vayan a parar a determinadas personas (generalmente parientes por afinidad), posibles recelos o desconfianzas del mismo, importancia y composición del caudal, parentesco entre todos los interesados en la sucesión y entre ellos y el testador, etc. Parece, por regla general, que cuando el testador tiene hijos es más indicado el usufructo con facultad de disponer a favor del cónyuge, mientras que cuando tiene sobrinos y desea favorecer a su consorte verdaderamente, teniendo plena confianza en el mismo, lo aconsejable es el fideicomiso de residuo, que refuerza la posición del viudo. En el primer caso, cuando se trata de reforzar la jefatura familiar del viudo en Derecho común, una de las fórmulas posibles podría ser la siguiente: «Instituye heredero (o legatario) universal vitalicio, con relevación de fianza, a su querido esposo..., quien, en caso de necesidad, acreditada notarialmente, podrá disponer, enajenar y gravar por actos entre vivos, a título oneroso y con cargo al tercio libre, cualesquiera bienes, muebles e inmuebles, con la obligación (o con la carga) de subrogar únicamente la contraprestación no consumida. Los bienes se mantendrán indivisos mientras viva su citado esposo, salvo conformidad de éste en hacer la partición.» Cláusula que se complementa, con las adecuadas cautelas, en la de institución a favor de los hijos.

Las diferencias en las que abunda esta sentencia entre usufructo con facultad de disponer y sustitución fideicomisaria de residuo parece que son:

1) El usufructuario y los nudo propietarios son herederos directos y simultáneos, hay concurrencia entre ellos; mientras que el fiduciario es heredero directo, pero los fideicomisarios son herederos indirectos o sucesivos.

2) Consecuencia de lo anterior es que los nudo propietarios deben intervenir, junto con el usufructuario, en las operaciones particionales, mientras que no es precisa la intervención de los fideicomisarios.

3) Además, el usufructuario es titular de un derecho en cosa ajena (incluso aunque tenga la facultad de disponer, si bien esto se discute), mientras que el fiduciario es propietario.

4) En el primer caso hay delación simultánea de dos derechos que se complementan, mientras que en el fideicomiso hay delaciones sucesivas de dos derechos que en principio se excluyen, ya que no pueden existir simultáneamente.

5) Los nudo propietarios tienen aplazado su derecho de disfrute o goce, mientras que los fideicomisarios de residuo tienen condicionado su derecho de propiedad (según la misma construcción del Tribunal Supremo).

F. C. L.