

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
ELÍAS IZQUIERDO MONTORO,
JOSÉ CERDÁ GIMENO
Y FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

COMPRA DE FINCA POR EL MARIDO CON MANIFESTACION DE LA ESPOSA DE QUE EL DINERO DEL PRECIO ERA PRIVATIVO DE AQUEL, SIN ACREDITARLO. Inscripción como ganancial (en el año 1926). Inscripción posterior como privativa por haberse acreditado la procedencia del dinero del precio. Disposición o venta por el marido. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1969.)

La demanda alegó fundamentalmente: Que don L. E., adquirió en estado de casado con doña C. B., mediante escritura pública de compraventa otorgada en 10 de febrero de 1926, una finca urbana, que fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad como de la sociedad conyugal, a pesar de las manifestaciones hechas en dicho instrumento público, referentes a la procedencia del dinero para dicha compra y que eran que el precio procedía de venta de valores que realizó el marido estando soltero.

Que la actora y su hermana eran hijas legítimas y únicas del matrimonio formado por don L. E. y doña C. B. Que doña C. había fallecido dejando como universales herederas a sus hijas. Que ocurrido el fallecimiento de la señora B., quedó disuelta por imperio de la Ley, la sociedad de gananciales, quedando los bienes de la misma, en situación jurídica de comunidad y proindivisión; que no se llegaron a efectuar ni operaciones particionales y liquidación de la sociedad conyugal, por acuerdo de los interesados en la referida comunidad. Que en dicho estado de cosas se llevó a efecto por don L. E. la enajenación de la finca urbana referida. Trataron los compradores y demandados

de obtener la correspondiente inscripción a su nombre, lo que no obtuvieron por no figurar la finca inscrita como propia del vendedor y no acreditarse el extremo de ser de la exclusiva propiedad del comprador el dinero con que se llevó a efecto la compra anterior, haciéndose la correspondiente anotación por el Registro, sin que dentro de término fueran subsanados los defectos señalados. Que la actora, a la vista de la posición registral y lo que conocía por manifestaciones verbales y también escritas de su padre, entre ellas la carta que acompañaba, promovió en contra de los demandados, juicio de conciliación que tuvo lugar sin efecto por incomparecencia de dichos demandados. Que don L. E. falleció, dejando como únicas y universales herederas a sus dos hijas doña M. de las M. y doña C. E. Que ocurrido el óbito del señor E. y habiendo desoido los compradores la posibilidad de un arreglo extrajudicial, no quedaba a la demandante otra solución que acudir a la vía judicial, y al solicitar para ello nota actualizada del Registro de la Propiedad de la expedida en 6 de diciembre de 1965, con su adición del 22 de abril de 1966, observó que la compra llevada a cabo a favor de los demandados había tenido acceso al Registro con inscripción 9.ª del dominio, después de lograrse por dichos compradores una inscripción intermedia de la propia finca, a nombre exclusivamente de don L. E., como bien de carácter patrimonial privativo, inscripción que estaba en contra de las anteriores manifestaciones de los mismos propietarios y del señor E. a sus hijas, constantes en el Registro, sin que en ningún momento el señor E. hubiera intentado subsanar dicho estado de cosas, antes al contrario siempre manifestó el carácter ganancial de la cosa objeto de autos. Terminó con la súplica de que se dictase sentencia en su día estimando la demanda, y declarando nula y sin ningún valor ni efecto legal, la escritura pública de compraventa, otorgada por don L. E. a favor de los demandados en 24 de marzo de 1966, con referencia a la finca urbana expresada y nula, por tanto, la inscripción 9.ª de dominio operada a favor de dichos compradores en el Registro de la Propiedad del partido.

Los demandados contestaron y se opusieron a la demanda, exponiendo sustancialmente como hechos: Que negaba todos los hechos de la demanda en cuanto no fueran expresamente reconocidos en la contestación; que don L. E., había adquirido mediante escritura pública de compraventa, otorgada ante Notario en 10 de febrero de 1926, la finca objeto del litigio, compareciendo en el acto de la compraventa, su esposa doña C. B., para confirmar la declaración de aquél de que el metálico con que adquiriría la casa citada, era de su exclusiva propiedad, pues procedía de la venta de títulos de la Deuda Perpetua al 4 por 100 interior, realizada por mediación del Banco de España cuando aún estaba soltero; que doña C. B. falleció en estado de divorciada en 1935, no habiendo modificado en ningún momento la anterior manifestación; que la casa objeto de litigio, fue inscrita haciéndose constar las declaraciones hechas en el acto de la compraventa, considerándose dicha adquisición presuntivamente como ganancial, sin que el asiento efectuado prejuzgara el carácter de tales bienes; que posteriormente se acreditó documentalmente que el precio de dicha compra era de la exclusiva propiedad del esposo, practicándose la inscripción como bien privativo de éste; que en fecha 24 de marzo de 1965, el apoderado del señor E., vendió a los demandados la casa objeto de autos, produciéndose la inscripción 9.ª a favor de los mismos, hechos que estaban acreditados en el documento número 13 aportado por la actora; que la actora doña M. y doña C. E., habían aceptado la herencia de su madre, efectuando actos dispositivos de dicha causante; que en contra de lo afirmado de adverso hacía constar que no era cierto que la tramitación del nuevo asiento realizado

por el Registrador de la Propiedad, se llevase a cabo, después de tener conocimiento del acto de conciliación, ya que dicho asiento era de fecha 21 de junio de 1966, y el acto de conciliación era de 22 de marzo de 1967; que el señor E. no había fallecido cuando se produjo el asiento en que se consideraba como bien privativo de éste la casa objeto de litigio; que el señor E. falleció el 20 de marzo de 1967, es decir, dos días antes de la fecha del acto de conciliación; que la interpretación dada por la actora a la carta a que se refería el correlativo era errónea y en contra de reiterada jurisprudencia de esta Sala que establece que nadie puede ir en contra de sus propios actos—sentencias de 2 de febrero de 1951, en relación con la de 30 de junio de 1948, entre otras—; que hacía constar que a pesar de no haber fallecido el señor E. no se le demandaba, siendo una parte del contrato y ello era necesario, de acuerdo con la Jurisprudencia; que los demandados habían adquirido la finca de su legítimo propietario, siendo válida la compraventa, independiente de que el Registrador hubiera puesto impedimentos para su inscripción, ya que los defectos denunciados habían sido subsanados, pues fue demostrado que era bien privativo del esposo, no sólo por las manifestaciones de ambos esposos, sino por la certificación del Banco de España, que no había sido impugnada; que los demandados, eran terceros registrales, ya que adquirieron de buena fe, a título oneroso, al titular registral, y habían inscrito su derecho; que hacían constar asimismo que la manifestación de doña C. B. no había afectado a la legítima de sus herederos. Terminaron con la súplica de que se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda, absolviendo de la misma a los demandados, con expresa condena de costas a la parte actora.

La demanda no prosperó. El Juzgado absolvió a los demandados. La Audiencia confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El recurso de Casación no ha prosperado tampoco, basándose en las siguientes razones:

Considerando: Que para resolver el único problema que, en realidad, se plantea en el presente recurso, es decir el relativo a la naturaleza ganancial o privativa del bien inmueble vendido por el padre de la actual recurrente en estado de viudo y con fecha de 24 de marzo de 1965, mediante una operación de venta cuya nulidad se solicitó por pretendida inexistencia, es preciso tener en cuenta no sólo la presunción contenida en el artículo 1.407 del Código civil, siendo también al modo como hicieron los juzgadores de instancia, una serie de hechos—no simples conjeturas—, deducciones ni presunciones «ad homine»—que en este caso la desvirtúan, que tienen como punto de partida común a todos ellos, la compraventa efectuada por el mismo padre, pero en presencia de la esposa el año 1926, poco después de celebrarse el matrimonio, que fue autorizada notarialmente, y donde manifestó que el dinero entregado como precio—exactamente la cantidad de 25.000 pesetas—procedía de la venta que hizo estando soltero de unos títulos de la Deuda Pública de su exclusiva propiedad manifestación consentida y acatada por su mujer que, sin embargo, no pudo tener constancia registral al no haberse podido demostrar fehacientemente en ese momento la procedencia referida, por lo que—de acuerdo con lo establecido en la regla 3.ª del artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario—fue inscrito como ganancial, calificativo que, dada la función propia del Registro de la Propiedad y de los principios que en su torno se construyeron, podrá tener valor a los efectos y relaciones con terceras personas, pero no frente a las propias partes intervinientes según declaró la jurisprudencia de este Tribunal Supremo—en especial en las sentencias de 13 de noviembre

de 1917, 30 de junio de 1948 y 2 de febrero de 1951—a la manera como en este caso ellas mismas reconocieron, puesto que la esposa nada reclamó en el instante de procederse a la liquidación de la sociedad conyugal, como consecuencia de la en su día decretada separación legal de los cónyuges, del mismo modo que al ocurrir el fallecimiento de aquella el 19 de diciembre de 1935, no se instó la partición de los bienes hereditarios en que la casa discutida pudiera estar incluida, por parte de los herederos legítimos que habían de pasar como en efecto pasaron hasta ahora, por los actos realizados por su causante reconociendo el carácter de los bienes en cuanto no perjudique la legítima que en su caso les corresponda como herederos forzosos, todo lo cual no puede quedar desvirtuado con el contenido de la carta que el padre dirige a la hija que en este trámite figura como recurrente en la que lo único que dice es lo mismo que tuvo que decir cuando inscribió al realizar la compra o sea que no estaba probado que se hiciera con el dinero procedente de la enajenación de los títulos de la Deuda Pública antes referidos y conduce a la desestimación de los motivos 1.º y 6.º en que siempre con amparo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se alega violación de los 1.250 y 1.407 del Código civil y del párrafo 1.º del 38 de la Ley Hipotecaria y en el 2.º por aplicación indebida del 1.253 del propio Código.

Considerando: Que el perecimiento de los motivos de que se acaba de hacer mención, lleva consigo la confirmación del carácter simplemente privativo del bien que se vende en 1965, lo que supone tanto como ratificar lo sostenido por el Tribunal «a quo» en el sentido de que prestó su consentimiento—por medio de representante que permite el artículo 1.259 y concordantes del Código civil—el único que en su calidad de dueño individual estaba en condiciones de prestarle que consiguientemente dispuso de algo que por ser como dicho queda, de su exclusivo dominio no sujeto a traba ni límite de ningún género, estaba en perfectas condiciones de enajenar, lo que implica la desestimación del motivo 2.º en que por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se alega violación del número 1 del 1.261 del Código civil referente al consentimiento contractual; del tercero por el mismo cauce procesal se denuncia también violación del 1.262 del propio Código en su apartado 2.º relativo al objeto de los contratos que, en abierta contradicción con el criterio legal y la doctrina constante de esta Sala se afirma que no existe por tratarse de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria y, por tanto, ajeno al menos en parte, al patrimonio disponible de quien vende, y consiguientemente del 5.º, en el que utilizando la misma vía y resaltando esta pretendida discrepancia respecto de la cosa vendida, se estiman violados los artículos 1.265 y 1.266 de nuestro primer Código sustantivo, con indudable desconocimiento de lo que realmente y en sentido técnico significa el error como vicio de la voluntad contractual que en los mismos se contempla.

Considerando: Que el reconocimiento de la propiedad con carácter exclusivo que se acaba de hacer en favor del padre y causante de la actual recurrente, con la consiguiente validez de la compraventa que efectúa respecto del bien objeto del litigio de que trae causa el presente recurso de casación, priva también de toda consistencia al motivo 4.º en el que igualmente con amparo en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se alega violación del 348 del Código civil, relacionado con la doctrina jurisprudencial que cita por entender que de ser válidos los argumentos esgrimidos el resultado final no podría ser otro, sino el derivado de la acción declarativa de dominio que allí se regula y que se ejerció con la demanda en su día, contrariamente

a lo que proclama la declarada validez de la venta efectuada que obliga a aquella desestimación que lo es también del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.648 de la Ley Procesal.

Parece evidente que la solución del caso litigado no podía ser otra que la que tuvo desde Primera Instancia.

Es interesante precisar que, en la actualidad, conforme al artículo 95, regla 2.ª, del Reglamento Hipotecario, la inscripción, al no demostrarse la procedencia o carácter del dinero-precio, se hubiera practicado a favor del marido, puesto que la esposa aseveró la manifestación de su esposo referente a que era propio, pero haciendo constar que el asiento no prejuzgaba la naturaleza privativa o ganancial.

Indudablemente, por lo que se deduce de los antecedentes, ocurrió lo prevenido en el párrafo 2.º de la regla 3.ª del mismo precepto: después de practicada la inscripción con el carácter de gananciales, se justificó su naturaleza privativa, se hizo constar así en el Registro y pudo inscribirse la venta realizada sólo por el marido.

ACCION REIVINDICATORIA DEL EDIFICIO QUE HA VENIDO OCUPANDO LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA. Nulidad de certificación de dominio expedida por el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda y de la inscripción que produjo. Usucapión. Interpretación de normas legales: elemento sociológico. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1970.)

Antecedentes: El procurador don . . . , en nombre y representación de la Compañía de Jesús, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el Estado, representado por el Abogado del Estado, alegando sustancialmente como hechos: 1.º Que la Compañía de Jesús adquirió de diversas personas, y ante distintos escribanos, por las respectivas escrituras que se relacionan, catorce pequeñas casas en Sevilla, entre los años 1554 a 1630. Que en los solares de las propiedades compradas comenzó a edificarse en 1554, por la Compañía de Jesús, y a sus expensas, la Casa Profesa y la Iglesia aneja de Sevilla, terminando la construcción de esta última en 27 de diciembre de 1569. Que las escrituras relacionadas se conservaban en las Casas de la Compañía, de donde las sacaron para hacer el inventario de los bienes de la Compañía, al ser expulsados de España por Carlos III. Que los documentos fueron recogidos y guardados por el Colegio Imperial de Madrid, hoy Catedral e Instituto de San Isidro. Que don Antonio Archimbaud y Solano, por encargo de Carlos III y bajo la dirección de Campomanes y Moñino redactó unos Índices de todas las propiedades de los jesuitas expulsados en los años 1768-1769, valiéndose de las escrituras que había en el antiguo Colegio Imperial, que fue saqueado por la Revolución de 1868, y las escrituras vendidas como papel al peso, pero quedaron los Índices de Archimbaud y Solano, que tienen fuerza probatoria legal, por que el Recopilador hizo el trabajo oficialmente, como Notario del Reino y Contador General de las Temporalidades de los Jesuitas, estos Índices se encuentran en el Archivo Histórico Nacional, en el Archivo de la Provincia, S. J., de Toledo, y en la Facultad de Filosofía y Letras de Alcalá de Henares. 2.º Que la Compañía de Jesús disfrutó en pacífica posesión su Casa Profesa e Iglesia desde el siglo XVI al XVIII, justamente hasta que Carlos III por la Real Pragmática Sanción, de 2 de abril de 1767, que forma la Ley III, libro I, título XXVI de la

Novísima Recopilación, extrajo de todos sus dominios a los jesuitas y ordenó la ocupación de todos sus bienes en España y los radicados en el extranjero, digo, Ultramar. Que cumpliendo la Real Disposición en la madrugada del día 3 de abril de 1767, fueron rodeados por tropas todos los edificios ocupados por los jesuitas en Sevilla, que custodiados salieron para el Puerto de Santa María, donde embarcaron con rumbo a Italia. Que la Casa Profesa de Sevilla, fue confiscada juntamente con la Iglesia por el Gobierno de S. M. Carlos III; los edificios de la Casa Profesa se dividieron en tres partes, la Iglesia que quedó abierta al culto, una parte se dedicó a internado o seminario y la otra parte, a Universidad Literaria, que se hallaba en el Colegio Mayor de Santa María de Jesús fundado a fines del siglo xv. Que S. S. Clemente XIV extinguió la Compañía de Jesús por un breve de 21 de julio de 1773. 3.º Que S. S. el Papa Pío VII restableció la Compañía de Jesús en todo el Orbe en 7 de agosto de 1814 y exhortó a todos los príncipes y soberanos de la tierra, y en concreto, a Fernando VII, en 15 de diciembre de 1814, a que la restableciera en su territorio, quien la restableció en su dominio por R. O. de 29 de mayo de 1815, en cuya parte dispositiva se dice, «sin embargo, de lo dispuesto en la expresada Real Pragmática de 2 de abril de 1767, y de cuantas Leyes y Reales Ordenes, se han expedido con posterioridad para su cumplimiento que derogo, revoco y anulo en cuanto sea necesario, para que tenga pronto y cabal cumplimiento el restablecimiento de los colegios, hospicios, casas profesas y de noviciado, residencias y misiones establecidas en las referidas ciudades y pueblos que los hayan pedido»; para el cumplimiento de esta disposición, se expidió la Cédula correspondiente en 9 de junio del mismo año, y por otro R. D. de 19 de octubre de 1815 se creó una Junta especial para el restablecimiento de los jesuitas en las capitales y pueblos que lo habían pedido, concediéndola la autoridad y jurisdicción necesaria. Que por Real Cédula de 23 de mayo de 1816, el rey Fernando VII ordenó respecto de la restauración de la Compañía de Jesús lo siguiente, «es mi soberana voluntad que se la devuelvan y restituyan, las casas, colegios, iglesias, hospicios, residencias, bienes y rentas que se la ocuparon al tiempo de la expulsión, y se hallen existentes en la actualidad, con obligación de cumplir las cartas de enseñanza y demás de justicia a que estén afectos, y que se declaren corresponderles. Que esta disposición solucionó la situación de los edificios, que procedentes de la Compañía estaban dedicados a servicios públicos se acordaba la devolución de derecho a la Compañía, aunque de hecho continuaran en poder de las entidades usufructuarias, y precisamente esto, aconteció con la Casa Profesa de Sevilla, pues la Universidad Estatal, por no disponer de edificio donde trasladarse continuó ocupándola, no obstante, de hecho, se le devolvió a la Compañía la parte del edificio que no necesitaba la Universidad. 4.º Que al no disponer la Universidad de un inmueble adecuado donde poder instalarse, la situación del inmueble se ha prolongado a través de todo el siglo xix, hasta el momento presente en que la Universidad ha encontrado acomodo en la antigua fábrica de tabacos. Que cuando se esperaba la devolución del edificio a la Compañía de Jesús, ésta tuvo conocimiento de que la Casa Profesa se había inscrito en el Registro de la Propiedad número 1 de Sevilla, como propiedad del Estado, mediante certificación expedida por el señor Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado, de la Delegación de Hacienda de Sevilla y con el visto bueno del señor Delegado, en la que interesa destacar que si bien se hace constar que pertenece al Estado, se desconoce el título de adquisición. Que esta inscripción en el Registro que carece de título no puede consentirse por las poderosas razones legales invocadas, ya que habiendo sido restituida de derecho la propiedad del inmueble a la Compañía de Jesús y dis-

frutando sólo el Estado del hecho de la posesión, no es lícito pretender atribuirse para ello nada menos que la propiedad de la casa, aprovechando las facilidades que para inscribir bienes concede al Estado la Ley Hipotecaria. Que los preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecario que regulan las inscripciones de bienes a favor del Estado han sido infringidas, pues los mismos exigen bastante más que una simple certificación, en la que precisamente se dice, que se desconoce el título. Que la carencia de título a favor del Estado y la existencia de la propiedad a favor de la Compañía, es lo que motiva esta demanda reivindicatoria. 5.º Que dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, la Compañía de Jesús ha formulado la reclamación previa en vía administrativa, desechada por el Ministerio de Hacienda por acuerdo de 21 de febrero de 1967, notificado el 14 de marzo siguiente, por lo que agotada la vía gubernativa de conformidad con lo establecido en el artículo 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se interpuso demanda judicial. Alegó los fundamentos legales que estimó de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia declarando: 1.º Declarar nula, sin valor ni efecto, la inscripción que, a favor del Estado, figura en el Registro de la Propiedad del Distrito número 1 de Sevilla, de la finca urbana sita en dicha ciudad, en la calle Laraña, número 3, edificio denominado actualmente Universidad Literaria, que ha causado la inscripción 1.ª, registrada al folio 68, del tomo 384, libro 168 de Sevilla, finca número 7.796. 2.º Declarar que el título que originó la anteriormente reseñada inscripción, a favor del Estado, es radicalmente nula, sin ningún valor ni efecto. 3.º Estimar en un todo la acción reivindicatoria que se ejercita, restituyendo la propiedad y el pleno dominio de la finca, con sus accesorios, a la Compañía de Jesús, conforme a los términos establecidos en la Real Orden de 29 de mayo de 1815, y en la Real Cédula de Fernando VII, de 23 de mayo de 1816. 4.º Condenar al Estado a que esté y pase por todos los anteriores pronunciamientos, e imponerle asimismo todas las costas y gastos del juicio.

El Abogado del Estado contestó a la demanda y alegó sustancialmente: 1.º Que destaca del correlativo, por la trascendencia que puede tener para impedir el ejercicio de la acción reivindicatoria, el hecho confesado en la demanda, de que la Compañía de Jesús carece de los títulos originales de adquisición de las casas, mencionando simplemente índice de documentos cuyo contenido y alcance se desconocen de titulación supletoria que pudiera sustituir a la original, consistentes, bien en segundas copias obtenidas en los protocolos de los Escribanos autorizantes, bien en expedientes de dominio, posesión, actas de notoriedad, informaciones de perpetua memoria u otros medios probatorios supletorios establecidos por las Leyes de título alguno original o supletorio de la Casa Profesa. Que en resumen existe un principio de prueba aunque insuficiente, respecto al dominio del suelo, y ninguno relativo a la edificación, lo que no puede atribuirse a incuria de la Compañía de Jesús, sino más bien al propio convencimiento de que el edificio que ha venido ocupando ininterrumpidamente la Universidad de Sevilla durante más de siglo y medio, pertenece en pleno dominio al Estado, español, tanto por ministerio de la Ley como por usucapión. 2.º Que la Pragmática Sanción de 2 de abril de 1767, por la que Carlos III de acuerdo con el parecer en su Consejo Real ordenó extrañar de todos sus dominios a los regulares de la Compañía de Jesús y ocupar todas sus temporalidades, aclaraba «que en la ocupación de las temporalidades de la Compañía de Jesús se comprenden sus bienes y efectos, así muebles como raíces, o rentas eclesiásticas que legalmente posean en el Reino». Que esta disposición

pasó a formar parte de la Novísima Recopilación. Que Carlos III, aceptando el informe del Asistente de la ciudad don Pablo de Olavide, acordó mediante la Real Provisión dada en San Ildefonso en 22 de agosto de 1769, el traslado de la Universidad de Sevilla a la que fue Casa Profesa de la Compañía. Que en aquel entonces la Casa Profesa debía hallarse en lamentable estado de conservación y totalmente carente de aulas, instalaciones y material adecuado para impartir enseñanza, siendo necesario demorar la apertura de la Universidad para realizar con carácter urgente y provisional las obras perentorias. Que el 31 de diciembre de 1661 tuvo lugar el traslado y ocupación de la Casa Profesa por la Universidad, y desde aquella fecha hasta nuestros días, casi dos siglos, ha venido ejerciendo el Estado español, por medio de la Universidad de Sevilla, su función docente en el edificio de la antigua Casa Profesa. Que es cierto han sido trasladadas las aulas de la Universidad en el curso de la última década, por etapas, a medida que se acondicionaba para ello la antigua fábrica de tabacos, pero en el viejo edificio continúan instalados en pleno y normal funcionamiento en el día de hoy los servicios públicos afectos a la Universidad.

3.º Que se ocupa el correlativo de la demanda de las dos posesiones dadas por el rey don Fernando VII en orden al restablecimiento de la Compañía de Jesús, examinando en primer lugar el Real Decreto de 29 de mayo de 1815. Como se desprende de su letra es una disposición de carácter provisional y urgente, dictada sin esperar a conocer el parecer del Consejo Real. Su ámbito de aplicación es parcial, pues no ordena el restablecimiento de la Compañía en todo el Reino, sino únicamente «por ahora en todas las ciudades y pueblos que lo han pedido» y no hace referencia alguna a la restitución de bienes. Que viene a continuación la Real Cédula de 9 de junio de 1815, y se acepta lo que dice la demanda de que fue dictada para cumplimentar el Decreto anterior, no especificándose por el actor cuál fue su alcance y contenido. Que viene después en el orden cronológico, el Real Decreto de 19 de octubre de 1815, que nada resuelve, por cuanto se limita a nombrar una Comisión con amplias facultades para el restablecimiento de la Orden en los pueblos que lo hayan pedido, pero nada se habla en él de restitución de bienes. Por último, la Real Cédula de 23 de mayo de 1815, en la que se salva ya la falta de audiencia del Real Consejo y se da carácter general al restablecimiento de la Compañía, autorizándola en todos los lugares del Reino y se provee a la restitución de los bienes, pero dice, «exceptuó de la restitución las fincas, bienes y efectos vendidos o de cualquier modo enajenados por título oneroso a favor de cuerpos y particulares y los donados o aplicados a objetos y establecimientos públicos que no pueden separarse de ello sin menoscabo a los mismos y ofensa a la común utilidad pública». Que la única interpretación racional de estas normas, llevan a distinguir dos clases de bienes: a) Bienes que serían objeto de devolución, los existentes no afectos a servicios públicos, aunque sobre ellos pasasen en ciertas cargas que habrían de cumplirse; b) bienes exceptuados de devolución, los enajenados a título oneroso, y respecto a los donados o cedidos, los que hubieran sido aplicados a fines o establecimientos públicos, de los que no pudiera separarse sin daño del servicio. Que, por tanto, no existía esa clase de bienes que el actor pretende, con dos titulares, uno de hecho (El Estado) y otro de derecho (la Compañía), así como no cabe duda de que la Universidad se halla entre los segundos. Que en el libro 848, folio 53 del Archivo Histórico Nacional Universitario, consta que el padre Diego de la Fuente, S. J., solicitó que se le diera cesión de parte del edificio que fue Casa Profesa de la Orden donde se daban clases de Gramática, Retórica y Matemáticas, acordándose de conformidad por la Regente del Reino, cuya providencia quedó sin efecto, en

virtud de los razonamientos formulados por el Rector, más como se insistiera por la Compañía y se ordenase de nuevo por la Regente la ejecución de lo acordado, reunido el claustro general el 15 de julio de 1836, nombró una Comisión que se ocupare del asunto, a falta de datos, es de suponer que se aceptasen las razones para que no se llevara a efecto la entrega del edificio solicitado, la realidad así lo prueba. 4.º Que en cuanto a la situación actual a que hace referencia el correlativo de la demanda, oponía el demandado, que la Real Cédula de 3 de mayo de 1816, exceptuó expresamente de la devolución, el edificio de la calle Laraña, por estar aplicado a objetos y establecimientos públicos, excepción que no tenía carácter transitorio, limitada al tiempo que en el inmueble, continuara instalada la Universidad. Que la incautación-restitución de los bienes de la Compañía de Jesús producida entre los años 1767 y 1816, si bien fue la primera, no ha sido la única en el transcurso del siglo XIX y aún en el presente; que la excepción de no restituir los bienes incautados que estuvieron afectos al cumplimiento de servicios públicos, no es privativa de la Real Cédula de 1816, sino que ha venido repitiéndose con absoluta unanimidad en todas las resoluciones posteriores, siendo la última de ellas, el Decreto de 3 de mayo de 1938, autorizada por el actual Jefe del Estado; que durante dos siglos, de los cuales en 180 años funcionó en él la Universidad, el Estado ha poseído el edificio de la calle Laraña día a día, real y jurídicamente a título de dueño, sin ser perturbado en su posesión, y durante este lapso de tiempo ha realizado en él importantes reformas, acondicionaciones y reconstrucciones que la han transformado prácticamente en un edificio distinto del que fuera incautado en el siglo XVIII; que la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad a nombre del Estado, no es consecuencia del traslado de la Universidad a otro edificio, ni medio para perpetuar o legalizar, una situación *de facto*, sino obligado cumplimiento de Leyes dictadas con carácter general que manda efectuar la inscripción de todos los bienes del Estado, como son la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y su Reglamento aprobado por Decreto de 5 de noviembre del mismo año: que conforme a dicha Ley, la administración del patrimonio del Estado, corresponde privativamente al Ministerio de Hacienda, que la ejercerá a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado y de las Secciones del Patrimonio de las Delegaciones de Hacienda; que la inscripción se ha practicado de acuerdo con los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecario, con las peculiaridades previstas en la Ley y Reglamento del Patrimonio del Estado. 5.º Que acepta el correlativo. Y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia absolutoria total para el Estado y la condena en costas del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nula y sin valor ni efecto, la inscripción que a nombre del Estado figuraba en el Registro de la Propiedad del Distrito número 1 de Sevilla, relativa a la finca urbana, sita en la calle Laraña, número 3, edificio denominado actualmente Universidad Literaria; declarando asimismo que el título originario de la anterior inscripción a favor del Estado, es radicalmente nulo y sin ningún valor ni efecto, y estimando íntegramente la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda, decretó la restitución de la plena propiedad de la citada finca con sus accesorios a la Compañía de Jesús, condenando al Estado a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y en consecuencia a que devuelva a la Compañía de Jesús la indicada finca, sin hacer especial condena en costas.

Interpuesto recurso de Apelación, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia por la que revocó la apelada y desestimó

la demanda, sin hacer expresa imposición de costas causadas en ambas instancias.

Interpuesto recurso de Casación, no ha triunfado. Se ha declarado no haber lugar a él. Son sus Considerandos:

Considerando: Que son hechos notorios reconocidos por ambas partes de que necesariamente hay que partir para el enjuiciamiento del presente recurso: 1.º Que la Real Pragmática, Sanción de 2 de abril de 1767, dictada por Carlos III, que pasó a ser la Ley 3.ª del título XXVI del libro I de la Novísima Recopilación, mandó el extrañamiento de los Regulares de la Compañía de Jesús de todos los dominios de España e Indias, islas Filipinas y demás adyacentes, y la *ocupación de todas sus temporalidades*, declarando que en la ocupación de temporalidades de la Compañía, se comprendían sus bienes y efectos, así muebles como raíces, o rentas eclesiásticas que legítimamente poseyeran en el Reino, *sin perjuicio de sus cargas*, mente de los fundadores, y alimentos vitalicios de los individuos, que serán de 100 pesetas durante su vida a los sacerdotes, y 90 a los legos, pagaderos de la masa general que se forme de los bienes de la Compañía. 2.º Que entre los bienes comprendidos en dicha ocupación, figuró la de la sazón Casa Profesa de la Compañía de Jesús en Sevilla, que se intenta reivindicar en la *litis* de que dimana este recurso. 3.º Que por Real Provisión de S. M. don Carlos III dada el 22 de agosto de 1769 se acordó el establecimiento de la que fue Casa Profesa de la Compañía de Jesús en Sevilla de la Universidad Literaria, con el deseo de establecer la enseñanza pública en esa ciudad en el mayor vigor y poner floreciente la Universidad Literaria, con consideración a estar situada en el medio de la ciudad y a la proporción del edificio, dándole la magnífica Iglesia de ella para celebrar los actos públicos, grados y demás funciones, dividiendo la habitación por su mucha capacidad en dos cuerpos, uno para la Universidad y el otro para Seminario de estudios en que pudiesen habitar los maestros y recogerse los Porcionistas que acudiesen. 4.º Que en ejecución de lo mandado, el 31 de diciembre de 1771 se hizo la traslación de la Real Universidad al Real Edificio de la que fue Casa Profesa de los regulares expulsos de la Compañía de Jesús, y en señal de dar posesión Real actual corporal, «vel quasi» del referido edificio material y su Iglesia a la dicha Universidad, el señor don Juan Gutiérrez de Piñeres, teniente primero, que por ausencia del señor Asistente don Pablo Olavide, ejercía las funciones del empleo de Asistente, dispuso que la Universidad formada con el señor Rector y presidiendo su Merced el concurso con asistencia del doctor Baquerizo y Ministros, entrase por la puerta de la portería y se pasease por alrededor de los corredores del patio principal; que uno de los doctores que fue el padre Maestro Fray Francisco Xavier González, del Orden de Mínimos, Catedrático de Teología, éntrase como entró en una de las aulas y se sentase en la cátedra, de donde pasó a la Iglesia, en la que había un lucido concurso de los señores Jefes y Nobleza principal de la ciudad, estando también presente el Eminentísimo y Excelentísimo señor Cardenal de Solís, Arzobispo de Sevilla al lado izquierdo del Altar Mayor; y a vista de todos se colocó la Universidad y sus individuos en bancos, presidiéndola el señor Rector; en cuyo interín se tocaron varios conciertos de música, hasta que quedando todo el silencio, se predicó una oración retórica por el doctor don Pedro Manuel Prieto; todo lo cual pasó quieta y pacíficamente sin contradicción alguna. 5.º Que por Real Decreto de Fernando VII de 29 de mayo de 1815, S. M. mandó el restablecimiento de la Compañía de Jesús en todas las ciudades y pueblos que lo habían pedido, sin embargo, de lo dispuesto en la Real

Pragmática Sanción de 2 de abril de 1767, y de cuantas Leyes y Reales Ordenes se han expedido con posterioridad que derogó, revocó y anuló en cuanto fuese necesario, para que tuviera pronto y cabal cumplimiento el restablecimiento de los colegios, hospicios, casas profesas y de noviciado, residencias y misiones establecidas en las referidas ciudades y pueblos que los hubieran pedido; pero sin perjuicio de extender el restablecimiento a todos los que hubo en los dominios españoles y de que, *asi los restablecidos por este Decreto, como los que se habiliten por la resolución que diera a consulta el Consejo Real, queden sujetos a las Leyes y reglas que en vista de ella tuviere a bien acordar*, reconociendo en el preámbulo que la Compañía de Jesús «ha producido ventajas importantes por la buena educación de la juventud puesta a su cuidado por el grande ardor con que se aplicaron sus individuos al estudio de la literatura antigua, cuyos esfuerzos no han contruido poco a los progresos de la bella literatura; que produjo hábiles maestros en diferentes ciencias, pudiendo gloriarse haber tenido un más grande número de buenos escritores que todas las otras comunidades religiosas juntas; que en el nuevo mundo ejercitaron sus talentos con más claridad y esplendor, y de la manera más útil y benéfica para la humanidad». 6.º Que por Real Cédula de Su Majestad y señores del Consejo de 3 de mayo de 1816 se manda que el permiso concedido por Real Decreto de 29 de mayo de 1815 con derogación de las Pragmáticas, Leyes y Reales Cédulas que en él se citan, para el restablecimiento de la Orden de la Compañía de Jesús, en las ciudades y pueblos del Reino que lo habían pedido en aquella época sea extensivo, general y sin limitación a todos los demás dominios, así de España como de las Indias e islas adyacentes en que se hallaba establecida dicha Religión al tiempo de su extrañamiento, manifestando Fernando VII que «a fin de que se verifique la restauración de la Compañía con la brevedad que deseo y conviene a la felicidad espiritual y temporal de mis reinos, es mi soberana voluntad que se la devuelvan y restituyan las casas, colegios, iglesias, hospitales, residencias, bienes y rentas que se la ocuparon al tiempo de la expulsión, y se hallan existentes en la actualidad, *con obligación de cumplir las cargas de enseñanza y demás de justicia a que estén afectos, y se declaran corresponderles. Exceptuó de la restitución las fincas, bienes y efectos vendidos o de cualquier modo enajenados por título y causa onerosa a favor de Cuerpos o particulares, y los donados o aplicados a objetos y establecimientos públicos que no pueden separarse de ellos sin menoscabo de los mismos y ofensa de la común utilidad*. Y encarga, finalmente, a la Junta creada de nuevo para entender privativamente en la ejecución del restablecimiento, que al acordar el de los colegios y casas de la Compañía por el orden que más convenga, ajuste en todos sus casos sus providencias a las reglas que van indicadas, y me consulte en los dudosos, las que estime más conformes a evitar perjuicios y quejas, y a que se consiga el mejor servicio de Dios, y el mio, y la felicidad de mis pueblos, que son los fines que me propongo». 7.º Que en el momento del restablecimiento de la Compañía de Jesús y del reintegro de los bienes, la Universidad Literaria de Sevilla seguía establecida en la antigua Casa Profesa, situación que conocidamente ha subsistido hasta fecha inmediatamente anterior a la iniciación del pleito de que dimana este recurso, al ser trasladada la Universidad al edificio de la antigua fábrica de tabacos, identificada actualmente como la finca urbana situada en la calle de Laraña, número 3 y denominada Universidad Literaria. 8.º Que con ocasión del traslado de la Universidad, el Estado haciendo uso de las prerrogativas de la Ley Hipotecaria, inmatriculó la finca en el Registro de la Propiedad número 1 de Sevilla como propiedad del Estado, si bien hacía constar en la oportuna certificación

administrativa, «desconociéndose el título de adquisición». 9.º Que la Compañía de Jesús, ante la actitud adoptada por el Estado, tras formular la pertinente reclamación previa en la vía gubernativa, interpuso el correspondiente juicio declarativo solicitando se declarase la nulidad del título y del asiento registral producido y se estimase en un todo la acción reivindicatoria ejercitada, restituyendo la propiedad y el pleno dominio de la finca con sus accesorios a la actora, conforme a los términos establecidos en la Real Orden de 29 de mayo de 1815 y en la Real Cédula de Fernando VII de 23 de mayo de 1816.

Considerando: Que partiendo de los anteriores elementos de juicio, la cuestión principal debatida, consiste en determinar si la Casa Profesa de la Compañía de Jesús, sita en la calle de LARAÑA, número 3, de Sevilla, quedó incluida en la restitución ordenada por el Real Decreto de 29 de mayo de 1815 derogatorio de la pragmática sanción de 2 de abril de 1767, restitución reiterada y extendida por la Real Cédula de 1816, bien que con la carga de enseñanza representada por la instalación en la Casa Profesa de la Universidad de Sevilla, lo que determinaría la liberación de la carga al dejar de tener el específico destino de Universidad, que es la tesis de la actora y de la sentencia apelada, o si por el contrario, la Casa Profesa quedó comprendida entre los bienes excluidos de la restitución como establecimiento público que no puede separarse de aquella sin menoscabo, según entiende el Estado demandado y la sentencia recurrida.

Considerando: Que en materia de interpretación de las normas legales, como ya declaró esta Sala en su sentencia de 21 de noviembre de 1934, aún sin acoger todas las conclusiones propugnadas por los partidarios del llamado método histórico evolutivo de la interpretación de las normas jurídicas, puede admitirse hoy como doctrina ponderada y de muy general aceptación, la de que no bastan para realizar completamente la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues la Ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos, sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores—ideológicos, morales y económicos—que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico, y si bien es cierto que estos factores—aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y si solo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego—requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo, se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han tenido su reconocimiento de manera inequívoca en la Ley suprema del Estado.

Considerando: Que esta interpretación de los referidos preceptos positivos debe ser obtenida, como proclama la sentencia de 14 de octubre de 1965, no sólo de la letra estricta del texto legal, sino teniendo en cuenta su sentido lógico—que busca el espíritu y sentido, así como la finalidad de la Ley, al modo como ya dijo esta Sala especialmente en las sentencias de 26 de noviembre de 1929, 27 de junio de 1941, 5 de junio de 1945 y 27 de noviembre de 1947—y su ponderación sistemática que obliga a considerar el Ordenamiento jurídico

como un todo orgánico—como también dijo esta Sala en las sentencias de 14 de junio de 1944, 25 de enero de 1945 y 22 de noviembre de 1946, entre otras; sin que sea rigurosamente exacto que las normas de derecho singular o excepcional estén necesariamente sustraídas al juego de la interpretación extensiva, ni rechacen siquiera, en absoluto, como ya se advirtió en sentencias de 7 de noviembre de 1940 y 28 de septiembre de 1968—el empleo del procedimiento analógico.

Considerando: Que la aplicación al caso de autos de la doctrina legal expuesta hace desestimable los dos motivos del recurso, pues la interpretación gramatical, lógica y sistemática de la Real Cédula de 3 de mayo de 1816 pone de relieve la existencia de dos clases de bienes incautados a la Compañía de Jesús; los que serían objeto de devolución inmediata, aunque sobre ellos pesasen ciertas cargas, que habrían de cumplirse, y los que quedaban exceptuados de la devolución por haber sido enajenados a título oneroso, y respecto a los donados o cedidos, los que hubieren sido aplicados a fines o establecimientos públicos de los que no se pudieran separar sin daño del servicio, sin que pueda hablarse de un tercer «genus» como pretende la actora hoy recurrente, siendo indudable que la Casa Profesa donde se hallaba establecida la Universidad Literaria, no se puede considerar sujeta a una carga de enseñanza, como corrobora la Real Pragmática Sanción, que al mandar la ocupación de todas las temporalidades, lo hizo sin perjuicio de sus cargas, y no puede calificarse de tal el destino dado por el Estado a dicha Casa Profesa, que entra de lleno en la excepción, por haber sido aplicada a un establecimiento público como la Universidad, aunque no identificara a estos con los de enseñanza, debiendo entenderse limitadas las cargas de enseñanza a las que pesaban sobre los Colegios de la Compañía, que habían de devolverse inmediatamente, para que siguiera la buena educación de la juventud puesta a su cuidado, respetando la voluntad de los fundadores, como se reconocía por el Real Decreto de 29 de mayo de 1815, lo que no tendría justificación posible con un condicionamiento como sería el de mientras durase la Universidad en el edificio, que a estos efectos habría durado casi 200 años, privando a esa restitución de la finalidad pretendida, interpretación que viene avalada por la analogía con los efectos restitutorios de la derogación de las Leyes Desamortizadoras.

Considerando: Que tampoco puede prosperar el motivo 3.º por referirse a argumentos de la sentencia recurrida, hechos a mayor abundamiento, ya que el fallo descansa en la inteligencia de que el Estado es pleno propietario de la finca reivindicada, que quedó definitivamente excluida de la restitución y en el acto solemne de posesión por parte de la Universidad sin contradicción alguna, pero en todo caso es evidente que proclamada la titularidad del Estado, no podía negarse en su posesión, durante casi 200 años ha sido en concepto de dueño.

Considerando: Que el motivo 4.º si tuviese el carácter autónomo que pretende el recurrente, al haberse desentendido el fallo de resolver sobre la nulidad del título de inmatriculación y del asiento registral, debía haberse denunciado al amparo del número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, y privada de interés la actora al no haber prevalecido la acción reivindicatoria ejercitada, carece de acción para promover dicha nulidad, por lo que también ha de ser desestimable dicho motivo y con él el recurso en su totalidad.

La sentencia ha contemplado un caso de indudable interés anecdótico. Desde el punto de vista jurídico, tal vez lo más destacable sea el estudio que se hace de la interpretación de la Ley; del elemento sociológico, de la interpretación extensiva, del procedimiento analógico.

La norma, dice FILIPPIS (1), tiene una objetividad real, es algo exterior a aquellos—autoridades y súbditos—a quienes va dirigida. Para analizarla y aplicarla es menester asimilársela, aprenderla, pasarla a la propia conciencia, saberla en una palabra. Sólo sabiéndola, conociéndola íntegramente y por todos sus lados, es como podrá descender a la voluntad del súbdito en forma de propósito y decisión para disciplinar sus actos, y sólo traducida y reconocida en su verdadero alcance podrá llegar a los puntos de la pluma del juez o del jurisconsulto para inspirar sus fallos y alegatos. Y como la norma es una convicción jurídica declarada en forma autoritaria, un pensamiento o idea de Derecho expresados en forma imperativa, no nos hacemos plenamente socios y sabedores de ella, sino penetrando a través de la fórmula hasta el pensamiento en la misma contenido. En este respecto, tratamos de descubrir lo interno por lo externo, el pensamiento por la forma, la idea por las palabras que la expresan, rehacemos como dice SAVIGNI, en sentido inverso el camino seguido por el legislador, ya que éste concibió la idea y buscó después la expresión adecuada, y el intérprete parte de ésta para elevarse a aquélla.

A la operación en cuya virtud se descubre el pensamiento contenido en una norma, apoderándose de él y colocándole en aptitud de desenvolverle, se llama interpretación. De ella ha dicho FILIPPIS que es la subjetivación (en el sentido de apoderarnos de ella) de una norma objetiva de Ley; CHIRONI, que es el conjunto de investigaciones aptas para poner exactamente el significado de una Ley; GENY, que es el reconocimiento por sus síntomas de una voluntad (la legislativa), y SAVIGNY, que es la reconstrucción del pensamiento contenida en la Ley.

En cuanto a ese elemento sociológico al que alude la sentencia, recordemos (siguiendo a la obra antes citada) que ya la Escuela Histórica enseñaba que el título de la fuerza obligatoria de la Ley no está tanto en emanar de la voluntad del legislador como en responder a la convicción jurídica común de la sociedad, única y suprema fuente del Derecho, y del poder autoritario y directivo de las Leyes. En la Ley no tiene valor alguno el juicio individual del legislador, sino aquella parte de la convicción común que interpretó y tradujo fielmente ese legislador, la personalidad de éste desaparece por completo. La voluntad del legislador es una abstracción inconsistente, que no debe ser tenida en cuenta en la aplicación del Derecho. Por otra parte, ¿quién es el legislador en el complejo mecanismo legislativo moderno? El verdadero legislador, dicen, es la realidad social de que la Ley es un pálido reflejo. La fuente viva y suprema de la interpretación jurídica es esa realidad social con sus costumbres, necesidades económicas, concepciones morales, con sus relaciones todas modificándose sin cesar.

B. M.

(1) Seguímos a CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, tomo I, págs. 137 y sigs., nueva edición revisada, 1959.

II. DERECHOS REALES

TERCERIA DE DOMINIO. ACCION REIVINDICATORIA. ACTO DE CONCILIACION. CONFESION JUDICIAL (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1970).

Doctrina del Tribunal Supremo: 1.º Estando ínsito en toda tercera de dominio el ejercicio de una acción reivindicatoria, se deben cumplir los requisitos de ésta, cuando se ejercita la tercera. 2.º Lo convenido en acto de conciliación sólo surte efectos entre quienes se allanan en el mismo. 3.º La confesión judicial no tiene eficacia probatoria respecto a terceros. 4.º Desde el punto de vista formal, hay que citar en el recurso con claridad y precisión los preceptos legales infringidos y el concepto en que lo hayan sido, no bastando que se citen diversos artículos, sin señalarlos específicamente como infringidos.

Antecedentes.—Caso L. M. J. contra M.ª P. B. Ch. y J. P. M. y otro más.

L. M. J. formula demanda de tercera de dominio con ocasión de un embargo trabado en autos de separación conyugal por M.ª P. B. Ch. contra su esposo J. P. M., sobre los frutos y rentas de una fábrica de leñas, propiedad del citado esposo. El tercerista alega que el terreno en el que se asienta la fábrica es de su exclusiva propiedad, no del esposo J. P. M., apareciendo la titularidad fiscal del Impuesto Industrial exclusivamente a su nombre, pidiendo se alce el embargo.

En el acto de conciliación compareció J. P. M., no la esposa, y reconoció que la fábrica era de propiedad exclusiva del tercerista.

La demandada, M.ª P. B. Ch. aun reconociendo que el terreno es propiedad del actor tercerista, manifiesta que el negocio de leñas pertenece «pro indiviso» al tercerista y a su esposo, habiéndose trabado el embargo sobre la mitad de los frutos y rentas, no sobre la totalidad, es decir, se trabó sobre bienes que no eran propiedad del tercerista, por lo que no procede alzar el embargo.

El Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid y la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid desestimaron la demanda de tercera de dominio.

El recurso y la solución del Tribunal Supremo.—El tercerista L. M. J. interpone recurso de casación por infracción de Ley, basándose en cinco motivos, que resumimos así:

1.º Teoría de la accesión del artículo 355 del Código civil: los frutos y rentas de la fábrica son de propiedad exclusiva del tercerista, pues al no ser constitutiva la inscripción en el Registro mercantil para el ejercicio del comercio por una empresa individual, hay que relacionar todo ello con la propiedad del terreno (!), y no separar la propiedad del negocio y la propiedad del terreno, como ha hecho la Audiencia, que señala la «pro indivisión» respecto al primero y la propiedad exclusiva del tercerista respecto al terreno.

2.º Los requisitos de la acción reivindicatoria sólo se dan para recobrar cosas corporales, concretas y determinadas, que obren en poder del demandado, según estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1954, por lo que no debe exigirse el requisito referente a la necesidad de justificar

el dominio de la cosa, con identificación de ésta por parte del tercerista, en relación con la titularidad de un negocio (universalidad de derecho), que funciona como Empresa individual.

3.º La Sala ha olvidado lo convenido en el acto de conciliación, cuya veracidad y exactitud en cuanto a las manifestaciones contenidas en el mismo, no han sido desvirtuadas por los demás medios de prueba.

4.º El Tribunal sentenciador no reconoce el valor de una confesión judicial de J. P. M., máxime en las tercerías, ya que es doctrina jurisprudencial que «la confesión judicial no puede destruirse sin demostrar su error, y nunca por meras apreciaciones del Tribunal sentenciador» (sentencia de 1 de diciembre de 1954).

5.º Insiste en el valor del acto de conciliación, contemplándolo ahora desde la perspectiva del artículo 1.091 del Código civil.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Emilio Aguado González, desestima el recurso, estableciendo lo siguiente:

«Considerando: Que insisto en toda tercería de dominio, el ejercicio de una acción reivindicatoria, se ha de acreditar, para su éxito, la concurrencia de los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia para que resulte viable tal acción, y, entre ellos, como primordial, el acreditamiento del dominio, sobre la cosa que se reclama...

Considerando: Que no se cumplió con el requisito sólida y reiteradamente establecido por la jurisprudencia, en observancia estricta del número 7.º del artículo 1.692, en relación con el párrafo 1.º del artículo 1.720, todos de la Ley de Enjuiciamiento civil, de citar con claridad y precisión el precepto legal que se crea infringiendo y el concepto en que lo haya sido, defecto de índole formal, causante, por sí sólo, de la desestimación del motivo o motivos incursos en el mismo; cierto que en los motivos, se citan diversos artículos, como en el tercero, el 476 de la Ley Procesal, y en el cuarto, el 580 del mismo Cuerpo legal y el 1.232 del Código civil, sobre la trascendencia de la confesión judicial, aun sin señalarlos específicamente como infringidos, pero es indudable que, aun prescindiendo del defecto formal, no pueden extraerse, a la vista de dichos artículos, las consecuencias que el recurso propugna..., con olvido de que las propias disposiciones legales que se citan, muestran claramente que lo convenido en acto de conciliación sólo puede producir efecto respecto a quienes se allanan en la pretensión deducida o convengan algo respecto a ella, y lo admitido en confesión judicial no tiene eficacia probatoria alguna en cuanto a terceros o que litiguen, con separación, en el pleito...

Considerando: Que tanto el Juzgado de primera instancia como la Audiencia, precisan y dan por probados una serie de hechos, extrayendo de los mismos las consideraciones jurídicas que estiman procedentes y de las que infieren que, no se justifica, en forma adecuada, el dominio exclusivo que por el tercerista se aduce...; y los restantes motivos del recurso..., carecen de toda fuerza amparadora..., ya que el primero se limita a recordar la teoría de la acción, que no puede ser óbice a la declaración hecha en la instancia sobre la copropiedad, no del terreno en que se desarrolla el negocio, sino del negocio mismo; el segundo, se circunscribe a disquisiciones intrascendentes sobre la acción reivindicatoria, oponiendo en lo que concierne al caso de autos, el criterio propio del recurrente al de la Sala, sobre si está o no hecha la justificación dominical...»

ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD (Sentencia de 25 de noviembre de 1969).

Antecedentes.—Caso F. R. L. y otros contra la Comunidad de Regantes del Término de Mambblas.

F. R. L. y otros vendieron diferentes parcelas a Fibras Esso, S. A., la cual utilizó para la construcción de sus instalaciones el terreno ocupado por un tramo del Camino de Malpica y del brazal de la Torre de Lacambra, existentes entre las parcelas compradas, una vez hecha la variación de emplazamiento del camino y brazal de riego. El problema se plantea respecto a la propiedad de esos tramos de camino y brazal. El Sindicato de Riegos de la citada Comunidad de Regantes se dirigió a Fibras Esso, S. A., para hacer efectivo el importe del precio, por considerarse titular del camino y brazal de riego. Por su parte, F. R. L. y los demás vendedores trataron de obtener el precio correspondiente de Fibras Esso, S. A. Pero esta Sociedad, ante la solicitud de la Comunidad de Regantes, que alegaba derechos dominicales sobre los citados tramos, no se decidió a pagar la cantidad correspondiente a los antiguos vendedores de las parcelas.

Entonces F. R. L. interpone demanda sobre declaración de propiedad contra la Comunidad de Regantes del Término de Mambblas, alegando que les correspondía la propiedad del camino y brazal, aunque sobre ellos pesara una servidumbre de paso y de acueducto, a favor de determinados titulares distintos de la Comunidad de Regantes. Esta, por su parte, defendió sus derechos.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Zaragoza y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda.

Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por los demandantes, el Tribunal Supremo en Sentencia de la que ha sido ponente don A. G. R., declara no haber lugar al recurso, estimando: 1.º Que no fue probado el título de dominio por el actor que ejercitó la acción declarativa de propiedad, según el Juzgador de instancia; 2.º Que en el recurso se alega un nuevo modo de adquirir (la prescripción), que no fue alegado por el actor antes, ni en la demanda ni en momento alguno de la tramitación de juicio, por lo que no puede haberse cometido la infracción denunciada en el recurso.

LUCES Y VISTAS. TEORIA DEL ABUSO (Sentencia de 20 de mayo de 1969).

Doctrina de la sentencia.—1.º El artículo 582 del Código civil es aplicable a pesar de la gran diferencia de altura entre los dos edificios, sin que sea admisible limitar la aplicación del citado artículo a los casos en que se produzca una indiscreta inspección o visibilidad ajena sobre el fundo sobre el que se abren las ventanas. 2.º No se pueden considerar actos emulatorios o de abuso de derecho los actos de los accionantes pidiendo que se tapien los huecos o ventanas abiertos sobre su fundo en las condiciones dichas, alegando que esta pretensión carece de un fin serio o legítimo, extralimitándose en el ejercicio de su derecho de propiedad, ya que éste lleva consigo la utilización libre del suelo y del vuelo, aunque no existiere molestia en el presente.

Antecedentes.—Caso F. contra J.

Por el lindero del fondo de un edificio propiedad de F. F. y su esposa (demandantes), se construyó por la Empresa J. C. (demandada), un edificio de once plantas, de mucha más altura que el colindante, habiéndose edificado en la última planta a base de hierro y cristal y con cubierta de material transparente, una terraza con ventanales sobre la finca vecina, siendo sus vidrieras completamente cerradas, sin que puedan abrirse tampoco hacia el interior. Esta terraza se encuentra siete plantas más arriba que el tejado de la finca colindante.

Los actores piden que se declare que la finca de su propiedad no debe ninguna servidumbre de luces y vistas, por lo que se debe condenar a los demandados a hacer las obras necesarias para tapiar los ventanales o retirarlos a la distancia reglamentaria.

Los demandados (la Empresa constructora y el propietario del piso) opinan que la terraza construida no implica ninguna servidumbre a su favor, por lo que en el futuro podrán levantarse frente a ella las construcciones que se estimen pertinentes, y por ello no procede actualmente, hacer obras de adaptación o tapiado en el edificio.

Solución del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo.—Estima totalmente la demanda, conforme al artículo 582 del Código civil.

Solución de la Audiencia Territorial de Oviedo.—Da la razón a los demandados declarando que los ventanales de la terraza no implican servidumbre y que el artículo 582 del Código civil debe aplicarse cuando hay una indiscreta inspección ajena, por lo que, en este caso, dada la diferencia de altura entre los dos edificios, no procede su aplicación.

El recurso y la solución del Tribunal Supremo.—Los demandantes interponen recurso de casación por infracción de Ley, por violación del artículo 582 del Código civil.

Siendo ponente el magistrado Manuel Lojo Tato, el Tribunal Supremo estima el recurso, casando la sentencia de la Audiencia, estableciendo la doctrina expuesta al principio en resumen, que se desarrolla así:

«Considerando: Que el artículo 582 del Código civil contiene, sin duda, una prohibición de orden legal referida a las limitaciones impuestas al dueño de una pared para poder tener vistas rectas u oblicuas sobre la finca del vecino y determinando las distancias que deben mediar...; más también debe notarse que las únicas ventanas que la Ley permite abrir al dueño de pared no medianera contigua a finca ajena son las que se especifican en el artículo 581 del mismo Código...; siendo obvio que esas luces son de mera tolerancia y no implican servidumbre en favor del dueño del inmueble que las abre; pero debe significarse también que en el caso ahora debatido, se da, desde luego, la condición de contigüidad entre dos fincas, y las luces y vistas que se discuten, rebasan, sin duda, alguna, y muy ampliamente la permisión legal... estando 'prima facie' comprendido en la prohibición del artículo 582..., y ello, aunque la terraza de que se trata esté cerrada herméticamente con carpintería metálica y vidrio 'Securit', pero transparente, y a pesar de la diferencia de altura, hoy existente, entre la casa edificada en terreno de los accionantes y la de los demandados.

Considerando: Que si bien la simple apertura o la utilización de una vista en pared propia, no significa la existencia de un derecho real de servidumbre, siendo correcta—al tratarse de una servidumbre negativa—la interpretación dada sobre el acto obstructivo, conforme a lo establecido en el artículo 538 del mismo Código civil, por la Sala sentenciadora, no obstante, no cabe negar el interés jurídico que en principio tiene el propietario de la finca contigua para poner coto a una contravención legal y a una situación susceptible de producirle un perjuicio futuro, buscando la seguridad dimanante de una propiedad plena y libre de gravámenes, teniendo presente el alcance que la doctrina ha concedido al artículo 350 del repetido Código y la extensión objetiva del dominio en sentido vertical, sin que tampoco sea admisible que la única finalidad del antes mencionado artículo 582 sea la de proteger a los propietarios o poseedores de un fundo de la indiscreta inspección ajena, pues también cuenta la seguridad del fundo y su utilización libre y el respeto a los derechos dominicales, tanto en el suelo como en el vuelo, aunque no existiere molestia en el presente.»

En otro Considerando, el Tribunal Supremo indica que este caso es diferente al resuelto en la sentencia de 1 de febrero de 1909, y también al de la sentencia de 17 de febrero de 1968, en que se trataba de material traslúcido que, «impidiendo la visión», permitía el paso de la luz en intensidad limitada, por lo que no sería prudente la adopción ahora de un criterio extensivo, por inadecuado. Y termina la sentencia señalando que no existe aquí abuso de derecho, según se ha dicho más arriba en el resumen de la doctrina de la sentencia.

Comentario.—El supuesto de hecho de esta sentencia debe ser encuadrado sistemáticamente dentro de las relaciones de vecindad, que se incluyen a su vez dentro de los límites y de la extensión normal del dominio. Ello, a pesar de que el Código civil incluye la materia de luces y vistas entre las llamadas servidumbres legales, ya que por encima de la sistemática de la Ley, está el sentido que se desprende de la misma Ley.

No interesa aquí analizar las imprecisas teorías sobre el principio inspirador de las relaciones de vecindad (ver cualquier Tratado). Unas son más amplias o permisivas para la actuación del vecino (teoría de los actos de emulación, teoría de la ilicitud del acto lesivo). Otras son más estrictas (teoría de la inmisión). En fin, hay teorías intermedias (así BONFANTE, FERRARA). Lo que interesa de verdad, es analizar el Derecho positivo. Pero nuestro Código civil no contiene normas o principios generales sobre las relaciones de vecindad, a diferencia del Código civil alemán, italiano o portugués.

Fueron, por primera vez, PÉREZ Y ALGUER los que, adaptándose a la terminología y sistemática del B. G. B., apuntaron la idea de las relaciones de vecindad. Según estos autores, los artículos 1.908 números 2.º y 4.º y el 590 «dan base suficiente para fraguar una teoría general de las inmisiones al través de una analogía generalizadora» (notas al Derecho de Cosas de WOLFF, volumen I, 2.ª edición). Creo que hay que entender bien esto de la analogía generalizadora, teniendo en cuenta el caso de esta sentencia que comentamos. Analogía, en cuanto a la responsabilidad por infracción de las normas de vecindad y en cuanto a la caducidad de la acción de indemnización, en su caso. E incluso, analogía generalizadora para la admisión de otros supuestos que exigen las relaciones de vecindad. Pero que no se generalicen por analogía los citados artículos cuando el supuesto concreto de vecindad está ya regulado expresamente por otro artículo, con requisitos claros y específicos. Porque, si

tratamos de generalizar ciertas expresiones del artículo 1.908 del Código civil (ejemplo: «humos excesivos») o del artículo 590 (lo «nocivo» o «perjudicial») adaptándolas al caso de luces y vistas, se producirán generalizaciones abusivas. No fue esa la idea de PÉREZ Y ALGUER. Me explicaré. El número 2 del artículo 1.908 del Código civil prohíbe los «humos excesivos». Luego los humos no excesivos no se prohíben. Queda al arbitrio judicial precisar la cuestión de lo excesivo, según las circunstancias. En sentido parecido, el artículo 590, referente a pozos, cloacas, etc., alude a lo que sea «nocivo». Lo no nocivo no queda prohibido. Entonces, hay que preguntarse: ¿se podrá decir por analogía generalizadora que en el fondo del artículo 582 del Código civil, referente a las luces y vistas, debe entrar también el arbitrio judicial, haciendo jugar en su interpretación la idea de lo que es excesivo y lo que no es excesivo? ¿O la idea de FERRARA, de la inmisión considerable o no considerable? Esto interesa dejarlo bien claro. Porque, en nuestro caso, la Audiencia de Oviedo dio la razón al que abrió las ventanas dentro de las distancias prohibidas por el artículo 582 del Código civil, aludiendo a la no existencia de «indiscreta inspección ajena», dada la diferencia de altura de los dos edificios. La Audiencia hace entrar en el artículo 582 los términos de lo indiscreto o lo discreto. Esto me recuerda a lo excesivo o lo nocivo de los artículos 1.908 y 590. ¿Es que hace la Audiencia una analogía generalizadora? No me preocupa resolver esto. Me interesa más decir que una analogía generalizadora *abusiva* puede dar lugar a una tesis similar a la de la Audiencia, que se sale de los términos del artículo 582 del Código.

Creo que no se debe proceder así en materia de luces y vistas. La cuestión de si la apertura de luces y vistas produce una inspección discreta o indiscreta no corresponde decidirla al Juez, con la idea del arbitrio judicial, pues es el propio Código civil, la ley, quien lo resuelve: produce inspección indiscreta la apertura de luces dentro de las distancias previstas. ¿Cómo se iba a aplicar aquí la analogía, si está escrupulosamente regulada la materia? Tratándose de humos, olores y otras cuestiones de vecindad, no pueden darse normas matemáticas o exactas, pero en materia de luces y vistas sí, y el legislador así lo ha hecho dando seguridad a esta cuestión con normas matemáticas o geométricas.

Por tanto, la solución de la Audiencia Territorial de Oviedo, haya sido o no obtenida por medio de la analogía generalizadora, ha rebasado los términos de los artículos 581 y 582 del Código civil. Así lo entiende el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia.

La postura del Tribunal Supremo es acertada. Si el Supremo no hubiera ordenado cerrar las ventanas, habría abierto la puerta a una inseguridad de criterio y posible arbitrariedad en esta materia, de aplicación tan frecuente.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR LA EXISTENCIA DE UN RETRACTO LEGAL. LA FRASE «EL COMPRADOR TOMA POSESION DE LA FINCA» SE ESTIMA POR LA SALA COMO UNA CONSUMACION DE LA COMPRAVENTA. LA CLAUSULA QUE DICE «QUE LA ESCRITURA SE OTORGARA AL TERMINAR EL PAGO DEL PRECIO» NO IMPLICA RESERVA DE DOMINIO POR PARTE DE LA VENDEDORA. LOS PRECEPTOS DE CARACTER ADMINISTRATIVO NO PUEDEN SERVIR DE FUNDAMENTO A UN RECURSO DE CASACION EN MATERIA CIVIL. LA DOCTRINA LEGAL UTIL PARA FUNDAMENTAR EN SU INFRACCION UN RECURSO DE CASACION ES LA QUE SE ESTABLECE EN REPETIDAS E IDENTICAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO. ERROR MATERIAL EN EL FALLO QUE NO AFECTA A SU CLARIDAD (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda—Doña C. B. O., mediante contrato privado de 23-III-1962, vendió por 2.100.000 pesetas a don J. S. R. parte de la finca «Los Beatos», que se describía y de la que era titular registral por herencia de su madre. Del precio pactado el comprador entregó una cantidad (500.000 pesetas), en dos veces, de 250.000 cada vez, y el resto aplazado se había de abonar durante los años 1963, 1964, 1965 y 1966, con un interés del 6 por 100. Que en 5-VI-1962 el señor S. cedió todos los derechos y obligaciones del contrato a doña G. G. Ch., comprometiéndose ésta a pagar las cantidades aplazadas y «por la cesión» don J. S. recibía en el acto 2.200.000 pesetas.

Al conocer la primera venta el Patrimonio del Estado ejerció retracto forestal, expediente aprobado por el Ministerio de Agricultura, siendo el precio el mismo fijado en la respectiva compraventa (2.100.000 pesetas), entregándose a doña C. B. O. la parte de precio que no había recibido y consignándose en la Caja General de Depósitos las 500.000 pesetas que ya tenía recibidas, a disposición de don J. S. y doña G. G. para cobrarlas quien acredite mejor derecho a percibir las.

Suplico.—Declarar previamente resuelto el contrato de compraventa entre don J. S. R. y doña G. G. Ch., a consecuencia de la resolución del primer contrato, por el que enajenó doña C. B. O. la dehesa «Las Beatas y Dehesón» a don J. S. R., a causa de resolución firme del Ministerio de Agricultura, que aprobó el ejercicio del derecho de retracto forestal de dicha venta a favor del Patrimonio Forestal del Estado. Condenar a don J. S. a estar y pasar por esta declaración y a pagar a doña G. G. 2.200.000 pesetas, intereses legales desde la fecha de la reclamación extrajudicial hasta que se hagan efectivas, descontando de la liquidación que se practique 19.462 que le entregó don J. S. a doña G. G., para imputar a intereses que él debía a doña C. B. y que ofrecidos primero y consignados después por la demandante a favor de doña C., ésta se negó a aceptar; más las costas procesales de todo ello.

Contestación de doña C. B. O.—No tenía ningún vínculo jurídico con la actora, ni se obligó con su comprador señor S. a la evicción y saneamiento en favor de adquirentes sucesivos.

Suplico.—No ejercitándose por el actor la acción de evicción sino la resolutoria de compraventa, no concurrían los requisitos necesarios para la prestación del saneamiento.

Confestación de don J. S.—En el contrato aleatorio que la actora pretende resolver transmitió todos los derechos y obligaciones concertados en su contrato de compraventa con doña C. B. El cedente recibió por la transmisión y reembolso de lo pagado, 500.000 pesetas en efectivo, y en permuta convencional dos chalets, de los cinco que hipotecados enajenó a don Jesús. A la compraventa causal a plazo subsiguió el contrato de cesión incondicional al contado, que dejaba indemne al cedente de toda responsabilidad frente a la cesionaria. Doña G. ratificó la asunción de la deuda, cuando intentó pagar a doña C. B. el primer plazo del precio aplazado en la fecha de su vencimiento. Al ser notificado por el Patrimonio Forestal de su acuerdo de ejercitar el retracto, don J. S. participó la cesión contractual otorgada y consideró innecesaria la audiencia que se le concedía y posteriormente se concedió a doña G. G. 15 días para examinarlo, deducir las alegaciones procedentes y presentar el título necesario para poder ser considerada parte en el asunto, dejando esta señora caducar el plazo y quedando firmes las resoluciones administrativas correspondientes. La actora pide la resolución del contrato de cesión a consecuencia de estar resuelto el causal y subsidiariamente ejercita acción de nulidad por inexistencia de la cesión. Pero con su ofrecimiento y consignación del plazo vencido optó por el cumplimiento y reconoció la validez de la cesión. Se dividiría la contienda de la causa. Afectaría su resolución a la subrogación del Patrimonio no avocada a los autos. Esgrimida la acción de nulidad debe probarse por el que se estima perjudicado que carece de todo juicio. Lo accesorio sigue a lo principal y no cabe la resolución sin citar y vencer en juicio al Patrimonio.

Suplico.—Sentencia estimando la excepción de falta de acción de la actora por ejercitar la acción de resolución de un contrato en base de considerar resuelto el primero, en virtud de una Orden del Ministerio de Agricultura, estimación errónea toda vez que dicha resolución viene sólo atribuida a los Tribunales de Justicia, por lo que subsiste el referido contrato en todos sus efectos, aunque se haya subrogado el Patrimonio en lugar del comprador. Se exceptúan las acciones ejercitadas de contrario y, en cualquier caso, la única que correspondería sería la de daños y perjuicios del artículo 67 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado contra el primer vendedor como primer obligado; absolviendo a su representado de todos los pedimentos de la actora y con expresa imposición de costas.

Sentencia de la Primera Instancia.—Declaró resuelto el contrato entre don J. S. y doña G. G. y condenó al demandado al pago de 2.200.000 pesetas, intereses legales correspondientes desde la fecha del requerimiento hasta su completo pago, descontando la cantidad de 19.462 pesetas y sin expresa imposición de costas.

Apelación.—Confirmó en todas sus partes la sentencia apelada con imposición de costas de la apelación a don J. S.

Casación por infracción Ley.—Motivos:

Primero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.521 e interpretación errónea del

1.526 del Código Civil. Las sentencias dicen que ha sido resuelto el derecho del primer adquirente a consecuencia del retracto, pero al producirse el retracto legal se produce una simple subrogación subjetiva y, en todo caso, la resolución del 1.526 no puede dejarse en manos de los particulares, sino que precisa una declaración de los tribunales, que es constitutiva. El Tribunal de instancia se ha excedido en sus facultades que vienen delimitadas por la petición de la parte actora al resolver sobre una cuestión que estaba al margen de este pleito.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la no aplicación de los artículos 1.157, 1.450 y 1.511 e infracción de la doctrina jurisprudencial alegada.

Se incurre en la contradicción patente de no distinguir el contrato perfecto entre don J. S. y doña C. B. y el consumado entre don J. S. y doña G. G. Se acuerda la resolución del perfecto y no consumado, en virtud de una acción dirigida contrariando lo previsto en el artículo 66 del Reglamento del Patrimonio Forestal y no contra el último adquirente, sino frente al que la había retransmitido y se encontraba privado de todos los derechos y obligaciones sobre el inmueble.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no aplicación de los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil y la doctrina citada del Tribunal Supremo. Se ha planteado una cuestión, reiterada en apelación, que no ha sido resuelta. Es la excepción planteada en la contestación, de la existencia de causa ilícita en los contratos objeto de esta litis. La forma clandestina del otorgamiento de las enajenaciones al ser contrarias a la legislación de Montes priva a las partes de toda acción entre sí.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.156, 1.123 y 1.124 del Código Civil. La resolución supone reponer las cosas al estado que tenían antes de su celebración. El fallo recurrido al estimar la acción resolutoria infringe estos preceptos, por ser el contrato de cesión consumado e irrevocable y extinguido por su cumplimiento.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de la doctrina del Tribunal Supremo citada en relación con la Legislación contenciosa-administrativa, el Estatuto de 21 de enero de 1925 y el artículo 687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no estimar la excepción de falta de legitimación en el proceso, por no haber emplazado al abogado del Estado con arreglo a la Legislación de Montes.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del 348 del Código civil y doctrina legal que lo desarrolla y se cita, en relación con el artículo 1.790 interpretado por las sentencias citadas, así como las de los artículos 1.293 y 1.528 del Código civil. El fallo recurrido no considera que el derecho de retracto legal es una de las limitaciones puestas por el legislador al derecho dominical y que opera *erga omnes*. La compradora sobreseyó voluntaria y arbitrariamente la defensa de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, asumidas a tenor de los artículos 1.511 y 1.525 del Código civil en relación con el 66 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado. La sentencia recurrida no aprecia que ha desaparecido del moderno derecho el recurso de revocabilidad por lesión y que el

perjuicio causado es imputable a la parte que exige el resarcimiento, porque la propia perjudicada abandonó la defensa de sus derechos.

Séptimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.101, en cuanto atribuye la lesión reclamada, al abono del deber en que supone incidente a don J. S. de defenderse en el expediente administrativo seguido por el Patrimonio Forestal del Estado y no el deber asumido por doña G. G. que se limitó a intentarlo. Todos los derechos y todas las obligaciones del cedente quedaron extinguidos por la segunda transmisión enteramente consumada. El fallo desconoce el principio de que las cosas perecen para su dueño, previa una flagrante infracción de las Leyes fiscales, por la falta de pago del Impuesto de Derechos Reales a su cargo, y le reconoce una acción civil que viene, por ella, caducada y consentida en la administrativa.

Octavo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea de la sentencia de 27 de septiembre de 1962 que resolvía «sobre una maniobra para burlar o dificultar el derecho del demandante reconocido por una sentencia firme». No hay identidad, ni siquiera analogía entre los problemas jurídicos en contraste, sino la equivocada sinonimia entre rescisión (anulabilidad referida a lesión) y resolución (reducción a la nada de un contrato válido). Supuesta la acción resolutoria que estima el fallo, es improsperable, porque la demandante la desnaturaliza, al perder lo que dio sin dar lo que recibió, como se prevé en los artículos 1.295, 1.303, 1.307 y 1.308 y aún en el 1.124 y 1.123, citándose la doctrina legal al respecto.

Noveno.—Amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 359 y 362 de la misma Ley y de la doctrina legal citada. El fallo condena a don J. S. en concepto de comprador y estima a doña G. G. con el carácter de vendedora, en visible incongruencia con la súplica de la demanda.

Décimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.100, 1.102 y 1.108 y violación de la doctrina legal citada. Se condena al pago de los intereses desde la fecha del acto de conciliación sin tener en cuenta que lo solicitado es una resolución del contrato que empieza a producir sus efectos desde el momento en que la misma se estime, ya que desde entonces nace la obligación de reintegrar la prestación recibida.

Considerando: No conteniendo el fallo pronunciamiento alguno sobre el contrato de compraventa otorgado entre el recurrente y doña C. B. es evidente la improcedencia del motivo.

Considerando: Tales normas hacen referencia a cuestiones no tratadas por la Sala, que en base a la frase contenida en el contrato, «el comprador toma posesión de la finca», estima consumada la compraventa, entendiendo que la cláusula que dice «que la escritura se otorgará al terminar el pago del precio» no implica reserva de dominio de la vendedora.

Considerando: La resolución contractual declarada en el fallo no se funda en la existencia de causa ilícita o torpe, único supuesto de los citados preceptos. La denuncia de que no se resolvió en la sentencia una cuestión planteada oportunamente en ambas instancias se debió hacer por el cauce procesal adecuado del número 3.º del artículo 1.692 y no por el número 1.º

Considerando: En el cuarto motivo se da por supuesto que el contrato que la sentencia declara resuelto es una cesión, cuando el Juzgador lo califica de compraventa sin apoyar su fallo en ninguno de los preceptos que se dicen vulnerados ni en la existencia de condición incumplida.

Considerando: Es jurisprudencia constante de este Tribunal que los preceptos de carácter administrativo no pueden servir de fundamento a un recurso de casación civil y basta examinar el contenido de la demanda para excluir el *litis consorcio* pasivo necesario porque en ningún supuesto la sentencia dictada puede afectar al Patrimonio Forestal del Estado, al que habiendo ocupado la finca en virtud de retracto, cuya validez no ha sido discutida, le es ajena la cuestión de nulidad o validez contractual instada.

Considerando: Los Motivos sexto y séptimo deben desestimarse por tener su razón de ser en el error de estimar como base jurídica del fallo la declaración de existencia de una lesión patrimonial y tiene su *ratio juris* en la existencia de un retracto legal.

Considerando: Se cita como infringida una sola sentencia y la Jurisprudencia de esta Sala reiteradamente establece que la doctrina debe reiterarse en repetidas decisiones del Tribunal Supremo y deviene necesaria la desestimación cuando la citada sentencia establece aquello que el Juzgador le atribuye.

Considerando: Aparece con perfecta nitidez que se debe a un puro error material que no afecta en forma alguna a la claridad y además se infringió lo dispuesto en el artículo 1.729, incidiendo en causa de desestimación.

Considerando: Declarada la resolución en debido acatamiento al precepto del artículo 1.526 del Código civil, la condena a la devolución de precio e interés viene impuesta por lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código y doctrina legal que lo interpreta, por lo que el Tribunal de instancia no ha cometido infracción de disposiciones que no aplicó.

Considerando: La desestimación de todos los Motivos lleva necesariamente a la del recurso.

Fallo.—No haber lugar al Recurso de Casación. Condena al recurrente al pago de las costas ocasionadas y a la pérdida del depósito constituido.

LA UNICA CUESTION DEBATIDA ES DE MERO HECHO Y SE REDUCE A DETERMINAR SI EL BIEN INMUEBLE SOBRE EL QUE LA DEMANDA EJERCITA UNA ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO, FUE ADQUIRIDO POR EL RECURRENTE PARA SI O PARA LA SOCIEDAD REFERENCIADA EN LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—Entre los actores, el demandado don M. R. G. y otros, se constituyó sociedad de responsabilidad limitada bajo la razón «J. R. G., S. L.», y se adaptaron los Estatutos a los preceptos de la nueva Ley, habiéndose inscrito ambas escrituras en el Registro. Por compraventa de participaciones sociales la sociedad quedó integrada solamente por los actores y don Miguel R.

Don Miguel R. adquirió para la sociedad un trozo de terreno... en virtud de contrato privado con el hoy fallecido don A. Y. M., como mandatario del dueño de los terrenos don José Dolores A. Y., demandado. En la misma fecha y por los mismos comparecientes se suscribió un contrato aclaratorio del anterior con cláusulas referentes a la adquisición, precio verdadero de compra y recobro de posesión del paso interceptado.

Con anterioridad a la fecha de adquisición del terreno, don Miguel R., que llevaba las negociaciones de compra, dio cuenta a la Junta General del estado de su gestión y, obtenida la oportuna autorización, realizó la compra y suscribió una carta dirigida a la sociedad, reconociendo la propiedad de ésta pese a figurar el terreno adquirido a su nombre en el documento privado.

Efectuada la entrega inicial convenida, la finca figuró en el activo de la sociedad, aún sin haberse otorgado escritura y se poseyó por la entidad mercantil, destinándose a secadero de pescado.

Ante la grave situación surgida y a propuesta de la Gerencia, la Junta General acordó la venta de la factoría de salazones de pescado, harinas y subproductos a don E. O. y se autorizó a don José R. y don Miguel R. para que otorgasen la oportuna escritura de compraventa, como se hizo.

La sociedad acordó por unanimidad su disolución, por cese de sus actividades y se designó a don José R. y don Miguel R. como socios liquidadores, con facultad de otorgar la escritura de disolución y presentar balance a la Hacienda, realizando cuantos actos fuesen necesarios para alcanzar la extinción de la sociedad y la inscripción de su disolución en el Registro Mercantil. El acuerdo tomado no se cumplió, con grave perjuicio para el actor don E. F., quien más de un año después requirió a don José y a don Miguel para que, cumpliendo el acuerdo tomado liquidasen la sociedad. Prestó su conformidad don José y se comprometió a requerir inmediatamente a la Gerencia, don Miguel, quien respondió que oportunamente se cumplió con lo que dispone el artículo 30 de la Ley y lo ordenado en los Estatutos Sociales, habiéndose celebrado las Juntas reglamentarias con asistencia del señor requirente. Otros requerimientos siguieron con el mismo fin y por último los actores requirieron al demandado para que otorgara ante Notario la oportuna escritura de compromiso para celebrar juicio arbitral. Se contestó a dicho requerimiento que llevada a efecto la venta de la totalidad de los bienes, don José, administrador adjunto, se quedó con todos los documentos sociales. Ante tal afirmación, don José se personó en el local donde se hallaban los documentos, tomó los que juzgó necesarios y los llevó al domicilio del antiguo contable para que éste los pusiera al corriente y acabar con esta enojosa situación. Después de haber afirmado don Miguel en documento público lo antedicho, formuló denuncia por robo de los libros y tramitó el oportuno sumario contra don José y el contable, por el supuesto delito de falsedad en documentos mercantiles, cuya falsedad resultó evidente ante el asombro de los procesados. Practicada prueba pericial a su instancia, se averiguó que la falsedad se había cometido por don Miguel, a quien se le instruyó otro sumario. En el primer sumario se dictó sentencia absolutoria contra los dos primeros procesados.

La negativa a liquidar la sociedad se debía a la ambición de hacer suyo el solar adquirido por él para la sociedad y las falsedades en los documentos mercantiles (libro Diario) iban dirigidos al mismo fin, es decir, para apropiarse del solar e intentar venderlo a tercera persona.

Don A. Y. M. sólo tuvo relación con la sociedad derivada de la venta de que se trata y requirió notarialmente a don Miguel, en su calidad de Gerente, el abono de una renta para la utilización de un solar que se había cedido o para que lo desalojase. A su vez «J. R. G., S. L.», requirió al señor Y. M. para deslindar y medir el terreno, y comprobar si la parcela resultante tiene o no los dos mil metros cuadrados que la sociedad compró en documento privado. Pocos días después el señor Y. M. requiere nuevamente a don Miguel, como Gerente, para notificarle la fecha del deslinde, demostrándose así que también el pri-

mero conocía el documento de propiedad de la sociedad sobre el solar debatido.

La sociedad desde el momento de la compra (1 de diciembre de 1952), siempre tuvo por suyo el solar, según se prueba por los pagos realizados, requerimiento de deslinde y demás documentos y el terreno se poseyó y utilizó por dicha entidad como secadero de pescado. Por la mala situación económica de esta sociedad se hipotecaron todos sus bienes a favor de la entidad «M». Al tener conocimiento los actores de que don Miguel había requerido al también demandado señor A. Y., para que le otorgase escritura de venta del solar, requirieron al último para que se abstuviera de otorgar tal documento y de aquí la necesidad de demandarlo, para que frente al mismo surta efecto la declaración de dominio del solar discutido.

Suplico.—Sentencia declarativa que el solar descrito era propiedad de la entidad «J. R. G., S. L.», y obligando a los demandados a estar y pasar por ello, con expresa condena en costas.

Contestación.—De don José Dolores A. Y.

Don A. Y. M., su tío, compró unos terrenos que le donó, y él, a petición de su tío, le otorgó poderes con amplias facultades de disposición. Respecto a la compraventa, objeto de la demanda, tuvo su primera noticia a través del requerimiento notarial de don Miguel, a fin de que le otorgara la correspondiente escritura. Después fue requerido por los actores y respondió que cuando entre los requirentes se aclarase el derecho, otorgaría la escritura. A pesar de esta razonable postura, don Miguel volvió a pedirle lo mismo por acto de conciliación en los términos ya dichos y se le planteó un pleito de mayor cuantía. Al estudiar detenidamente la cuestión, llegó a la certidumbre de que el solar fue vendido a la entidad «J. R. G., S. L.», aunque por conveniencia en el documento privado de 1 de diciembre de 1952 figuraba como comprador don Miguel, a la sazón Gerente de dicha entidad.

Suplico.—Sentencia como en justicia correspondiera.

Contestación de don Miguel R.

El trato con el señor Y. M. fue muy distinto del expuesto y a los acreedores les bastaría con pedir una certificación del Libro de Actas. Las relaciones para la preparación del contrato fueron muy laboriosas y el mismo día, después de la firma del documento privado, se firmó un documento de aclaración. Dichos contratos demuestran que el único adquirente y contratante fue el propio demandado y desde su adquisición los gozó en pacífica posesión.

En el requerimiento del señor Y. M. no determina de modo claro cuales eran los terrenos que para secadero de pescado utilizaba la sociedad y que estos terrenos no fueron los de la propiedad de don Miguel, adquiridos del señor Y. M. en el documento privado ya citado, cuyo contrato fue firme y consentido desde aquella fecha.

La entidad «J. R. G., S. L.», no conocía los términos del contrato de primero de diciembre de 1952, ni siquiera donde estaban los secaderos de pescado, que graciosamente consiguió don Miguel R. y puso a disposición de la sociedad; que había contradicción en lo dicho por los actores, porque la situación económica de la sociedad, en el momento que se trataba, no permitía el pago inmediato de una liquidación de Derechos Reales, ni efectuar el pago al contado que exigía el señor Y. M. para otorgar la escritura pública. Los actores

para tener motivo de iniciar el pleito contra don Miguel, se apoderaron de los libros que guardaba como Gerente de la Sociedad, se produjo la demanda policial y el sumario, pudiéndose comprobar que en los libros se había efectuado una transformación y sustituido los libros auxiliares por otros de nueva fabricación; confeccionada la nueva contabilidad, los actores requirieron a don Miguel para notificarle el cierre de cuentas y la confección del balance e inventario, citándole para una reunión, con la advertencia que de no acudir a la misma se procedería a señalar arbitrios de acuerdo con lo previsto en los Estatutos; la Audiencia Provincial en el sumario instruido procesó a don F. S., por aparecer que él mismo, de acuerdo y por indicación de don José realizó las alteraciones y raspaduras en los libros sociales. Los restantes hechos de la demanda hacían «juegos malabares» sobre los libros de contabilidad confeccionados por el señor F. S., mientras los tuvo secuestrados, pero ello se aclararía por la prueba pericial.

Suplico.—Absolución de la demanda, con imposición de las costas a la parte actora.

Sentencia de la Primera Instancia.—Dio lugar a la demanda y declaró que el solar objeto de *litis*, descrito en el documento privado de 1.º de diciembre de 1952, pertenecía por entero a la Sociedad Limitada en liquidación, «J. R. G.», mandando a los demandados estar y pasar por esta declaración y consecuencias legales que se derivan, sin expresa imposición de costas.

Apelacion.—De don Miguel R. Confirma la apelada, sin expresa imposición de costas causadas en la alzada.

Casación.—De don Miguel R. Por infracción de Ley en base a los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

MOTIVOS.

Primero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida violaba el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El litigio se inició por los actores en solicitud de que un terreno segregado de otro de mayor extensión, inscrito a favor del codemandado J. D. A. Y., y vendido al demandado por documento privado, hoy elevado a escritura pública, fuese declarado propio de la Sociedad «J. R. G., S. L.», pese a ello no se pidió la declaración de nulidad o cancelación de la correspondiente inscripción y la norma del artículo 38 es de derecho necesario, e incluso aplicable de oficio; la circunstancia de que la escritura de elevación del contrato de 1.º de diciembre de 1952, estuviera pendiente de inscripción, no es obstáculo a la estimación de este motivo, por cuanto la inscripción subsiste a nombre del codemandado, don J. D. A., aunque el solar figure formando todavía parte de la finca de mayor extensión; el hecho de la inscripción se reconoció de contrario al solicitar anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad; no es obstáculo para la violación del artículo 38 de Ley Hipotecaria, que la acción ejercitada sea la declarativa del dominio y no la reivindicatoria, porque, en definitiva, la declaración solicitada y que la sentencia recurrida hace, contradice lo que del Registro de la Propiedad aparece y por lo mismo se viola este precepto hipotecario que prohíbe ejercitar cualquier acción que contradiga el dominio

inscrito sin entablar previamente o a la vez demanda de nulidad o cancelación de la inscripción.

Segundo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al producirse en la sentencia error de hecho en la apreciación de la prueba, declarándose que «el solar objeto de la *litis*, pertenece por entero a la Sociedad Limitada en liquidación «J. R. G.», y frente a esta declaración existen en autos dos escrituras notariales, aportada la primera con la demanda, y la segunda en periodo probatorio con citación contraria y demás requisitos necesarios, que patentizan la equivocación evidente del Juzgador. El primero de los documentos es la escritura de venta de la industria, inmuebles e instalaciones por don José R. y su hermano don Miguel, como representantes de la vendedora, en 11 de septiembre de 1958 y al determinarse los linderos se lee «al Poniente o izquierda con terrenos de la propia Comunidad, hoy don Miguel R. G. El segundo documento es el acta notarial de requerimiento de don Miguel, en propio nombre, a don A. Y. M., como mandatario de don José Dolores A., en 5 de marzo de 1955 para llevar a efecto lo convenido en el documento privado de 1 de diciembre de 1952, para proceder al deslinde y medición de la parcela referida y a «entregar y poner a disposición de don Miguel R. G. inmediatamente por junto al otro costado de la factoría..., una parcela que sea suficiente a completar los dos mil metros cuadrados por él mismo comprados». Sobre la autenticidad de los documentos citados, reconocidos por las partes, no podía haber duda alguna y ni en Primera ni en Segunda Instancia se hace mención de los mismos; cumpliendo tales documentos los requisitos exigidos para su autenticidad por la doctrina de este Alto Tribunal. En ambos se hacen declaraciones sobre el solar a que este pleito se refiere, identificado en el primer documento por su propia situación (a Poniente) y en el segundo por la referencia al contrato de 1 de diciembre de 1952; para la apreciación del error de hecho establece la doctrina de este Tribunal que es preciso que en el documento conste de un modo terminante lo contrario de lo dicho en la sentencia o que esté en clara contradicción con el hecho que se tiene por cierto en la sentencia y en este caso precisamente se encontraban.

Tercero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por notorio error de derecho en la apreciación de la prueba, por inaplicación del artículo 48 del Código de Comercio, pues la sentencia recurrida acepta los Considerandos de la de Primera Instancia y estima como medio de prueba «hasta que no se pronuncie sentencia firme sobre su falsedad...», los asientos de los libros de contabilidad de la sociedad, con olvido de reiterada jurisprudencia que tiene declarado que la fuerza probatoria de tales libros es escasísima o nula fuera de lo referente a tráfico mercantil, y aquí se trata de una compraventa civil; a todo ello hay que añadir las sentencias dictadas por la Audiencia T. de L. P. en dos sumarios incoados en relación a las enmiendas, raspaduras e interpolaciones que declararon probada la comisión de un delito de falsedad, por lo que tales asientos carecen en absoluto de valor probatorio y además la prueba de los libros no se practicó en forma, ni con las garantías exigidas por la ley, ni con citación contraria, pues se limitó a la aportación de testimonio en fotocopia de algunos asientos de los libros de contabilidad unidos a otro procedimiento.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida de los artículos 1.249 y 1.253 del Código

civil, puesto que se acudió para la resolución del litigio a una presunción no establecida por la Ley, ya que la jurisprudencia tiene reiteradamente establecido el carácter supletorio de la prueba de presunciones, a la que no es lícito acudir, sino cuando no queden demostrados los hechos por los demás modos de prueba del artículo 1.215 del Código civil y en el documento privado de 1 de diciembre de 1952, hoy elevado a escritura pública, se constata de modo expreso que don Miguel interviene en su propio nombre y derecho, por lo que a éstos términos claros y precisos había que atenerse, máxime cuando estaban conformes con los actos coetáneos y posteriores de don Miguel, que en los diez años estipulados para el pago del precio aplazado se ocupó insistentemente en su propio nombre y derecho de ofrecer el precio al vendedor y requerirle para que lo aceptara y le otorgara escritura pública, demandando a tal fin a don José Dolores A., obteniendo sentencia favorable, llevada a ejecución en rebeldía del vendedor-demandado; en cambio la Sociedad deja transcurrir todo el plazo sin realizar gestión alguna conducente a tal fin, lo que bastaría para hacerle decaer en su derecho; pero además reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para la admisibilidad de la prueba de presunciones que entre el hecho demostrado y el que se pretende demostrar exista un enlace preciso y directo; y entre el hecho demostrado (contrato de venta del solar suscrito en su propio nombre y derecho por don Miguel) y el que se pretende demostrar (que lo adquirió para la Sociedad) no existe este enlace, sino muy al contrario que don Miguel lo compró para sí; en la sentencia se establecía el enlace existente «dada la prueba practicada», pero en todo caso si la conclusión se obtiene no por inmediata inducción del hecho demostrado, sino a través de otros elementos, se incumple el requisito exigido por el artículo 1.253 y la jurisprudencia que lo interpreta; pero aún admitiendo que el enlace pudiera establecerse indirectamente, a través de una cadena de razonamientos, tampoco era ajustada a derecho la sentencia recurrida, porque el enlace tiene que ser consecuencia racional e ineludible de la existencia del hecho demostrado sin poderse aplicar a otras circunstancias y si el enlace (entre el hecho y la deducción) es «la prueba practicada», es evidente que de ninguno de los elementos de ella, ni de su conjunto, puede obtenerse la conclusión que se obtiene (que el solar fue adquirido para la Sociedad); que no podía deducirse la existencia de un mandato, del hecho de que don Miguel en un acta notarial redactada, según minuta del Letrado de la Sociedad, manifestase que ésta había adquirido el solar, en contradicción con lo expresado en el documento de formalización de la compraventa, ello patentizaba un error del letrado y fue considerado intrascendente y así lo demostraba el posterior requerimiento al vendedor en 5 de marzo de 1955; además en la escritura de hipoteca constituida en favor de la Cooperativa «M», interviene solamente don J. R., en nombre de la Sociedad «J. R. G., S. L.» y no el demandado don Miguel, sin que pueda considerarse, a efectos de establecer una presunción, la declaración de don José; después de la descripción de la finca de tener cuatro mil metros cuadrados, no obstante, aparece en el Registro con los dos mil que expresaba en su descripción; los asientos de contabilidad carecían de valor, en virtud de las sentencias recaídas en la jurisdicción criminal y de los elementos probatorios tenidos en cuenta no podía fundamentarse una presunción judicial, por carecer de enlace preciso y directo y menos era lícito fundar la conclusión en el resultado de la prueba testifical, tan pródiga en aseveraciones carentes de lógica, siendo además de tener en cuenta la admonición del 1.248 del Código civil; la Sala sentenciadora producía su fallo articulando como presunción, lo que no podía pa-

sar de conjetura, ya que lo único lógico era sostener que si don Miguel compareció en su propio nombre y derecho era porque adquirió el solar por sí y para sí y esto se corroboraba en la escritura pública de compraventa de los bienes de la Sociedad (de 11 de noviembre de 1958) y que en la que se señalaba como uno de los linderos de la factoría «el solar propiedad de don Miguel»; y la sentencia que sobre indicios sienta como presunción lo que es sólo conjetura y produce un fallo en pugna con la lógica, incide en infracción de los artículos 1.249 y 1.253.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea de los artículos 1.710 y 1.717, formulado como motivo subsidiario de los anteriores; sentando en base de su fallo la sentencia recurrida que el demandado intervino en la compraventa de autos con el carácter de mandatario *proprio nomine* aún cuando por cuenta de la Sociedad «J. R. G., S. L.» adviniendo como titular de la relación y necesariamente en tránsito al patrimonio del demandante, extraño a ella respecto de terceros, pero con acción directa para obligar a aquel a poner a su disposición la cosa adquirida, así como a la subrogación y cesión de sus derechos contra terceros, en virtud del mandato no representativo admitido incluso en forma verbal por los artículos 1.710 y 1.717 y recogido en la doctrina de este Tribunal; en el mandato sin poder, el titular único es el mandatario, aunque su titularidad es necesariamente provisional y en tránsito hacia el patrimonio del mandante, consecuencia inmediata es que se requieren dos transmisiones de dominio: del tercero al mandatario y de éste al mandante y, por lo mismo, para estimar los bienes en poder del mandante, es necesaria la previa declaración de la transmisión del mandatario al mandante, pues en otro caso se entendería que al realizar la adquisición encomendada, el mandatario automáticamente transmitirá el bien al mandante, y esta era la errónea interpretación de los artículos citados por la Sala, y menos puede llegarse a esta conclusión si se considera que don M. R. es el actual titular del terreno, en virtud de escritura otorgada en ejecución de sentencia, con base en el documento de 1 de diciembre de 1952, escritura cuya nulidad no se ha pedido ni declarado y en base a esta errónea interpretación se sienta en la sentencia recurrida que el mandante tiene acción directa contra el mandatario para obligarle a poner a su disposición la cosa adquirida; independientemente de que la tesis de la sentencia fuese correcta, la acción ejercitada no ha sido dirigida a que el solar «se pudiese a su disposición», sino la meramente declarativa.

Considerando: la cuestión única debatida en el pleito es de mero hecho y consiste en determinar si el inmueble sobre el que se ejercita una acción declarativa de dominio fue adquirido por el codemandado recurrente para sí, como sostiene, o para la Sociedad y este punto único, resuelto a favor de la tesis de los actores, por las sentencias de instancia, es el que sirve de tema a los cinco motivos del recurso y que pueden agruparse así: a) los números 2, 3 y 4 en que se trata de combatir la apreciación de la prueba, y b) los números 1 y 5 en que se plantean cuestiones jurídicas marginales para enervar la acción ejercitada.

Considerando: Respecto a los motivos del primer grupo es de tener en cuenta: a) Motivo segundo: que los documentos señalados como «auténticos», aunque no ofrecen duda en su legitimidad, no pueden recibir tal valor de autenticidad a los efectos de casación, ya que uno de ellos es un acta de requerimiento practicada a solicitud del alegante (como pretendido dueño del terre-

no en cuestión) y el otro una escritura de enajenación a un tercero en que, de pasada, se afirma la propiedad del hoy demandado, que en ella interviene, así como su hermano, actor en el presente pleito, pero que no puede resolver *a priori* la cuestión planteada, puesto que lo que se discute es el titular de la adquisición y no el hecho de la misma; es decir, si el comprador compró por sí y para sí o como mandatario de la Sociedad y en su provecho, por lo que lo constatado en la escritura encaja en la ficción jurídica que en la instancia se aprecia y no puede ser prueba de que no existiera, con la fehaciencia y evidencia que se requiere para demostrar en casación un error de hecho; b) en cuanto al motivo tercero, hay que observar que las reglas del artículo 48 del Código de Comercio no cabía aplicarlas en el ejercicio de una acción civil, pero además el error de derecho se produce cuando no se da a un determinado medio probatorio el valor y fuerza asignado por la ley, pero esta hipótesis es contraria a la del recurrente y no hay precepto legal que impida a un Tribunal conceder más o menos importancia a un determinado medio de prueba, si no hay otro privilegio que lo impida y mucho menos conjugar su valor con el de todos los demás aportados para llegar a una conclusión determinada que es lo ocurrido en autos; c) en el cuarto se hace un minucioso examen de toda la prueba practicada, desde el punto de vista del recurrente y bajo una errónea apreciación del cuarto Considerando de la sentencia del Juzgado que aparece aceptado, como los demás, por la Sala; como se expresa en la doctrina legal, siendo las presunciones una prueba indirecta para deducir de un hecho base (demostrado por otros medios de prueba) un hecho-consecuencia, es preciso que el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por medios directos, pues si la tiene huelga la presunción, de todo lo cual se infiere que si el Juzgador ha pasado de un hecho a otro, no limitándose a un simple raciocinio lógico, sino a través del examen de toda la prueba practicada, esta ha sido directa y no presuntiva, ya que mal podía pasar el Juzgador, por la sola fuerza de la lógica, del hecho-base a un hecho-consecuencia, totalmente contrario a lo constatado por aquél, si la abundante prueba practicada y apreciaba no le hubiera permitido tal resultado y al no existir verdaderas presunciones, además de incurrir en señalar la infracción de preceptos no denunciados por la misma vía (artículos 1.249 y 1.253) se sustituye el criterio objetivo e imparcial de la Sala por el más propio del recurrente.

Considerando: En cuanto a los motivos primero y quinto plantean cuestiones jurídicas no traídas a debate por el demandado en el período expositivo del juicio por lo que merecen, a efectos de casación el calificativo de «nuevas»; además basta considerar que: a) el artículo 38 L. H. sienta un precepto prohibitivo, pero en el caso de autos no hay ejercicio de acción contradictoria del dominio inscrito en el Registro, porque el documento privado, ya elevado a escritura pública, no contradice, sino que se apoya en los libros registrales; para que la alegación fuera estimable debiera haber inscrito el codemandado-comprador su derecho con anterioridad a la presentación de la demanda y es lo cierto que no consta que lo haya realizado hasta la fecha; en cuanto al codemandado-vendedor no hay que olvidar que por no afectarle a sus intereses, no se opuso a la demanda ni recurrió contra la sentencia; b) en cuanto al quinto y último motivo, basta para desestimarlos el considerarlo referente a un punto no suscitado en la instancia, y además, fijarse que la Sala no realiza exégesis alguna de los preceptos que se denuncian como mal interpretados y que la acción meramente declarativa de la propiedad que se ejercita, está amparada por el párrafo 2.º del 1.717, que sin razón se señala infringido, por lo que procede la total desestimación del recurso con los pronunciamientos de ley.

Fallo.—No haber lugar al recurso... Condena al recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

DECLARACION DE DERECHO DE OPCION Y SUBSISTENCIA DE CLAUSULA VERBAL PACTADA CON ANTERIORIDAD A LA REDACCION DEL CONTRATO, NO RECOGIDA EN ESTE, PERO CONFIRMADA EXPLICITAMENTE, CON POSTERIORIDAD A DICHA REDACCION (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1967).

Demanda.—Don J. O. D. es dueño de tres concesiones mineras y sobre ellas concertó con el actor contrato de opción de compra en 12 de noviembre de 1963, en el que concede un derecho de opción de compra de la mitad indivisa de tales concesiones mineras y sus demasías, así como del total de instalaciones existentes, por precio de 800.000 pesetas, plazo de cuatro años y precio de la opción de 200.000 pesetas, pagaderas a la firma del contrato, siendo durante los cuatro años la explotación conjunta, en igualdad de condiciones económicas para las partes y que si en este período el señor R. no usara la opción podrá continuar como arrendatario del 50 por 100 indiviso de las concesiones y demasías, con las condiciones que se detallan en el documento que se acompaña y que da por reproducido.

A pesar de lo pactado el actor es el único que contribuye a la explotación, negándose el demandado a atender sus gastos correspondientes, y a cumplir las condiciones del contrato.

Suplico.—Sentencia declarativa de su derecho en los términos ya expuestos.

Acumulación.—Emplazado el demandado compareció en autos y solicitó acumulación de los seguidos con el número... ante el propio Juzgado entre las mismas partes. En aquéllos se suplicaba sentencia condenatoria de pago a favor de don F. R. C., por la cantidad expresada, participación correspondiente en los gastos de explotación y mitad del precio del importe del carbón vendido, con imposición de costas al demandado.

Contestación.—En la primera demanda se pretende el reconocimiento de unos derechos que nunca se han negado y en la segunda el cobro de una cantidad que además de no ser la que pudiera deberle, no es exigible; siendo el demandado quien ha incumplido el convenio existente. El demandante anticipa gastos, pero también cobró el importe de las ventas de carbón extraído, reteniendo un camión y procurando que el demandado no pueda disponer como socio. Alude al pago de facturas por parte del señor O. y a liquidaciones y ventas y se opone a lo pedido de contrario, solicitando desestimación de las demandas, por falta de acción para promoverlas, imposición de costas y estimar la reconvencción añadiendo a las cláusulas del contrato de 12-XI-1963, que don Florencio debería adelantar los gastos y hacer las aportaciones necesarias para poner en rentable producción las explotaciones mineras, de cuyos adelantos el señor R. se resarcirá, y en la parte proporcional correspondiente al señor O., con el 75 por 100 de los beneficios que se produzcan hasta su total amortización. Y alternativamente: que se declare que la cantidad que por tales conceptos debe aportar el señor O. desde la iniciación de la explotación conjunta, hasta la fecha, es de 129.447,15, o la que resulte de la prueba prac-

ticada en liquidación en este pleito, sin perjuicio de las posteriores que correspondan; que si don Florencio no usase el derecho de opción podrá continuar, por los plazos fijados, en explotación conjunta y en iguales condiciones, pero debiendo abonar entonces a don Julio 10 pesetas por tonelada extraída; tanto las instalaciones y máquinas existentes en la fecha del contrato, como las posteriores, si no se hace uso de la opción, serán de la exclusiva propiedad del señor O., al final de los plazos previstos en el contrato; que cada parte podrá individualmente conseguir la autorización de la Dirección General de Minas que pertinentemente se interesa; que se condene a don Florencio a pagar los daños y perjuicios reseñados en la reconvención, de acuerdo con la prueba practicada, y en la cantidad fijada en la sentencia, o con fijación de las bases para su estimación en ejecución.

Sentencia de Primera Instancia.—Desestimando la demanda más moderna y estimando en parte la otra y la reconvención y sin expresa imposición de costas. Se declaró: 1.º Que durante el plazo de cuatro años, a contar desde el 1-XI-1963, se ejercerá la explotación conjunta, en igualdad de condiciones económicas de gestión, correspondiendo los gastos y beneficios por mitad a iguales partes a cada uno de ellos, aunque el señor R. deberá adelantar el dinero necesario para sufragar los gastos y poner en rentable producción las minas, de cuyos adelantos se resarcirá en la parte del señor O. con el 75 por 100 de los beneficios producidos hasta su total amortización. 2.º Que si don Florencio no usare del derecho de opción podrá continuar en los plazos fijados la explotación conjunta, en las mismas condiciones anteriores, pero con la obligación de abonar al demandado-reconviniente 10 pesetas por cada tonelada de carbón extraído. 3.º Que de no usar el derecho de opción, la maquinaria e instalaciones existentes al terminar los plazos, aunque daten de fecha posterior al contrato, serán de exclusiva propiedad del señor O. 4.º Que cualquiera de las partes podrá solicitar la aprobación ministerial preceptuada en la Ley y Reglamento de Minas, y la otra deberá cooperar en lo necesario para el normal desarrollo del trámite administrativo.

Apelación.—«Con desestimación de los recursos de apelación promovidos por ambas partes litigantes...» confirmando en todas sus partes y absolviendo a don Julio O. de los dos primeros pedimentos de la primera demanda, relativos a que se declare un derecho de opción y un precio de futura compra; así como de todos los pedimentos de la segunda demanda acumulada y absolvemos al señor R. de la petición reconvencional del señor O. sobre resarcimiento de daños y perjuicios; sin expresa condena de costas de la apelación.

Casación por Infracción de Ley; con apoyo en los motivos:

Primero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de derecho en la apreciación de las pruebas., por no dar al documento privado de 12-XI-1963 el valor de escritura pública entre las partes, de acuerdo con los artículos 1.218, 1.225 del Código Civil y la doctrina legal que se alega.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de ley, al declarar que el señor R. se obligó a anticipar el importe de los gastos de la puesta en marcha de la explotación, se interpretó con evidente error el contrato de 12-XI-1963 y se infringieron los artículos 1.281, párrafo 1.º; 1.283 y 1.285 del Código Civil. El citado docu-

mento comprende un conjunto de estipulaciones unidas por la común intención de comprar y vender la media indivisa de las minas, en el precio fijado, para su común explotación, si ésta se presenta «bondadosa», es decir, rentable, en el periodo de prueba de cuatro años y esta interpretación conjunta se viola. La contribución del señor R. a la explotación en común, en reciprocidad a la aportación por el señor O. de las minas, está representada por las 200.000 pesetas, precio de la opción. Los términos del documento son claros y ha de estarse al sentido literal de los mismos, sin poder alegar en su contra actos posteriores como los de pago por el señor R. de la mayor parte de los gastos de explotación y su anotación en un libro con la firma del señor O., en expresión de conformidad de pago, porque al haberse fijado definitivamente en el documento la voluntad de las partes, no consiente interpretación deducida de actos posteriores.

Tercero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error en la apreciación de la prueba, al estimarse que el señor O. no está obligado a la devolución de las cantidades anticipadas por el señor R., en cuanto a su mitad, sino en el 75 por 100 de los beneficios obtenidos y hasta su total amortización. Infringiendo por indebida aplicación el 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 549 de la misma Ley, admitido por esta Sala en sentencia 12-XI-1954.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida de los artículos 1.094, 1.254, 1.261 y 1.262, párrafo 1.º, del Código Civil, al estimar la existencia del pacto que obliga al señor R. a adelantar el dinero necesario para poner en rentable producción las minas litigiosas; que durante el plazo de cuatro años se daría la explotación conjunta en igualdad de condiciones económicas y de gestión en los términos ya dichos. Violación del 1.214 del Código Civil al desconocer que la carga de la prueba del pacto referido grava al señor O.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.281, párrafo 1.º; 1.285 y 1.286 del Código Civil, al no dar a una cláusula del contrato su natural significación y efectos. Los artículos 1.258, 1.113 y 1.114 del mismo Código y 35 de Ley de Minas y 119 de su Reglamento, al no declarar que los efectos del contrato están supeditados al cumplimiento de la condición pactada en la cláusula del contrato y autorización administrativa exigida. El contrato queda pendiente para elevarlo a definitivo de la aprobación ministerial preceptuada por la legislación de Minas.

Considerando: El motivo primero no puede prosperar porque el documento privado invocado por el recurrente no contiene declaración alguna sobre la subsistencia o abrogación de la cláusula convenida verbalmente con anterioridad por las partes; este problema es de índole jurídico-material y la solución no depende del simple hecho de haberse silenciado dicha estipulación oral en el documento, sino de cuál fue la común voluntad de los contratantes acerca de la sobrevivencia vinculante de la cláusula omitida.

Considerando: La sentencia recurrida estima que fue voluntad común de las partes la subsistencia de la estipulación verbal sobre la financiación de la

empresa, pese a no recogerse en el documento, y se basa en la declaración de cierto testigo, asesor del recurrente, quien manifestó que después de firmado el documento siguieron de acuerdo las partes y así lo manifestaron explícitamente. Antecedente de hecho que revela la inoperancia del motivo segundo, pues toda vez que existe una prueba directa y no desvirtuada, de la subsistencia de una cláusula verbal pactada con anterioridad, sobran las citas de reglas legales de interpretación de contrato, si la intención de las partes la declararon «de un modo paladino y categórico inmediatamente después de suscribir el documento».

Considerando: Los tres motivos siguientes tampoco merecen ser estimados. El tercero, porque según reiterada doctrina de este Tribunal, ya manifestada en sentencia de 18 de mayo de 1891, y confirmada en fechas recientes por las de 17-I y 13-XII de 1963 y 28-V-1963, la invocación del artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es inhábil para fundamentar un motivo en base del número 7.º del artículo 1.692, porque aquel precepto «no contiene una norma propia de la valoración de las pruebas».

El cuarto motivo, porque dicho artículo 549 no acuña un precepto de carácter substantivo, cuya infracción pueda tratarse en casación por el cauce del número 1.º del artículo 1.692, como ha dicho esta Sala en sentencia de 21-I-1959.

El quinto, porque la pretendida violación de los artículos del Código Civil prumeramente citados la funda el recurrente en hechos contradictorios a los admitidos como ciertos en la resolución impugnada y respecto a la supuesta violación del artículo 1.214 es jurisprudencia constante de este Tribunal que si el Juzgador «a quo» estima probado un hecho determinado, huelgan toda clase de disposiciones en torno al «onus probandi».

Considerando: En lo referente a la cláusula debatida, del documento privado referenciado, la cuestión discutida sólo fue cuál de los dos contratantes estaba obligado a solicitar la aprobación ministerial aludida en dicha cláusula, pero no sobre las cuestiones que por vez primera se plantean en este motivo, que por ello incurre en la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—Se declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto y condenamos al recurrente al pago de las costas ocasionadas y a la pérdida del depósito constituido

EJERCICIO DE ACCION REIVINDICATORIA DE UNA FIRMA QUE SE NIEGA POR CUANTO LA PRESCRIPCION ALEGADA CARECE DEL FUNDAMENTAL REQUISITO DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. APROVECHAMIENTOS EFECTUADOS EN MONTES COMUNALES POR CONCESION DE LA LEY, QUE NO AFECTAN A LA POSESION ALEGADA COMO TALES DUEÑOS. FALTA DE IDENTIFICACION DE LA FINCA OBJETO DE LA ACCION (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1967).

Demanda.—Don S. F. F. y otros labradores eran vecinos del barrio de Gutian, parroquia de San Jorge de Sacos, Ayuntamiento de Cotobad y partido judicial de Puente Candelas, como acreditaban, y en unión de los restantes vecinos del lugar venían poseyendo de tiempo inmemorial y de manera pacífica, quieta, pública, no interrumpida y en concepto de dueños, en comunidad de tipo germánico, el monte conocido por «Fonte Moscosa» o «Cerro» o «De-

vesa», en el que tenían sus casas-habitaciones y terrenos labrados y que tenía los límites señalados y una extensión de 130 hectáreas.

La posesión en concepto de dueños ya constaba en documentos de 1884, referentes a parcelaciones de dicho monte, hechas por los vecinos con casa abierta y sin intervención alguna del Ayuntamiento ni del Estado. Solamente los vecinos con casa abierta habían ejercitado actos dominicales sobre el monte: apacentando ganado, talando árboles, etc.

Además existían en el monte mojones de evidente antigüedad que no se compaginaban sino con el carácter de propiedad privada del monte. Habían circulado en el lugar, de residencia de los actores rumores de que el Ayuntamiento pensaba concertar la repoblación con la S. N. I. A. C. E. y esta entidad, sin título alguno, había comenzado sus labores de preparación para la plantación de eucaliptos. La privación del monte a los vecinos les acusaba gravísimos perjuicios, ya que era el único lugar donde podían apacentar sus ganados y el esquileo absolutamente necesario. Al comenzar los trabajos la S. N. I. A. C. E., se había presentado en el monte el vecindario de Gutiérrez en masa, como pacífica protesta contra el Ayuntamiento, y levantado el atestado por la Guardia Civil, se absolvió al vecindario en el correspondiente juicio de faltas.

Antes de comenzar los trabajos de repoblación se hicieron gestiones cerca del Ayuntamiento para que éste reconociera la propiedad privada del monte y se abandonaran los trabajos previo reembolso de los gastos hechos por el Ayuntamiento, pero éste trasladó la cifra a los vecinos para que fuera abonada por ellos, a lo que no se negaron en lo referente al bosque de su propiedad, pero sí en cuanto a los gastos hechos en otros bosques que no les pertenecían y que se incluían también en dicha cifra. Con motivo de las gestiones realizadas, conocieron los actores que el monte estaba incluido en el catálogo de los de Utilidad Pública, con el número 349, y con el nombre de «Fonte Moscosa» o «Cerbo» y que en Registro de la Propiedad no aparecía inscrito a favor del Ayuntamiento.

Para apurar la vía gubernativa se presentó escrito ante la Administración General del Estado en el Ramo de Montes, sin obtener respuesta y escrito ante el Ayuntamiento de Cotobad, al que recayó resolución negativa.

Además de los documentos justificativos de todo lo expuesto, se acompañó un croquis del monte en cuestión.

Suplico.—Sentencia declarativa de que el monte descrito era de la propiedad y dominio de los actores y demás vecinos de Gutiérrez, en comunidad de tipo germánico; ordenando la exclusión del mismo del Catálogo de los de Utilidad Pública y condenando a los demandados a reconocerlo así, a practicar dicha exclusión, abstenerse, en lo sucesivo, de acto alguno que perturbe la dicha propiedad y posesión y condenando al Ayuntamiento y a S. N. I. A. C. E. a la indemnización, a los titulares de dicho monte, de los perjuicios ocasionados, que fijarían en ejecución de sentencia, con imposición de costas a los demandados.

Contestación de la S. N. I. A. C. E.—Del propio documento presentado de adverso, resultaba que algunos de los actores carecían de legitimación activa para la cuestión debatida.

Las lindes mencionadas no enmarcaban el monte, sino una enorme cantidad de propiedades particulares que así pasarían a ser copropiedad de los actores y que muchos vecinos de otras parroquias eran titulares de propiedades dentro

de dichos lindes, sin ser parte en el pleito. La extensión limitada era unas diez veces mayor que la señalada en la demanda.

Los vagos actos de posesión atribuidos a los actores no demostraban que fueran propietarios, ya que el prorrato aludido de 1884 habría que autenticarlo y a lo sumo probaba un aprovechamiento comunal que se da en todos los montes comunales de los Ayuntamientos, sin que esto quiera decir que fueran propietarios. Además en el citado prorrato no sólo intervenían vecinos de Gutiérrez, sino todos los del Ayuntamiento.

En cuanto a los mojones referenciados, evidenciaban una parcelación de esporádicos aprovechamientos como monte comunal, colocados por los vecinos bajo tolerancia del Ayuntamiento, pero ni demostraban propiedad ni posesión y de ser cierta la tesis de los actores, los mojones delimitarían fincas concretas y no copropiedad en mano común.

Las actas notariales presentadas de adverso reflejaban lo contrario de lo que se pretendía, pues evidenciaban que se había adquirido madera a distintos vecinos de Gutiérrez, pero siempre previa autorización y de acuerdo con el Ayuntamiento de Cotobad.

Los actores silenciaban que en dicho Ayuntamiento existían antecedentes de la propiedad del monte de muy remota fecha, en los inventarios municipales, y el reconocimiento de los vecinos desde tiempo inmemorial, acreditado por el oportuno pago anual de recibos de aprovechamiento y por ser el Ayuntamiento quien siempre aprovechó el arbolado y participado en las cortas y si algún vecino quería aprovecharse tenía que pagar al Ayuntamiento.

Los propios vecinos manifestaron al Ayuntamiento que se comprometían a llevar a cabo el consorcio, abonando los gastos devengados a la Sociedad demandada, lo que de ser dueños no hubieran realizado. La demandada se había consorciado con el Ayuntamiento para la repoblación y se había publicado el correspondiente edicto en el «Boletín Oficial de la Provincia» sin oposición y luego se había firmado la correspondiente escritura, previa aprobación del Ministerio de Agricultura, y se habían iniciado los trabajos de corte de leña sin oposición de los vecinos, hasta que en septiembre de 1958 se provocó algún incidente y por orden del Gobierno Civil se suspendieron los trabajos hasta emitir informe sobre las reclamaciones de los vecinos de Gutiérrez. Este informe fue desfavorable y se autorizó la reanudación de los trabajos.

La zona consorciada, de 20 hectáreas, en dos parcelas distintas y alejadas, había sido en todo momento un inmenso matorral de tojo, roble y zarzal, inaccesible, y refugio de animales dañinos, quemándose cada seis u ocho años para poderse dedicar al deporte de la caza, único aprovechamiento a que se destinaba. Dicho monte se había ofrecido al Patrimonio Forestal del Estado, pero no se aceptó por su escasa rentabilidad y poca extensión.

Suplico.—Desestimación en base de la falta de legitimación activa o por inexactas, improbadas e improcedentes las razones de hecho y de derecho de la demanda y condenando en costas a los actores.

Contestación del Ayuntamiento de Cotobad.—Que era dueño, entre otros montes, del litigioso, que se hallaba incluido en el Catálogo de Montes de Utilidad de la Provincia desde su creación, en 1901, bajo el número 349, y que limitaba, como se referenciaba; contenía especies de tojo y brezo y tenía una cabida total de 106 hectáreas.

Figuraba como de propiedad municipal en el libro inventario del Ayuntamiento, quien lo había poseído como único dueño, sin perjuicio de los aprove-

chamientos de esquilmos, pastos y leñas, consentidos a los vecinos, según pro-rateos escritos o costumbres, siendo estos aprovechamientos menores.

No se hallaba inscrito en el Registro de la Propiedad, como tampoco lo estaban la mayoría de los bosques propiedad del Ayuntamiento, pero se habían realizado actos de propiedad sin oposición alguna, como cortas de pinos en 1956, en tres ocasiones. En el Distrito Forestal de Pontevedra se tramitaron expedientes a diversos vecinos por cortas fraudulentas y las indemnizaciones se ingresaron en el Ayuntamiento como único propietario, sin protesta alguna a pesar de figurar entre los sancionados algunos de los actores.

El Ayuntamiento pagaba la Contribución rústica correspondiente y los propios actores pagaban al Ayuntamiento una tasa por aprovechamiento de pastos, leñas y esquilmos, lo que evidenciaba la situación. Además varios de los actores habían trabajado al servicio de la S. N. I. A. C. E. en los trabajos de repoblación, sin pretender reclamación alguna. Otro de los actores, como Presidente de la Junta Parroquial y Delegado de la Hermandad de Labradores, presentó al Ayuntamiento demandado instancia para la concesión de unos pinos de «propiedad municipal dispersos por el Monte de Gutiérrez», como restos de la subasta realizada por la Corporación Municipal.

De conformidad con la política de repoblación el Ayuntamiento había celebrado un consorcio con S. N. I. A. C. E. para repoblar de eucaliptos diversas parcelas y se había publicado en el «Boletín Oficial del Estado» y aprobado por el Ministerio de Agricultura, sin reclamación alguna.

En 21 de septiembre de 1957 se presentó ante el Ayuntamiento un escrito firmado por 54 personas, entre ellos los actores, en el que se manifestaba que enterados del consorcio, se solicitaba dejar sin efecto dicho acuerdo que perjudicaba su pastoreo, leñas y esquilmos.

En ningún momento se alegó por los vecinos derechos de propiedad y, en cambio, ofrecieron indemnizar a S. N. I. A. C. E. de todas las labores de repoblación hechas y se ofrecían ellos mismos a repoblar. De acuerdo con esto, el Ayuntamiento solicitó liquidación a la Sociedad de los gastos realizados y lo notificó a los demandantes, que no abonaron la suma adecuada, por lo que la repetida Sociedad continuó los trabajos.

Los hechos evidenciaban que los actores no tenían derecho alguno de propiedad sobre tal monte y el reparto de 1884, sobre el que fundan su derecho, era un documento sin firmar y sin garantía alguna de autenticidad, y aunque fuera auténtico, ni se refería al monte litigioso, ni atribuía ningún derecho de propiedad, siendo muy corriente, además, en los pueblos y aldeas gallegos, la existencia de tales documentos.

La existencia de unos mojones nada acreditaba respecto de la propiedad y además estaba la declaración de una persona que había comprado a los vecinos la madera de dicho monte, pero aclarando que siempre con la autorización del Ayuntamiento.

La absolución de los vecinos en el juicio de faltas no prejuzgaba la cuestión debatida y la no inscripción registral a favor del Ayuntamiento nada probaba, por no ser la inscripción elemento esencial, ni aun formal del dominio.

Suplico.—Falta de legitimación activa. Sentencia desestimatoria y expresa imposición de costas.

Contestación del Abogado del Estado.—El Ayuntamiento era dueño y poseedor de dicho Monte, sin necesidad de probarlo, según el artículo 1º del Real Decreto de 1 de febrero de 1901, y 10 de la vigente Ley de Montes, y siempre

había ejercitado dicha posesión, según resultaba de las certificaciones del Distrito Forestal presentadas.

Repetía los hechos de las otras contestaciones y alegaba: falta de legitimación activa y falta de requisitos de la acción declarativa de dominio.

Suplico.—Sentencia desestimatoria e imposición de costas a los actores por su temeridad.

Sentencia de la Primera Instancia.—Estimó la demanda y la excepción de falta de legitimación activa, formulada por S. N. I. A. C. E. respecto a varios actores, y declaró que el monte descrito, deslindado y con expresión de cabida dada, «era propiedad de la comunidad de vecinos demandantes de Gutiérrez» y para su determinación precisa debía deslindarse de los montes municipales o propiedades colindantes, bien en ejecución de sentencia o por el procedimiento administrativo, condenando a los demandados a reconocerlo así, desestimando los demás pedimentos y no haciendo expresa condena en costas.

Apelación.—Revocatoria de la Primera Instancia y sin expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Casación por infracción de Ley.—Amparado en los números 1 y 7 del artículo 1.692.

MOTIVOS

Primero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 348 del Código civil, en relación con los artículos 1.940, 1.941 y 1.959 del mismo Código, pues desde el documento fundamental de 1.884 venían poseyendo como dueños; no es legítimo deducir que el monte sea comunal porque sea aprovechado por los vecinos comunitariamente, pues este género de propiedad es común en Galicia, como dice la sentencia del Juzgado y reconoce la Ley de Montes vigente en su artículo 4.º; además queda bien claro que el monte que figura en el Catálogo como del Ayuntamiento no es precisamente el reclamado por los recurrentes.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 348 del Código civil y jurisprudencia que lo desarrolla, al afirmarse que no existe la identidad del objeto de la acción reivindicatoria. El monte, propiedad de los recurrentes, está bien identificado, aunque sus lindes con el límite estén un tanto imprecisos y en autos se determina hasta su extensión, por lo que se cumple (en contra de la opinión de la sentencia recurrida) la exigencia de identidad de la cosa reclamada. En casi todos los montes existe relativa imprecisión en los límites y, de no admitirlo así, sería casi prácticamente imposible la reivindicación de monte alguno. Sería inadmisibles que admitida la prescripción se rechazase la reivindicación en base a la imprecisión por uno de sus lados.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida de los artículos 444 y 1.492 del Código civil, en relación con el 187 de la Ley de Régimen Local de 1.950 por considerar el monte reclamado comunal, pero en contra hay que afirmar que el monte cuestionado es un colindante con el incluido en el Catálogo.

Cuarto.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de hecho, basado en la contradicción en que incurre con la sentencia de Primera Instancia, cuyo tercer Considerando que determina la propiedad comunitaria del monte debe considerarse como documento auténtico, sobre todo si se relaciona con el documento del año 1884 y lo dicho en este Considerando no está contradicho por la sentencia recurrida, por lo que yerra ésta al calificarlo de comunal, ya que está probada la consideración de bien propio por la prueba pericial y la abundante testifical, desconocida por la Sala, que de la simple inclusión en el Catálogo y confundiendo dos montes extiende al de los reclamantes la calificación de comunal, siendo propio y adquirido por usucapición.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber incidido en el artículo 348 del Código civil en relación con el artículo 4.º apartado 2.º de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, por lo que aunque el monte estuviera incluido en el Catálogo, como bien comunal, deberían respetarse los aprovechamientos a favor de los vecinos, que tendrían un derecho de propiedad sobre dichos terrenos rústicos.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 348 y 349 del Código civil y 4.º apartado, 3.º de la Ley de Montes, artículo que reconoce la existencia en Galicia de montes pertenecientes a mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales, que habían de ser vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los que regularían el disfrute de sus aprovechamientos, para que sin perjuicio de los intereses generales del municipio, recibieran una justa participación los vecinos con derecho a los mismos y se reconoce la existencia en la provincia de Pontevedra, de montes como el de autos.

Considerando: La sentencia recurrida niega el justo título de dominio, por cuanto la prescripción alegada carece del requisito de poseer en concepto de dueño, ya que los aprovechamientos que se vienen efectuando en los montes comunales se realizan por concesión de la Ley y tampoco la finca ha sido identificada. A tal conclusión fáctica se llega analizando la prueba, en especial los planos y el dictamen pericial, lo cual por constituir hechos sólo pudo combatirse por el cauce procesal del número 7 del artículo 1.692 por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, resultante el primero de documentos que tienen carácter de auténticos a los fines del recurso y el segundo por error de apreciación de valor a un determinado medio de prueba y tal vía no es utilizada en ninguno de los motivos, pues el número 4 se ampara nominalmente en dicho ordinal 7.º, pero no lo es para combatir la apreciación de las pruebas, sino que se dirige a afirmar el error de hecho simplemente. La sentencia de Primera Instancia al haber sido revocada por la recurrida sin aceptar ninguno de sus Considerandos carece de toda virtualidad y no puede esgrimirse como documento auténtico a efectos de recurso y es preciso partir únicamente de los hechos afirmados por la recurrida que quedan imbatidos y producen el perecimiento de dicho motivo.

Segundo considerando: Los restantes motivos parten todos del justo título de propiedad y de la identificación de la finca, pero falta para estimar la prescripción el requisito esencial de la posesión en concepto de dueño y no se denuncian concreta y adecuadamente los preceptos que se estiman violados.

Se invocan otros que no han sido objeto de exégesis por el juzgador de instancia, no se denuncia que se haya atribuido a los preceptos legales un sen-

tido opuesto al que les corresponde, según normas gramaticales y lógicas; por un cauce inadecuado se intenta combatir la afirmación fáctica contraria a la identificación de la finca y se sientan simples afirmaciones que contrarían en un todo, los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia, lo que determina la desestimación de dichos motivos y del recurso, con las consecuencias legales de pago de las costas procesales por el recurrente.

Fallo.—No haber lugar al Recurso de Casación y condena en costas a los recurrentes.

E. I. M.

IV. FAMILIA

"SEPARACION JUDICIAL" DECRETADA EN VIRTUD DE SENTENCIA DE DIVORCIO. SENTENCIA FIRME, NO EJECUTADA, DE TRIBUNAL EXTRANJERO Y SEPARACION DE HECHO MUTUAMENTE CONSENTIDA. Valor de la sentencia de divorcio vincular dictada por Tribunal extranjero con posterioridad al Decreto de 2 de marzo de 1938. Limitación o no de los efectos derivados de dicha sentencia, e incidencia en el régimen económico-matrimonial y en los derechos sucesorios. Fernández c. Fernández González, Ministerio Fiscal y otros. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1969.)

Doctrina de la sentencia: Solicitada y obtenida judicialmente por la demandante la separación de bienes... y mantenido tal régimen por concorde asentimiento de los esposos hasta la disolución del matrimonio por muerte del marido, es obvio que las peticiones exclusivamente patrimoniales que, con posterioridad a aquel óbito, ha deducido la mujer sólo podrán ser atendidas si se conforman con lo reglamentado en nuestras Leyes civiles sobre tal separación patrimonial. Por vivir los cónyuges en régimen de separación personal y patrimonial, judicialmente declarada, durante más de un cuarto de siglo... existen circunstancias fácticas y jurídicas que privan a la actora del derecho a la cuota usufructuaria viudal que el artículo 834 del Código civil establece para otros supuestos. La demandante, por su propia voluntad y actuación, creó estados de derecho en relación con la vida conyugal. . por lo que es obvio que, en la presente litis, ha ido contra sus propios actos.

Antecedentes: I) *Hechos admitidos como probados* (1): A) La demandante y su esposo, ya fallecido, habían contraído matrimonio canónico y civil en La Habana en el año 1935, matrimonio que fue inscrito en el Registro parroquial, en el civil y en el del Consulado de España en dicha ciudad. B) La esposa, de nacionalidad cubana, instó en 1938—vigente en España el Decreto de 2 de marzo de 1938—, del correspondiente Juzgado de La Habana, sentencia de divorcio, acusando al marido de abandono; seguido el juicio en rebeldía

(1) Tomados del *Considerando primero* de la Sentencia; el apartado C) comprende los números 3, 5 y 6 del *Considerando*, resumidamente.

del marido, recayó en él la sentencia de 15 de septiembre de 1938, cuya parte *dispositiva* decía: «Debo declarar y *declaro* ha lugar la presente demanda de divorcio... y en su consecuencia, *disuelto* el vínculo matrimonial entre ellos existente, pudiendo contraer nuevo matrimonio...; decretó la *separación de bienes* de dichos esposos..., sin hacer pronunciamiento en cuanto a la culpabilidad de ninguno de los cónyuges, ni referente al depósito de la mujer ni a pensión para la misma por no haberse solicitado, ni sobre el cuidado de los hijos por no existir del matrimonio.. Y firme que sea esta sentencia, inscribase el divorcio en el Registro civil en que se verificó el matrimonio. ». Esta sentencia se anotó en el Registro civil donde se celebró el matrimonio, y quedó *firmada* al no haberse interpuesto recurso alguno contra ella; tampoco consta que se instará, por ninguno de los cónyuges, la ejecución de la misma. C) La esposa demandante, que en 1938 abandonó a su esposo, marchando a Cuba, no volvió a convivir con él y mantuvo una *completa separación* desde la fecha de la indicada sentencia, a pesar de que en los últimos años de vida del esposo tuvo su domicilio en la misma provincia española que el marido residía, quedaba recalcado que la actora evidenció una *conducta de absoluto apartamiento y abstención* respecto a la persona del que fue su esposo. D) Tanto la actora como el que fue su marido eran tenidos en el concepto público como de estado *divorciado*, condición que cada uno de ellos hizo constar en los documentos públicos otorgados durante el largo intervalo de separación hasta la muerte del marido. E) El marido, previa la necesaria autorización dada por el Juzgado de Primera Instancia, otorgó en 1957 escritura de *adopción* a favor del menor J. R., también demandado en la litis presente F) Dicho señor, en 1961, había otorgado *testamento*, en el que, entre otras cosas *declaraba* los hechos relativos al divorcio y a la adopción, ya reseñados; y *disponía* el usufructo vitalicio de un tercio de su caudal a favor de una hermana—también demandada—e instituía heredero universal al hijo adoptivo, designando contadores partidores—también demandados—. La esposa, por tanto, era ignorada completamente por el testador.

II) "*Petitum*" de la demanda: Que se declare: 1. Que don ... había fallecido, sin ascendientes ni descendientes, en estado de *casado* con la actora mediante matrimonio celebrado canónicamente en La Habana. 2. Nulo y sin efecto el auto dictado en expediente de adopción, que dio lugar a la adopción del niño... 3. Sin valor ni efecto alguno legal las *manifestaciones* hechas por el marido de la actora en su último testamento... relativas a su divorcio y adopción, sin perjuicio y con subsistencia de las restantes manifestaciones y disposiciones testamentarias no afectadas por este pronunciamiento o los anteriores. 4. Disuelto el matrimonio de la actora por la *muerte* del marido.. y conclusa en la fecha de la muerte la sociedad de gananciales formada por ambos cónyuges, decretando la liquidación de la misma con arreglo a la Ley, y procediéndose en primer lugar a la formación del oportuno inventario. 5. Que, habiendo fallecido dicho señor sin descendientes ni ascendientes, corresponde a la actora, como cónyuge sobreviviente, el usufructo de los dos tercios de la herencia causada. 6. Que se condenase a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores... y a practicar en ejecución de sentencia, siguiendo las normas procesales del juicio de testamentaria, el inventario, la liquidación de la sociedad de gananciales y las operaciones particionales de la herencia de don ..

La parte demandada, en su *contestación*, suplica se desestime totalmente la *demandada*.

III) *Consecuencias jurídicas de los hechos consignados* (2): A) *El Juzgado* dictó sentencia absolutoria, rechazando la demanda, fundándose principalmente en el *hecho* de que la hoy actora *no utilizó a su tiempo* los derechos que la Ley española de 23 de septiembre de 1939 concedía a los cónyuges divorciados, para conseguir la anulación de las sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles; por lo que entendió que la actora carecía de acción para postular las pretensiones deducidas en la demanda.

B) *La Audiencia*, en su *Considerando segundo*, dice literalmente que «el punto crucial de este litigio depende, casi exclusivamente, del *valor* que se conceda a la sentencia de divorcio vincular dictada por el Juzgado de La Habana, en la que se fundan los demandados personados para formular sus primeras excepciones»; siguiendo el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal en su escrito de Conclusiones, concede *plena validez* a la sentencia de divorcio a los efectos de cosa juzgada, y estimando *parcialmente* la demanda declaró: 1. Que don ... falleció sin ascendientes ni descendientes y en estado de casado en únicas nupcias con doña ... (la actora), bajo su último testamento otorgado ante el Notario ... 2. Sin valor legal alguno las manifestaciones hechas por don ... en su citado testamento relativas a su divorcio... 3. Que corresponde a la demandante, como cónyuge sobreviviente, el usufructo legal de los dos tercios de la herencia causada por su esposo. 4. Condenamos a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a practicar en ejecución de sentencia, por las normas del juicio de testamentaria, las pertinentes operaciones particionales de la herencia de don ... hasta dejar ultimado el correspondiente cuaderno particional, su aprobación y protocolización. Y desestima el resto de la demanda, de cuyas peticiones absolvía a los demandados.

C) *Recursos interpuestos contra la sentencia de la Audiencia:*

— Por parte de *la demandante*, basándose en *tres* motivos:

1. Por violación del artículo 1.407, en relación con los 1.392, 1.393, 1.934 y 1.401 del Código civil, ya que la sentencia recurrida reconoce estar *disuelto* el matrimonio, correspondiendo a la recurrente el usufructo viudal, pero después *soslaya* todo lo relativo a la sociedad de gananciales, sin que en autos se haya acreditado la existencia de bienes propios del marido.

2. Por violación de los artículos 1.417, 52 y 1.426 del Código civil, porque si a la Audiencia no le ofrece duda la subsistencia del matrimonio, sin que lo interrumpiera el divorcio celebrado en país extranjero, «hasta el extremo de anular la adopción realizada sólo por el esposo»—sic—(3), no es posible después soslayar e inaplicar los preceptos legales citados.

3. Por violación de los artículos 4, 9 y 1.433 del Código civil y del Decreto de 2 de marzo de 1938, al aplicar a la recurrente la doctrina de los «propios actos», lo que presupone que las dos actuaciones contradictorias sean válidas y eficaces, cosa que no ocurre en el caso al ser estimado el divorcio como *no válido* y el matrimonio subsistente, y además tal argumentación está en contradicción con los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

(2) Tomados del *Considerando segundo* de la Sentencia: a salvo el apartado C) en orden a los dos Recursos interpuestos, que extracto. Los subrayados son míos.

(3) No es cierta esta afirmación: puede verse algo más arriba la parte dispositiva de la sentencia recurrida, que no alude a la adopción.

— Por parte de los *demandados*, apoyando y reforzando en trece motivos los argumentos del Juzgado, que a continuación se exponen en forma sucinta:

1. Por abuso o exceso de jurisdicción y violación del principio de Derecho internacional «*locus regit actum*» consagrado en el artículo 11 del Código civil, que impone el reconocimiento de la soberanía cubana en materia de divorcio, máxime siendo la iniciativa a cargo de la demandante vigente ya en España el Decreto de 2 de marzo de 1938.

2. Por incongruencia, al no resolver la excepción de incompetencia alegada por los recurrentes y el Ministerio Fiscal.

3. Por resultar inadecuado el procedimiento seguido por la sentencia recurrida *contra* la sentencia declarativa del divorcio: el *trámite* a observar para obtener la declaración de nulidad de divorcio anterior es el señalado por la Ley de 26 de octubre de 1939 y Orden de 12 de diciembre de dicho año.

4. Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al afirmar la sentencia recurrida que *no consta* que se hubiera instado la ejecución de la sentencia de divorcio, cuando por otra parte *reconoce* figurar anotado dicho pronunciamiento en el Registro civil de La Habana, lo que pone de manifiesto la ejecución *formal* del divorcio: además de la *separación* de los cónyuges, tanto en lo personal como en lo patrimonial, durante más de veinticinco años.

5. Por error de derecho en la apreciación de la prueba, en relación con el artículo 1.251 del Código civil sobre la cosa juzgada, que se infringe al no atacar la cosa juzgada a través del juicio de revisión y dejar sin efecto lo establecido y dispuesto por la sentencia de divorcio, sentencia provocada por la iniciativa de la actora que hoy quiere lograr su anulación *sin ni siquiera hacer la postulación* previa e inexcusable para ello.

6. Por violación del artículo 1.251 del Código civil, ya que la sentencia de divorcio, por su firmeza, produce por sus propios efectos el de cosa juzgada, y con ella la inalterabilidad de lo en ella decretado, por lo que la Sala *no puede* ni directa ni indirectamente resolver nada que afecte o ponga en tela de juicio aquella sentencia firme, ni resolver cuestiones *marginales o accesorias*, pues ello envuelve una declaración de *nulidad* del divorcio vincular, el cual sigue produciendo sus efectos en tanto no se ha pedido su anulación.

7. Por violación del Decreto de 2 de marzo de 1938, Ley de 23 de septiembre de 1939 y disposiciones sobre el «*exequatur*» (951 y sigs. L. E. C.), cuyo alcance obvio es el de *anular* la sentencia de divorcio dictada en La Habana; las normas transitorias de dicha Ley distinguían situaciones *anteriores y futuras* respecto de los divorcios vinculares decretados en España, por lo que la demandante—al *no* acudir a los remedios previstos en dicha Ley y mantener la efectividad del divorcio, cuya nulidad no solicita—no puede *ahora* dar efectos a una nulidad que nunca quiso ni pretendió; siendo la esposa cubana, cuya nacionalidad conservó después del matrimonio, celebrado el matrimonio en Cuba y pronunciado el divorcio conforme a las Leyes cubanas, el divorcio tenía que ser válido para la esposa y, por tanto, para el marido.

8. Por aplicación indebida de lo dispuesto en el Decreto de 2 de marzo de 1938 y Ley de 26 de octubre de 1939: lo articula en forma subsidiaria por sí el precedente no prosperase.

9. Por violación de los artículos 658, 667 y 668 del Código civil y jurisprudencia que los interpreta, ya que en el presente caso *no se plantea ni se reclama* sobre la nulidad del testamento ni su eficacia, sino sobre la presunta

nulidad de unas *manifestaciones* y conducta de la esposa que provocaba tal situación; que no es posible *alterar* las disposiciones «mortis causa» del causante sin atacar de nulas sus cláusulas; que la *omisión* de petición de nulidad supone la confesión o reconocimiento de que no existe razón para tal nulidad, por lo que si el testamento es válido debe continuar produciendo sus efectos sin que puedan atacarse sus cláusulas bajo pretexto de supuesta inexactitud de unas manifestaciones que no llevan a declarar la nulidad.

10. Por violación del artículo 756-3 del Código civil, al ser un caso de indignidad sucesoria por haber acusado la mujer falsamente al marido de abandono.

11. Por violación de los artículos 855, 849 y 851 del Código civil, ya que para anular el testamento era forzoso que la actora formulara de modo expreso la petición de nulidad del testamento y en todo caso estaba obligada a demostrar que era falsa la causa separatoria o desheredatoria; y la sentencia recurrida reconoce el derecho sucesorio *como si* no hubiera mediado aquella separación.

12. Por violación del artículo 834 del Código civil, ya que *aun admitiendo* que en España *no existe* divorcio vincular a partir de marzo de 1938 y *suponiendo* que quepa considerar anulada automáticamente la sentencia cubana, siempre resultaría que *podría equipararse* a la sentencia de *separación de personas y bienes* que tiene la misma consecuencia o trascendencia, o debe tenerla en todo caso—conforme al art. 834—en cuanto al Derecho sucesorio del que ha provocado con su actuación aquella separación.

13. Por violación del principio jurisprudencial del valor de los «propios actos», ya que la demandante había ejecutado actos vinculantes para ella que incompatibilizaban con su actual reclamación durante todo el tiempo que media desde la separación hasta la muerte del marido, y era evidente que dichos actos propios no se podían desconocer de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo (cita 31 sentencias).

D) *Informe del Ministerio Fiscal* (en el acto de la vista de ambos recursos) (4): En el mismo se hace constar: 1. Su disconformidad con la *plenitud de efectos* reconocida por la Audiencia al Decreto de 2 de marzo de 1938, disposición de mero rango *procesal* y de límites de vigencia *territorial* poco precisos, ante las vicisitudes que pasaba nuestra nación en la fecha en que fue promulgado. 2. Su reconocimiento explícito de la *necesidad* de que la actora hubiera *reaccionado*—antes de fallecer su esposo—*contra* la sentencia que decretó el divorcio vincular, incluso utilizando los derechos que a su favor pudieran asistirle conforme a lo establecido para el caso en la Ley de 23 de septiembre de 1939. 3. Su observación de que la dificultad del problema planteado sólo radica en la *falta* de una disposición legal que, concretamente, regule la eficacia *extraterritorial* de aquellas normas que hubieron de dictarse ante la presencia y realidad de los divorcios de carácter vincular a que dio origen la Ley de 2 de marzo de 1932 y los preceptos de la de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de aquélla y procurando paliar o atenuar sus efectos

Sentencia del Tribunal Supremo—El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente don Emilio Aguado González rechaza totalmente el recurso de la actora y en parte no estima el de los demandados, que, *no obstante*,

(4) Tomado también del *Considerando segundo* Lo subrayado es mío.

es acogido por los dos motivos últimos. Después de una minuciosa y concienzuda exposición de los *hechos* y de los *aspectos jurídicos* de la litis, que es ya característica habitual en las sentencias de este ponente, se enfrenta con el fondo del asunto y lo resuelve brillantemente sin dogmatismos inútiles en esta forma:

Primer Considerando: Que, para enmarcar y resolver las cuestiones planteadas en los recursos interpuestos, hay ante todo que tener en cuenta los *hechos* que se admiten como *probados* en la sentencia impugnada y los que, en síntesis, son: ... (5).

Segundo Considerando: Que, en el *aspecto jurídico*, en relación con los *hechos* consignados y tal como ha sido el desarrollo del presente litigio, interesa también tener presente: . (6). La sentencia recurrida, siguiendo en esto el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal en su escrito de Conclusiones, concede plena validez a dicha sentencia (7) a los efectos de cosa juzgada, y sus razonamientos serían inapelables si la meritada sentencia se hubiera dictado por Tribunal español *con anterioridad* al Decreto del Gobierno nacional de 2 de marzo de 1938, que dejó en suspenso los procesos de divorcio y actuaciones para conseguir su declaración por mutuo *disenso*; pero, como *no se da ninguna de estas dos circunstancias*, es preciso puntualizar el *valor* que merece dicha sentencia, subrayando que *no* se trata—como equivocadamente alegó la defensa de la recurrente—de instar en este proceso su ejecución, *sino* simplemente de *si puede tener algún valor como ejecutoria* ante nuestros Tribunales; y entendiendo que (la Audiencia) no llega, no obstante, en su fallo a una solución *ecclética* ya que, a pesar de *reconocer* que. . (8) absuelve de todas las demás peticiones deducidas en la demanda (9).

Tercer Considerando: Que, ante tan prolijos y claros antecedentes, es de reflexionar: A) Que destaca la *actitud observada por la demandante*, mostrándose activa para conseguir y pasiva para que se perpetuasen los efectos de la sentencia de divorcio vincular, pronunciada a su instancia, por el Juzgado de La Habana y contra la que no reaccionó en vida de su consorte, ante la jurisdicción cubana ni la española, pese a que, ésta última, hubiese podido actuar, estableciendo la normalidad matrimonial, en observancia de las disposiciones adoptadas en el sentido de estimar, no plenamente nulas, sino meramente anulables las sentencias de divorcio vincular, dictadas en el paréntesis republicano; es más: *una vez muerto el marido* y al iniciar el actual litigio, *tampoco impetra que los Tribunales españoles declaren nula o inválida*

(5) La exposición de los hechos es la misma que la que acabo de hacer en el Antecedente I. Me permito esta libertad en áreas de una mayor claridad en el planteamiento y hago constar cómo el pleo forzado de nuestro recurso de casación exige en muchos casos que los Ponentes tengan que dedicar uno o más Considerandos a lo que es simple relación de hechos y fases del litigio.

(6) La relación de fases del pleito es hecha en el mismo orden que el por mí efectuado en el Antecedente III, con la salvedad de que el apartado C) que dedico a los dos *recursos* está redactado con mayor amplitud que la que el Ponente les dedica en su breve resumen. Las consideraciones que siguen se refieren a la sentencia de la Audiencia, dentro del apartado B) del Considerando—siendo el mismo en orden en mi descripción en el citado Antecedente III—y las dejo en este lugar por servir de base al perfecto razonar del Ponente.

(7) Se refiere a la sentencia de divorcio vincular del Tribunal de La Habana.

(8) Resume aquí la parte dispositiva del fallo de la Audiencia, con las *declaraciones* de dicha Sentencia: pueden verse en la exposición que hago en el apartado B) del Antecedente III.

(9) Continúa aquí el Ponente con el Informe de Ministerio Fiscal, que ha quedado expuesto en el apartado D) del Antecedente III.

la *sentencia de divorcio*, recaída en el año 1938, sino que se limita a pedir que se declare, como *base* necesaria de sus aspiraciones, estrictamente patrimoniales, que su marido falleció en estado de *casado*, sin remover el obstáculo que, para ello, pudiera derivarse de aquella sentencia, a cuyo amparo los cónyuges vivieron y así lo hicieron constar en los actos judiciales en que intervinieron, ostentando el estado civil de *divorciados*. B) Que *esta falta* en el «*petitum*» de la demanda *de pretensión de que anulen*—no de que se desconozcan—los efectos de la *sentencia de divorcio pleno*, que la propia actora solicitó y obtuvo, *simplifica visiblemente la cuestión a resolver, en el terreno legal, máxime* cuando, por haber quedado *disuelto*, en todo caso, el matrimonio por la causa indiscutible de la muerte del marido, *el problema de la subsistencia del vínculo*, sobre todo no existiendo ascendientes, digo descendientes de aquél, *se presenta como meramente teórico* y carente en absoluto de importancia práctica, pues, a virtud del principio «*mors omnia solvit*», han quedado sin posibilidad física ulterior, las relaciones de tipo personal entre los cónyuges, eliminando el problema, tanto en su aspecto civil como penal, que pudieran plantear las ulteriores nupcias; la litis sólo afecta, pues, al terreno patrimonial y en contemplación al mismo ha de resolverse, si bien teniendo presente que así como la *cuestión de la validez del divorcio vincular* ofrece, ante la diversidad de legislaciones, un matiz delicado que puede dificultar su reconocimiento en el aspecto internacional, por razones de índole moral y religiosa, afectantes al orden público, éstas no rezan con la *simple separación personal*, que no presenta obstáculo legal alguno para ser reconocida como *único efecto admisible* de la *sentencia de divorcio vincular* proferida en el extranjero. C) Que, ateniéndonos a esta concreción y limitación de los efectos propios de aquella sentencia, en lo que la misma se presenta compatible con nuestra soberanía y concepto tradicional, es de señalar: 1.º Que la *sentencia de divorcio* recaída en el caso de autos no sólo dispuso la *disolución del vínculo*, sino la *separación de los cónyuges*, tanto en su aspecto personal como patrimonial, según había solicitado la mujer, y aunque lógicamente sea tal pronunciamiento consecuencia obligada del primero, se establece en la parte dispositiva del fallo separadamente y sin expresar ninguna razón de subordinación o dependencia entre los mismos. 2.º Que ello puede ser apreciado así, indudablemente, porque, la *separación de bienes* (dejando aparte la meramente personal, que no suscita problema alguno) puede acordarse lo mismo en caso de *divorcio pleno*, que imperfecto, e incluso con carácter independiente, si mediare causa justa ajena al divorcio; es pues, inconcuso, que la hoy actora pudo haber postulado y obtenido tal separación, lo mismo en Cuba que en España, y respecto a nuestro país, fuera cual fuese la legislación civil imperante, ya que las que se han sucedido, desde la promulgación del Código sustantivo, lo han autorizado así. 3.º Que, en consecuencia, solicitada y obtenida judicialmente, por la demandante, la *separación de bienes*, para cuya eficacia extraterritorial, no hay obstáculo alguno en nuestra Patria, y mantenido tal régimen, por concorde asentimiento de los esposos, hasta la disolución del matrimonio, por muerte del marido, es obvio que las peticiones exclusivamente patrimoniales que con posterioridad a aquel óbito ha deducido la mujer, sólo podrán ser atendidas si se conforman con lo reglamentado en nuestras Leyes civiles, sobre tal separación patrimonial.

Cuarto Considerando: Que, a la luz de lo expuesto y en relación con los recursos formulados, basta con tener en cuenta: I. Que el deducido por la actora no puede prosperar en ninguno de sus tres motivos, pues de accederse a la pretensión de tener por subsistente la sociedad legal de gananciales hasta la muerte del marido y no a partir de la fecha de la separación de bienes

judicialmente acordada», se violaría lo dispuesto en el artículo 1.434 del Código civil. II. Que, en el recurso deducido por los demandados hay que distinguir:

A) *Motivos que deben desestimarse* y que son: el *primero*, por no existir la incompetencia de jurisdicción que se aduce, dada la generalidad con que se expresa el artículo 51 de la Ley procesal, al señalar la competencia de la jurisdicción civil española; los señalados con los números *tercero*, *quinto* y *sexto*, por no citarse como infringido precepto legal alguno, en discordancia con lo establecido en el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley procesal; el *segundo*, por no expresarse en el mismo el concepto de la infracción; el *cuarto*, por tratarse de una cuestión interpretativa que excede del error de hecho que se denuncia; los motivos *séptimo* y *octavo*, por incurrir en la causa 6.ª del artículo 1.729 de la Ley de enjuiciar, operante, en este trance, como desestimatoria de los mismos, y los ordinales *noveno*, *décimo* y *undécimo*, por referirse a *cuestiones no planteadas en la litis*, incurriendo, por tanto, en la causa 5.ª del artículo citado. B) *Motivos que han de ser estimados*: a) El que lleva el número *doce* y denuncia la violación del artículo 834 del Código civil implicado por la Sala en su literal contexto, ya que *por vivir los cónyuges en régimen de separación personal y patrimonial, judicialmente declarada*, durante más de un cuarto de siglo y sin constar culpabilidad por parte del marido, conforme al fallo recaído, que se abstiene de hacer pronunciamiento alguno sobre ellos, *existen circunstancias fácticas y jurídicas que privan a la actora del derecho a la cuota «usufructo viudal»* que el artículo establece para otros supuestos y que, por tanto, le ha sido indebidamente reconocido por la Sala. b) El *motivo décimotercero y último*, por cuanto es cierto que la demandante por su propia voluntad y actuación *creó estados de derecho en relación con la vida conyugal, sin removerlos después* por los medios legales establecidos para ello, *por lo que es obvio que, en la presente litis, ha ido contra sus propios actos*, sin haberlo reconocido así, en toda su integridad al menos, la Sala sentenciadora.

Quinto Considerando: Que, por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso formulado por la parte actora y la estimación del deducido por los demandados, y ello con los respectivos pronunciamientos accesorios, señalados en los artículos 1.745 y 1.748 de la Ley procesal civil.

Segunda Sentencia:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación de esta fecha y aceptando los Considerandos de la sentencia de Primera Instancia, aunque sólo en lo sustancial y en cuenta no se opongan a cuanto en aquélla se razona

Considerando: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en los litigantes, a efectos de imposición de las costas causadas, en ninguna de las instancias,

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto, debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Comentario: I. La «separación judicial» decretada en virtud de sentencia de divorcio.—Con el término de «separación judicial», siguiendo a DE LA CÁMARA ALVAREZ (10), se quiere aquí aludir a la separación personal de los cón-

(10) En su conocida obra *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en «A. D. C.», 1969, XXII-I, pág. 4.

yuges consecuente a la decisión del órgano jurisdiccional competente resolviendo la situación litigiosa entre ambos cónyuges. Es la única forma de separación personal reconocida en nuestro derecho, ya que el término «divorcio» fue suprimido en la reforma de 1958; sin embargo, al utilizarlo a lo largo de este breve Comentario lo hará en su sentido técnico jurídico de *divorcio vincular*, al referirse a una situación de hecho originada y promovida cuando en nuestro país regía la Ley de Divorcio de 1932.

Ciertamente resulta difícil—y en ello coincido plenamente con DE LA CÁMARA—sustraerse a la tentación de escribir algunas palabras sobre el sugestivo tema del *divorcio vincular*. Si el Magisterio de la Iglesia Católica es quien debe tener prioridad para todo católico, es evidente, sin embargo, que el jurista o el intérprete no pueden permanecer ajenos al aspecto jurídico que deriva de situaciones conyugales en conflicto, zanjadas por una sentencia de divorcio dictada por Tribunal competente para ello. Sin dejar de reconocer, no obstante, numerosas razones extrajurídicas, sugeridas por la problemática existencial o la vivencia del ambiente social, en suma, por el factor *humano* que subyace en toda suerte de este tipo de litigios. Por todo lo cual, aun reconociendo en principio las poderosas razones que apunta en *nota* de su trabajo DE LA CÁMARA (11) para no profundizar en el tema del divorcio vincular, cuyo estudio e investigación dejo a plumas más solventes que la mía, voy a partir de la base suministrada por la *realidad*; y ésta nos está poniendo de relieve la existencia de numerosas personas de condición *divorciado*, que comparecen ante el Notario, que contratan, que testan, que, en fin, intervienen en el tráfico jurídico. Unas mínimas condiciones de seguridad es la primera cosa que cabe exigir en tales supuestos. Que en la mayoría de los casos se trate de extranjeros no obsta para que debamos ocuparnos de la cuestión, sobre todo, porque las singulares peculiaridades de nuestra patria hacen difícil la adopción de normas abstractas unitarias: pensemos en regiones con fuerte porcentaje tradicional de emigración (Asturias, Galicia, Baleares) hacia países sudamericanos en que el divorcio esté legalmente admitido. Que el momento de la emigración no es el trascendente es evidente: pero que *es muy posible* existan casos de españoles en el extranjero cuyo divorcio fue decretado al amparo de la Ley española de 1932. Españoles que conservan su nacionalidad, regresen o no a la patria. Sin dejar de lado a quienes *sin emigrar* se acogieron a la normativa de la Ley de Divorcio.

En todas estas personas «de facto» divorciadas, muchas veces también «de iure», es en quienes pienso al referirme a la base suministrada por la realidad. Una observación minuciosa de esta realidad nos permitirá descubrir a modo de tres órdenes diversos dentro de la amplia gama de la *separación conyugal*: el primero, el de la mera separación *de hecho*; el segundo, el de la separación *consensual*; el tercero, el de la separación *judicial*. A su vez, dentro de cada uno de estos órdenes o estadios, cabrá subdistinguir toda una amplia gama de categorías-tipo, muy diversas según el personal enfoque de cada autor: así, en cuanto a la separación *de hecho*, cabe distinguir, bien convencional, bien sin convenio—con DE LA CÁMARA (12)—, o bien con o sin reconocimiento legal—con PUIG BRUTAU (13)—; respecto a la separación *consensual*, cabe distinguir según sea *sin* homologación judicial—en cuyo caso, creo debe reconducirse

(11) Op. cit., en nota anterior, págs. 8 y 9.

(12) Op. cit., XXII-I, págs. 13 y sigs., y XXII-II, págs. 264 y sigs.

(13) En sus *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, págs. 246 y 249 y sigs.

a la especie de separación de hecho *convencional*, o sea, a lo que usualmente se llama entre nosotros «pactos de separación amistosa» (14)—o con homologación judicial (15); y en cuanto a la separación *judicial*, cabe distinguir entre las *propriadamente dichas* y las conducentes al *divorcio vincular* en las legislaciones que permiten éste.

Todo éste aparentemente complicado entramado de ensayo de diferencias lo propongo simplemente para tratar de aprehender al máximo la multiplicidad de situaciones de hecho que la realidad ofrece y sin ninguna pretensión de dogmatismo; de la dificultad de encajar una determinada situación litigiosa entre alguna de las *categorías* propuestas, nos convence cualquier intento al efecto, sea un caso de separación *convencional* no homologada judicialmente—lo usual en la práctica española—sea un caso de separación *judicial*. Los lindes entre cada orden son, pues, confusos, ya que la realidad es varia y compleja—como en otro lugar he apuntado (16)—; pero, por otra parte, la posibilidad de *osmosis* entre supuestos, o de otro modo, de *conversión* de un supuesto en otro muy próximo, es frecuente e incluso reconocida en alguna legislación moderna (17).

Después de esta introducción quizá algo fatigosa para el lector, podrá éste advertir la inicial duda del comentarista al tratar de encajar correctamente dentro de los tipos usuales el *supuesto de hecho* que es objeto del presente litigio. A la inicial problemática de la categoría adecuada debe unirse la dificultad de *valorar* la sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de La Habana, pero ésta es otra cuestión que paso a estudiar en el siguiente epígrafe.

En el caso de autos parece que habría que calificarlo como separación *judicial*—según la denominación propuesta en el enunciado—, pero con marcado *tránsito* a la separación judicial en virtud de sentencia de divorcio. Las características del supuesto son especialmente interesantes al no haberse ejecutado la sentencia de divorcio: la incidencia en los aspectos personal y patrimonial, en cuanto a los cónyuges, puede ser un tema digno de estudio y meditación que brindo a los estudiosos del derecho.

II. *Sentencia de divorcio vincular dictada por Tribunal extranjero*.—Uno de los *hechos probados* en el litigio lo constituía, según vimos, la *celebración* del juicio de divorcio ante Tribunal de La Habana, con la consiguiente decisión por parte de este Tribunal, que pasó a anotarse en los Registros correspondientes. No me parece necesario reiterar aquí la parte *dispositiva* de dicho fallo, que quedó expuesta en el apartado B) del Antecedente I, y que será traída a colación en su lugar oportuno más adelante. Sin embargo, creo procedente debe resaltarse un curioso detalle: el que el pleito siguió adelante *en rebeldía* del marido. Este punto deberá ponerse en conexión con la pretensión deducida, y está a su vez con la decisión judicial resolutoria del litigio. Por todo lo cual, creo deben analizarse—siquiera muy brevemente—los siguientes puntos: pretensión deducida, sentencia de divorcio vincular, su ejecución y su eficacia si proviene de Tribunal extranjero.

(14) DE LA CÁMARA, OD. cit., págs. 13 y sigs.

(15) Regulada por los Códigos modernos: así, art. 158 del italiano y arts. 1.786 y siguientes del portugués, de 1967.

(16) En el núm. 475 de esta REVISTA, pág. 1.703, respecto a la separación de hecho en general.

(17) Así, en el Código portugués, art. 1.793, que regula el supuesto de conversión en divorcio de la separación judicial mutuamente consentida, art. 96-9 del Código de Puerto Rico.

a) *Pretensión deducida*: Entendemos por *pretensión*, sigulendo a GUASP (18), aquella declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración. La clase de la pretensión varía según la naturaleza de la actuación pretendida del órgano jurisdiccional; cuando la petición al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o *extinción* de una situación jurídica, la pretensión lleva el nombre de *constitutiva*. De ahí que uno de los ejemplos típicos que ponen los autores de pretensiones constitutivas sea el de las tendentes a la disolución del matrimonio por divorcio.

Dejando de lado la conocida polémica de si coinciden o no acción con derecho subjetivo y de la identidad o no de pretensión con acción en sentido material—lo que, con razón, niega FAIREN GUILLEM (19)—, podemos decir que el Derecho subjetivo *privado* que sirve de fundamento de pedir puede concretarse en lo que la doctrina alemana llama *derecho al divorcio*; define ENNECERUS el divorcio (20) como un supuesto de hecho «espaciado» que se compone de una declaración de voluntad formalizada (la demanda, o *pretensión* en término de GUASP, de divorcio) y de un acto estatal (la sentencia firme).

El Derecho subjetivo *público* o *acción* que sirve de base a la pretensión tiene, en los Ordenamientos civiles que admiten el divorcio vincular, a la averiguación de la *verdad material* ya que por principio se procura mantener los matrimonios no divorciables. Por tanto, en algunos Ordenamientos (como el alemán) es inadmisibles la sentencia dictada por allanamiento o *en rebeldía del demandado*, ya que en tales casos un proceso *aparente* sustituiría al divorcio por mutuo consentimiento. Parecidas normas existen en otras legislaciones, para evitar confabulaciones entre los cónyuges (21).

Una vez en marcha la acción con el ejercicio de la pretensión dirigida al órgano jurisdiccional podemos hablar de un «desencadenamiento» del proceso, que nace, se desarrolla y muere. El fin o conclusión *normal* del proceso tiene lugar mediante la decisión judicial, que técnicamente equivale a *satisfacción* de una pretensión, al examinar y conceder o denegar la actuación de una pretensión procesal. En el caso de autos, desarrollado el proceso normalmente, finalizó con una *sentencia estimatoria* de la pretensión deducida: divorcio vincular.

b) *Sentencia de divorcio vincular*: Se ha dicho (22) que «la importancia de la sentencia se observa en la trascendencia de las consecuencias jurídicas que produce, es decir, en la repercusión de sus efectos». Evidentemente, la sentencia produce efectos dentro del orden jurídico *material*, de modo *directo*, en el caso de las sentencias *constitutivas*—cual la que estamos comentando—; y también produce efectos dentro del orden jurídico *procesal*, en cuanto a su discutibilidad o no en otros procesos ulteriores, con la llamada cosa juzgada formal y material.

La eficacia *material* de una sentencia de divorcio es, de un lado, *directa*, ya que la sentencia lleva consigo la *extinción* de una situación jurídica, o sea, la disolución del vínculo matrimonial; de otro lado, hay unos efectos *indirectos* o *reflejos* derivados de tal sentencia, ya que los resultados del proceso, fáctica-

(18) Véase *Derecho Procesal civil*, 1956, págs. 233 y sigs.

(19) Véase *Acción*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix».

(20) Véase *Derecho de Familia*, 20 edición, trad. esp., 1953, vol. I, págs. 232 y sigs.

(21) Así, en Código de Puerto Rico, art. 97-1.

(22) GUASP, en op. cit., págs. 565 y sigs.

mente considerados, repercuten en situaciones jurídico-materiales *ajenas*, operando entonces la sentencia *no* como acto, sino como *hecho*, como acaecimiento desligado de la propia voluntad del juzgador. La eficacia de esta última clase es muy difícil de calcular, pero innegable, nos dice GUASP (23), y en el caso es *obvia* en cuanto *condicionante* de la posterior conducta del marido y de la situación jurídica «de facto» de completa extinción de la relación conyugal.

En todo caso, creo que es innegable que la sentencia dictada por el Tribunal de La Habana en orden al divorcio vincular solicitado por la esposa, tuvo una evidente eficacia *material*, tanto directa como indirectamente: aun para la esposa, en el último caso, si aplicamos correctamente al supuesto de hecho la conocida idea de la «*verwirkung*», pero de esto hablaremos luego. La plena efectividad de dicha sentencia parece que debió alcanzarse a través del Registro civil, con la inscripción al margen de la inscripción de matrimonio.

Más difícil de precisar es la eficacia *formal* de la sentencia dictada en el litigio comentado. Parece que la fuerza de la cosa juzgada *formal* sí que la tuvo, al ser hecho también *probado* que la repetida sentencia quedó *firme*, lo que «per se» lleva consigo la *inatacabilidad directa* del fallo, y aunque normalmente a este efecto va unido el de su *ejecutabilidad* y el que abre la posibilidad de la cosa juzgada *material*, estos dos puntos *no* suelen ser una consecuencia *necesaria* de la cosa juzgada *formal* y merecen una ligera detención en ellos.

La producción de fuerza de cosa juzgada *material* supone la *inatacabilidad indirecta o mediata* de un resultado procesal a través de un nuevo proceso. En el supuesto de hecho contemplado, parece que la fuerza de la cosa juzgada operaba *sin* límites subjetivos, en atención a la presunción que fija el artículo 1.252 del Código civil—respecto del *estado civil* de las personas—. Sin embargo, si atendemos (24), a la *actividad* en que consiste el pronunciamiento judicial y a las tres *dimensiones* en que opera—la del lugar, la del tiempo y la de la forma—, parece que debe trazarse en cada una de estas dimensiones las fronteras o límites de eficacia de la cosa juzgada *material*. Si la dimensión *formal* no plantea especiales problemas, sí existen en los casos de dimensión temporal o local: así, por razón del *lugar*, la cosa juzgada *material no* opera de suyo si se trata de decisiones emitidas *fuera* del territorio nacional; y por razón del *tiempo*, la cosa juzgada *material* encuentra un límite cuando en el ulterior transcurso cronológico *cambian* las circunstancias fundamentales que produjeron la decisión judicial.

En consecuencia, parece que en el supuesto que comentamos quiebra la cosa juzgada *material* por el lado de la actividad judicial en sus dimensiones local y temporal. Y de otra parte, resulta también *hecho probado* en el litigio que el fallo *no* se llevó a ejecución.

c) *Ejecución de sentencia de divorcio vincular*: La palabra «ejecución» es notoriamente equívoca, aun en el campo procesal. Aquí se toma, siguiendo a GUASP una vez más, como cumplimiento de lo dispuesto por el acto anterior—aquí, la sentencia constitutiva de divorcio—que opera como *título* de la ejecución misma. La ejecución de sentencia, normalmente, debe comenzar mediante la petición del ejecutante, que formula su solicitud ante el órgano jurisdiccional; una vez solicitada la ejecución, se pone en marcha el proceso correspondiente, proceso que en nuestro derecho denomina GUASP (25) con la brillantez técnica que le es habitual, *de ejecución transformativa*: proceso que se

(23) Op. cit., pág. 587.

(24) Op. cit., de GUASP, pág. 587.

(25) Véase op. cit., pág. 603.

agota con la conducta del Juez, que *pone en obra* lo que el ejecutante le pide. Exige la doctrina una serie de *requisitos* a esta ejecución, bien subjetivos, bien objetivos, bien sobre la actividad: de ellos, interesa hacer constar aquí la importancia de los referentes al *órgano jurisdiccional*, con las consiguientes jurisdicción, competencia, compatibilidad, lugar, tiempo y forma de los actos procesales pertinentes.

Todo lo anterior nos lleva a entender aplicable a la sentencia cubana los pertinentes requisitos que en su día estuvieron vigentes para la ejecución de sus sentencias por los Tribunales cubanos.

¿*Quid iuris* cuando una sentencia *no* se lleva a ejecución? Es este uno de los problemas poco tratados entre los autores y aquí el comentarista no pisa terreno muy firme al ser campo ajeno. Sin embargo, parece que, como mínimo, la sentencia—no olvidemos que es *constitutiva*—deberá producir todos los efectos jurídicos de orden *material*, directos e indirectos o reflejos, que he reseñado en el precedente apartado b) de este mismo epígrafe.

d) *Reconocimiento en España de sentencias extranjeras*: Aunque una sentencia extranjera *existe*, independientemente de que la reconozcan o no los órganos jurisdiccionales de otro país, la mayoría de las legislaciones tienen previstas una serie de normas para dar fuerza a las sentencias extranjeras. En nuestra legislación la L. E. C. regula esta materia en los artículos 951 y siguientes, dentro del título VIII sobre ejecución de sentencias: el proceso va dirigido a *reconocer* la decisión extranjera, pero *no* a ejecutarla (26) ya que la ejecución de la sentencia extranjera reconocida se verifica del mismo modo que la ejecución de una sentencia nacional. Los *motivos o causas* del reconocimiento legal son tres: existencia de un Tratado, el principio de reciprocidad y la concurrencia o no de ciertos requisitos fijados en el artículo 954 de la L. E. C. Concretamente, para el caso de Cuba, el Tribunal Supremo en Autos de 1 de junio de 1933 y 30 de mayo de 1934 (27) entiende que el único precepto aplicable a sentencias dictadas por Tribunales cubanos es el artículo 954 de la L. E. C. Estas decisiones de nuestro Alto Tribunal, que eliminan la aplicación de los artículos 951, 952 y 953 de la L. E. C., imponen que la decisión extranjera reúna unas circunstancias de fondo y forma que el mismo artículo 954 enumera. entre otros, que la sentencia *no* se haya dictado *en rebeldía* y que la *obligación* para cuyo cumplimiento se haya procedido sea *licita* en España.

Es indudable que la sentencia de divorcio que estamos comentando *ni pudo ni puede* ser reconocida en nuestro país, a la vista de las exigencias del artículo 954 de la L. E. C.

III. *Breve recapitulación de lo expuesto*.—A los fines de una mayor claridad de los Comentarios precedentes y para sentar, en síntesis, algunas proposiciones definidas respecto a la sentencia de divorcio vincular dictada en Cuba, conviene recordar: 1. Que la pretensión de obtener el divorcio es *constitutiva*, siendo rechazada en algunas legislaciones caso de rebeldía del demandado. 2. Que la sentencia dictada en Cuba debió regirse, en cuanto a su ejecución, por las normas procesales cubanas. 3. Que, aún no ejecutada, la sentencia debió la eficacia *material directa*, «per se», determinó la extinción del vínculo matrimonial. 5. Que la eficacia *material indirecta*, en cuanto al mero *hecho* de exis-

(26) Así, GUASP, en op. cit., pág. 1.316.

(27) Pronunciados por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.

tir la sentencia, condicionó conductas posteriores del marido y de la esposa demandante. 6. Que la eficacia *formal*, en orden a la cosa juzgada *formal*, de tener—en cuanto que *constitutiva*—como mínimo la eficacia *material*. 4. Que tal sentencia, parece obvia al ser *firme* en Cuba. 7. Que la eficacia *formal*, respecto a la cosa juzgada *material*, no puede admitirse en España, por razones de *tiempo y lugar* de la sentencia (28). 8. Que no cabe reconocer en España dicha sentencia de divorcio, conforme a lo determinado en el artículo 954 de la L. E. C. (29).

Estas proposiciones que acabo de sentar, basadas en la más pura técnica procesalista hoy día admitida, responden al carácter de las normas *procesales* que, por su condición de públicas, se rigen por el principio *territorial*.

En conclusión: *procesalmente* hablando, la sentencia cubana de divorcio vincular *no pudo* ser reconocida en España. Esta negativa de reconocimiento equivale a que dicha sentencia se desvanezca en el «nada» jurídico, esto es, en la *inexistencia*, a los efectos de nuestro Ordenamiento procesal. Debe suceder lo mismo en orden a los efectos *sustantivos* de la misma. Problema éste del que pasamos a ocuparnos.

IV. *El Derecho privado español ante la sentencia de divorcio extranjera no reconocida*—En el precedente apartado se han sentado algunas proposiciones derivadas de una atenta consideración y examen de lo que los procesalistas entienden por sentencia y los efectos de la misma. Incluso, procesalmente hablando, la sentencia se reduce a un *acto jurídico*, o sea, es un acto de *decisión*, que concluye el proceso. Partiendo de la tesis propuesta a que hemos llegado, de *inexistencia* de la sentencia para nuestro Derecho procesal, cabrá ahora cuestionar si—como tal acto jurídico—tiene o no algún efecto sustantivo.

Dentro de la amplísima categoría de actos jurídicos conocidos en el *Derecho privado*, no tendrá cabida el acto jurídico de decisión que es la sentencia cubana. Para deslindar debidamente las posibles cuestiones, me ocuparé aquí de los siguientes puntos: calificación y valoración del acto jurídico en cuestión, normas de Derecho transitorio a él aplicables, normas de colisión o de Derecho internacional privado sobre él concurrentes, e incidencia o efectos de la situación jurídica de separación declarada.

A) *Calificación y valoración del acto jurídico de decisión (sentencia)*: Si nos limitamos al campo del estricto Derecho *privado*, el acto jurídico de decisión—acto jurídico procesal—parece que en principio no debe perder su carácter de *acto jurídico*, aunque ello obligue a una escisión conceptual algo sutil entre el aspecto público (procesal) y el privado o sustantivo del acto cuestionado. Si al acto en cuestión le desposeemos de las características—típicas en los actos procesales de decisión—de «imperium», jurisdicción y soberanía estatal, nos restará algo en su médula.

La calificación de *acto jurídico* procede cuando el Ordenamiento jurídico toma en consideración el comportamiento del hombre y le reconoce efectos jurídicos basándose en una valoración de la conciencia que regularmente le

(28) Idéntica negación, para un caso similar al del presente litigio (el marido, cubano, pidió y obtuvo en su país el divorcio y adujo la excepción de cosa juzgada en el pleito que en España inició la mujer sobre separación de personas y bienes), puede verse en sentencia de 28 de noviembre de 1934.

(29) A la misma conclusión llega DE LA PLAZA, *Excepciones procesales con carácter internacional*, «R. D. P.», 1945, págs. 669 y sigs.: debe subordinarse al «exequatur» la alegación de la excepción de cosa juzgada por sentencia extranjera.

acompaña y de la voluntad que normalmente lo determina: así, en BERTI (30). A la vista de esta configuración genérica, parece incuestionable que debe mantenerse el encuadre propuesto, en principio. Otra cosa será el determinar el tipo exacto a que responde y su *valoración* jurídica; sin embargo, si seguimos a BERTI (31), ésta última dependerá del criterio clasificatorio adoptado: 1. Si atendemos a la *estructura* social y jurídica del acto en sí, y si prescindimos de intento de los llamados actos *externos* u operaciones, cabe concretar el análisis a los actos *internos* o *declaraciones* con su necesario destino a otras personas, y dentro de ellas su cualificación parece clara; de una parte, será una declaración con función *constitutiva* en cuanto indicación *directiva* de una línea de conducta, y de otra parte, será una declaración de contenido preceptivo. De otro lado, si atendemos al aspecto *funcional* del poder que en el acto se ejerce, en cuanto que el acto cuestionado se dirige a estatuir un *deber ser* jurídico, se le puede y debe calificar de declaración o pronunciamiento *normativo*, y dentro de este género, en la especie de *resoluciones* o *preveimientos* en cuanto que es un acto de mandato heterónomo, si bien *vinculado* en orden a las directrices a seguir al dictar la regla adecuada a los intereses en juego.

El que coincidan la naturaleza *preceptiva* de lo que es declarado, con la función *constitutiva* de la declaración respecto a un tal contenido—en nuestro acto en estudio—no es una casualidad: ya nos lo indica BERTI al señalar la normal equivalencia entre ambas (32).

Hemos llegado, por tanto, a un punto en que la *calificación procesal* y la *sustantiva* son ambas coincidentes, al configurarse la sentencia de divorcio vincular como: una declaración o pronunciamiento normativo, de mandato heterónomo, con función constitutiva y de contenido preceptivo. Parece, pues, que volvemos al punto referido en el epígrafe II, sobre los *efectos materiales* de la sentencia tanto directos como reflejos; sin embargo, conviene reiterar que *aquí* solamente se analiza el valor de la sentencia en cuanto que acto jurídico bajo el prisma del Derecho *privado*.

La peculiaridad más relevante del acto estudiado consiste en que, si de una parte constituye una mera *actuación* de situaciones jurídicas ya existentes (matrimonio canónico y civil, relación conyugal, etc.), de otra parte, *crea* otras situaciones jurídicas nuevas (separación por divorcio) y *extingue* otras ya existentes (vínculo conyugal, «status» de casados). Estas peculiaridades responden a la razón, que apunta BERTI (33), de que las nuevas situaciones jurídicas provocadas por los hechos jurídicos pueden consistir bien en determinadas calificaciones que las normas atribuyen a personas, cosas y actos, bien en relaciones jurídicas. En todo caso, a los efectos de una *valoración* adecuada de las situaciones jurídicas *nuevas* que provoca la sentencia, habrá primeramente que ponderar los *límites de eficacia* del acto jurídico de decisión en sí que derivan: de la aplicación de las normas del Derecho transitorio, del Derecho internacional privado, o de la esfera personal.

B) *Aplicabilidad de las normas de Derecho transitorio*: Dictada la sentencia cubana después del Decreto de 2 de marzo de 1938, pero antes de la Ley de 23 de septiembre de 1939, plantea los problemas derivados de la colisión de normas en el tiempo respecto al supuesto de hecho contemplado. Por otra

(30) *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., «R. D. P.», 1959, págs 11 y sigs.

(31) Op. cit., págs. 14 y sigs.

(32) Op. cit., pág. 18.

(33) Op. cit., pág. 8.

parte, este punto enlaza con el anteriormente aludido, respecto a la cosa juzgada *material*, de posible negación de la misma por cambio de circunstancias en el *tiempo* que afectan a la actividad procesal. En línea de principios, parece lógico que, tanto las normas generales de Derecho transitorio contenidas en el Código civil, como las especiales normas transitorias contenidas en Leyes especiales atinentes al Derecho matrimonial, deben conducir al mismo resultado.

En estos casos de colisión de Leyes en el tiempo el enfoque del problema —nos dice DE CASTRO (34)— debe ser como uno más, entre tantos, de los que ha de resolver la función interpretativa, buscando el *alcance* de las Leyes en colisión, con arreglo a su fin, dentro del Ordenamiento jurídico, medido según el módulo de la irretroactividad. Aquí la cuestión se centra en la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 y en la Ley que la deroga de 23 de septiembre de 1939, en relación con el Decreto de 2 de marzo de 1938.

Dejando para el siguiente apartado el estudio del Decreto de 1938—aun reconociendo su carácter retroactivo cual norma *adjetiva* o *procesal*—, nos limitaremos aquí al cotejo de los principios básicos contenidos en las normas transitorias del Código civil, en su aplicación al supuesto contemplado, con las disposiciones transitorias al mismo aplicables de las contenidas en la Ley de 1939.

Conforme a las *normas transitorias del Código civil*, en su aplicación al supuesto en estudio en sus diferentes aspectos—hechos realizados, derechos subjetivos nacidos, efectos, etc.—, conviene *distinguir*: *Rige la Ley de Divorcio* para los hechos ya completos y realizados (interposición de demanda de divorcio, desarrollo del proceso, adquisiciones en estado de casados, etc.), para los actos válidos y perfectos (adquisiciones de bienes como gananciales, sentencia de divorcio, etc.), para los Derechos subjetivos nacidos y perfectos (derecho al divorcio, derecho a la cuota de gananciales en la fecha de la sentencia de divorcio, etc.), para los efectos derivados de los derechos ya nacidos (situación jurídica de separación «declarada» e incidencia en las esferas personal y patrimonial) y para los «status» familiares ya acaecidos (casados canónicamente, divorciados en Cuba). De otro lado, *regirá la Ley de 1939* para los hechos todavía no completos (petición del «exequatur», ejecución de sentencia en Cuba), para los derechos subjetivos no nacidos (anulación de la sentencia de divorcio), para los efectos en cuanto a las acciones no ejercitadas (su ejercicio y procedimiento se regirán por las normas *complementarias* de la Ley de 1939, o sea, la Ley de 26 de octubre de 1939 y Orden de 2 de diciembre de 1939) (35).

Conforme a las *normas transitorias de la Ley de 23 de septiembre de 1939*, establece la *primera* de ellas—única aplicable al caso—que «las sentencias firmes de divorcio vincular, dictadas por los Tribunales civiles a tenor de la Ley que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la Autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los interesados». La Ley de 26 de octubre de 1939 fijaba las *normas procesales para la aplicación* de la anterior, «en cuanto a dejar sin efecto los divorcios vinculares fallados en España, en los casos en que mediare la iniciativa de alguno de los cónyuges». Con los tradicionales cánones hermenéuticos y aplicados los criterios lógico, literal, sistemático y teleológico, parece que la conclusión sería *excluir* las sentencias de Tribunales extranjeros.

(34) *Derecho civil de España*, I. pág. 720.

(35) Criterios extraídos de la magistral exposición de DE CASTRO, op. cit., páginas 731 y sigs.

Sin embargo, si atendemos al criterio *histórico* para interpretar debidamente la citada disposición transitoria 1.ª de la Ley de 1939, nos encontramos con que el Decreto de 2 de marzo de 1938 *suspendió* la sustanciación de los pleitos de separación y de divorcio y las actuaciones para obtener aquélla o éste por mutuo disenso, iniciados con arreglo a lo dispuesto en la Ley de 2 de marzo de 1932. Probablemente en vistas de este Decreto algunas decisiones de nuestra jurisprudencia (36) sólo reconocen la cualidad de *firmes*—a los efectos de dicha disposición transitoria 1.ª—a sentencias que ya la tuvieran *antes* del 18 de julio de 1936 y a las que posteriormente la adquirieran *en zona nacional antes* de la suspensión de tramitaciones establecidas por el Decreto de 2 de marzo de 1938 (37): ¿quiere esto decir que las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros en ese intervalo—cual la de nuestro caso—no están afectadas por lo dispuesto en el Decreto de 1938 y la citada disposición transitoria 1.ª? Ahondando un poco más en dicha norma—Decreto de 2-3-38—observaremos cómo será muy difícil llegar a establecer su precisa *significación actual* si no se tiene en cuenta la original «ratio legis» de la norma (38), para lo cual debe también tenerse muy en cuenta su «occasio legis»: la *finalidad* de tal precepto fue la de «evitar que al amparo de los preceptos de la Ley de Divorcio de 1932 pudiesen seguir creándose situaciones inconvenientes». Creo factible defender la tesis de que la «ratio» fue esencialmente política, para evitar la proliferación de los litigios por divorcio en las difíciles condiciones y circunstancias de aquellos días en una y otra zona de nuestro país: ello, automáticamente, lleva a eliminar la aplicación del Decreto a las sentencias de divorcio *extranjeras*. Quizá por esta razón, amparada en el principio general de la irretroactividad, nuestro Tribunal Supremo en la *sentencia de 4 de junio de 1964* (39) llega a la conclusión—en caso similar al comentado, pero decidido por sentencia *española*—de que «si no hacían uso de tal facultad (la anulación del divorcio según procedimiento de la Ley de 26 de octubre de 1939) es claro que las sentencias firmes de divorcio vincular, aunque el matrimonio fuese canónico, conservan su validez y eficacia».

Eliminada la posibilidad de aplicar el Decreto de 1938 y la Disposición transitoria 1.ª de la Ley de 1939 a nuestro supuesto comentado, observemos que se da un encaje perfecto entre los principios básicos derivados de las normas transitorias del Código civil y la 1 de la Ley de 1939: en ésta cabe también distinguir su vigencia respecto a las situaciones *anteriores*—a las que, en principio, respetaba, sin perjuicio de la *posibilidad* individual de anular los divorcios anteriores en atención al orden público español—y a las *posteriores*.

Antes de abandonar este tema, conviene aludir a las especiales dificultades de interpretación ante casos como el comentado y a la vista de una serie de normas cuyo contenido es cuando menos *poco determinado*—así, en la denominación de LALAGUNA (40)—y poco estudiado por los autores en lo referente a las normas de Derecho transitorio (41).

(36) Así, resoluciones de 7 de junio y 22 de diciembre de 1945, y sentencia de 6 de junio de 1949.

(37) Los subrayados son míos.

(38) Así, en BERTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, págs. 22 y sigs.

(39) Véase su resumen en PUIG BRUTAU, op. cit., IV-I, pág. 170. su crítica, en Díez-PICAZO, *Estudios de Jurisprudencia civil*, tomo II, pág. 311.

(40) Véase su reciente obra. *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, pág. 205.

(41) A salvo el estudio de BONET RAMÓN, *El divorcio y la nulidad del matrimonio en la legislación transitoria del Nuevo Estado*, en «R. G. L. J.», 1941, págs. 210 y sigs.

Finalmente, como resumen en cuanto a la cuestión de la *aplicabilidad* o no de las normas de Derecho transitorio, cabrá decir: 1. Que tales normas no afectan a la sentencia extranjera de divorcio vincular. 2. Que tampoco afectan al «status» de divorciado. 3. Que la petición del «exequatur» debería regirse por las normas españolas. 4. Que el derecho a anular la sentencia de divorcio pudo y debió ser ejercitado, conforme a las normas de la Ley de 26 de octubre de 1939. 5. Que, *sustancialmente*, las razones contenidas en los motivos *séptimo* y *tercero* del recurso de los demandados (42) y la observación del Ministerio Fiscal en su informe (43), me parecen correctas y atendibles.

C) *Aplicabilidad de las normas de Derecho internacional privado*: Los posibles límites de eficacia que afectarían a la sentencia de divorcio vincular dictada en Cuba como derivados de las normas de *colisión* o de Derecho internacional privado cabe centrarlos en dos puntos: el primero, relativo al Decreto de 2 de marzo de 1938; el segundo, sobre la concesión del «exequatur» a sentencia extranjera de divorcio vincular después de 1939.

En cuanto al *Decreto de 1938 ya citado*, cuyo análisis parcial de hecho en el apartado B) de este epígrafe en su aspecto de Derecho transitorio, parece superfluo reiterar aquí su finalidad ya expuesta. También creo oportuno recordar aquí las observaciones sentadas acerca del mismo en el informe del Ministerio Fiscal (44), señalando su *ámbito* territorial y las dificultades de concederle eficacia extraterritorial; sin embargo, creo que—en una mínima parte—debo disentar del citado informe en lo relativo a que «la dificultad sólo radica en la falta de una disposición legal que concretamente regule la eficacia 'extraterritorial' de aquellas normas...». Porque hay un obstáculo fundamental para ello: el que tal norma—cuyo carácter adjetivo, procesal, es notorio—en cuanto procesal, de Derecho público, *no puede* ser extraterritorial. Afirmación ésta que puede confirmarse a la vista de nuestros mejores tratadistas, cual el maestro DE CASTRO (45) y el procesalista DE LA PLAZA (46). En consecuencia: tampoco en orden al Derecho internacional privado cabe oponer el Decreto de 1938 a la sentencia de divorcio extranjera dictada *después* del mismo y *antes* de la Ley de 1939.

Por lo que respecta a la *aplicación de las normas del Derecho internacional privado* a la sentencia de divorcio extranjera, la posible incidencia es doble: de un lado, en cuanto al «exequatur», y de otro, en cuanto a la acción de anulación de dicha sentencia. Pero para su mejor estudio, siguiendo el magisterio de DE CASTRO (47), procedería deslindar *dos fases*: la primera, de delimitación y caracterización del supuesto de hecho—lo que he intentado realizar en los precedentes epígrafes y en el presente—, indicando sus diversos elementos o relaciones y señalando el punto de conexión adecuado; y la segunda, de designación de la norma nacional o extranjera aplicable a la situación de hecho. También conviene tener presente, para un caso solucionado por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de enero de 1933, el estudio especial del profesor DE CASTRO (48).

Dentro de la primera de las dos fases indicadas por DE CASTRO, como pre-

(42) Véase en Antecedentes, III-C).

(43) Véase en los Antecedentes, III-D), ap. b).

(44) Véase en Antecedentes, III-D), aps a) y c).

(45) Op. cit., pág. 754.

(46) Así, en la obra citada en nota 29, «R. D. P.», 1945, pág. 670.

(47) Op. cit., págs. 755 y sigs.

(48) *La Ley de Divorcio y el Derecho internacional privado*, en «R. D. P.», 1933, pág. 130.

misa general cabe decir con MIAJA (49) que en tema de *divorcio* la mayoría de las legislaciones reconocen la competencia de la *Ley personal* de los interesados, con la fuerte limitación del orden público. Dividida la situación de hecho contemplada (sentencia extranjera de divorcio), puede decirse que: 1. A la creación del acto jurídico en sí mismo, se aplica la *Lex Fori*, a la que no afectan en principio las normas procesales españolas dado su carácter territorial. 2. A los efectos de la sentencia en Cuba, se aplica la *Lex Fori*, así como a la ejecución. 3. A los efectos en España, derivados del reconocimiento o «*exequatur*», se aplicará la limitación del orden público español (art. 11-3 C. c. y artículo 954-3, L. E. C.), además del efecto *positivo* del orden público contenido en el artículo 8 respecto de las normas procesales (50). 4. A los efectos *substantivos* de la situación jurídica de separación «declarada», tanto personales como patrimoniales, se aplicará la Ley nacional del marido (arts. 9 y 1.325 del Código civil) (51).

Pasando a la segunda de las fases antes expuestas, cabe sintetizar que: 1. El orden público español impide el «*exequatur*». 2. Rige el Código civil español en cuanto a los *efectos substantivos* de la situación jurídica de separación judicialmente declarada.

D) *Limitación de eficacia del acto jurídico de decesión en el ámbito personal*: Como al principio de este epígrafe expuse, antes de ponderar la posible *valoración* jurídica de la sentencia de divorcio como *acto de decisión*, convenía examinar los posibles *límites a su eficacia*. Estudiados los referentes a la esfera del Derecho transitorio y a la de las normas de colisión, parece oportuno aludir aquí a la limitación insita en el *ejercicio* de los derechos subjetivos, que afecta al ámbito personal: me refiero a los derechos de petición del «*exequatur*», de solicitar la anulación de la sentencia de divorcio y de solicitar la modificación del «*status*» de divorciada. Todos ellos derechos de los que era titular la esposa demandante. La cuestión a examinar es si el *no ejercicio* de las dichas tres pretensiones por parte de la esposa es o no *contradictorio* con su posterior conducta al demandar a los herederos del esposo: o de otro modo, si cabe aplicar la doctrina de los propios actos (52).

Como en otro lugar he expuesto (53), en tema del «*venire contra factum proprium*», no cabe más que acudir a la autoridad del magisterio del profesor Díez PICAZO en su extraordinaria y penetrante obra sobre el particular. Pero antes de proceder a fijar los *presupuestos* de la pretensión contradictoria dedica parte de la obra a la *delimitación* de la noción de «*actos propios*», distinguiéndola de otras con las que a menudo suele confundirse.

Siguiendo, en consecuencia, a Díez PICAZO cabe cuestionar si al no haber ejercitado la demandante las pretensiones citadas (de pedir el «*exequatur*», de pedir la anulación del divorcio y de pedir la modificación del «*status*» de divorciada) existe contradicción con su demanda posterior, o más bien cabría encuadrar este *no ejercicio* entre otros institutos.

(49) *Derecho internacional privado*, II, pág. 273.

(50) Lo que concuerda con lo expuesto más arriba en el apartado d) del epígrafe II de estos Comentarios.

(51) El mismo criterio aplica el artículo 9, apartados 2 y 3, del anteproyecto de título preliminar del Código civil: Ley nacional del marido al contraer matrimonio.

(52) Véase por todos, Díez PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, 1963.

(53) En comentario a sentencia de 28 de febrero de 1949, en el núm. 470, de esta REVISTA, pág. 109.

En un primer deslinde del supuesto de hecho contemplado cabría quizá considerar este largo silencio e inactividad de la demandante a lo largo de más de veinticinco años como una manifestación de una declaración *tácita* de voluntad («facta concludentia»): sin embargo, observemos que la eficacia de los actos concluyentes se mantiene por razón de haber mediado consentimiento, y en el supuesto contemplado no aparece dato alguno relativo a un posible consentimiento—ni expreso ni tácito—de la demandante, ni tampoco hay reseñados actos de la misma. Parece, por tanto, que debe desecharse el recurso a los actos concluyentes una vez eliminada la posibilidad de la declaración de voluntad o actuaciones voluntarias.

Una segunda delimitación algo más delicada es la derivada de la posible confusión de aquel largo silencio con la *renuncia tácita* de derechos. Pero esta confusión solamente puede ser aparente, ya que demostró claramente Díez Pícazo (54) cómo la renuncia tácita equivale a una declaración tácita de voluntad—reconducible al caso precedente—y que la eficacia de tal renuncia tácita sería la pérdida o extinción total del Derecho subjetivo. Y en el caso que examinamos el problema se centra en la posible inadmisibilidad del ejercicio de ciertos derechos en un determinado litigio y en unas determinadas circunstancias, o de otro modo, *parece* centrarse en el ámbito de la doctrina de los actos propios.

Una nueva delimitación necesaria viene referida a la diferenciación respecto de la *impugnación* de un negocio ineficaz, o mejor, a la *confirmación tácita* de un negocio anulable: aun dando por buena la caracterización como «negocio» del acto jurídico de decisión en que la sentencia consiste, hay que recordar la consagración legislativa en nuestro Código civil del instituto de la confirmación (arts. 1309 y sigs.), lo que parece reconducir el supuesto a la doctrina de los propios actos.

Finalmente, cabría hablar *procesalmente* quizá de *preclusión* y no de *actos propios*: así, al aceptar tácitamente la esposa la sentencia de divorcio y no impugnarla a su debido tiempo al amparo de la Ley de 1939, se produjo *de facto* la reclusión de la posterior facultad de interponer la demanda que origina el litigio porque ello lleva *implícito* una solicitud de nulidad de la sentencia de divorcio. La cuestión no está del todo clara, ya que en principio cabría defender esta solución y la de que hay «actos propios»; por ello cree Díez Pícazo (55) que la idea de preclusión puede reconducirse a las *consecuencias* derivadas de la inadmisibilidad de la conducta contradictoria.

Las someras indicaciones expuestas precedentes nos han servido para precisar lo que *no* es aquella inactividad de la esposa. Para concretar *lo que es* habrá que ver si en el supuesto se dan los *presupuestos* necesarios para que existan *actos propios* (56): 1. *Conducta vinculante*: como acto o serie de actos en cuanto reveladores de un modo general de proceder o comportarse, en cuanto revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales; la *relevancia jurídica* de la conducta ha de ser *dentro* de una determinada situación jurídica y de manera que suscite objetivamente en el adversario la confianza de que tal conducta sea índice o definición de una actitud *frente* a esta determinada situación jurídica. Parece incuestionable la existencia en el supuesto contemplado de tal conducta vinculante y claramente lo expone el ponente en sus Considerandos

(54) Op. cit., últimamente, págs. 159 y sigs.

(55) Op. cit., págs. 181-182.

(56) Op. cit., págs. 193 y sigs.

primero y tercero, que sirven de soporte fáctico a la decisión del juzgador.

2. *Pretensión*: la pretensión debe ser fundada, aunque el fundamento sea sólo aparente, ya que la pretensión en sentido *substantivo*—como acto de ejercicio de una facultad—presupone en su base el derecho o la facultad que se ejercita; en otro caso, no habrá pretensión, por falta real del fundamento o título alegado. Es difícil precisar si en nuestro caso existía o no este fundamento: parece que la *causa petendi* estriba para la esposa demandante en su condición de *casada en régimen de gananciales*, lo que en verdad no concuerda bien con el «status» de *divorciada*, que seguía inalterado en tanto no se anulase la sentencia de divorcio; sin embargo, considerada la pretensión como una *facultad* insita en el Derecho subjetivo, cabría aceptar que existe pretensión en un amplio sentido, cual facultad derivada del derecho de la esposa a solicitar la anulación de la sentencia de divorcio, aunque el cauce o procedimiento elegido no parece muy correcto.

3. *Contradicción*: entre la anterior conducta vinculante y la posterior pretensión (o resultado empírico a obtener): parece evidente.

4. *Identidad de sujetos*: la hay entre el de la conducta y el de la pretensión.

Este brevísimo repaso a los presupuestos exigidos por Díez Pícazo para que pueda hablarse de *actos propios* nos convence de la aplicación al caso comentado de tal doctrina, aunque aquí se admita con reparos la idea de *pretensión* fundada. La consecuencia inevitable de la contradicción, que contraviene a la buena fe, es la *sanción jurídica* de la inadmisibilidad: procesalmente hablando ello nos lleva a la desestimación de *oficio* de la demanda.

A este mismo resultado expuesto se llegaría si, al no acoger la idea de *actos propios* por tratarse de una pretensión poco fundada, se parte de ideas muy próximas a la doctrina de los actos propios. En efecto, el que la esposa espere casi treinta años a ejercitar una pretensión—que no olvidemos implica *per se* una solicitud de anulación de la sentencia de divorcio—equivale al ejercicio de un derecho realizado con un retraso objetivamente desleal. de otro modo, estamos de lleno ante la doctrina de la «*verwirkung*» (57). Todo el centro de gravedad de la doctrina de la «*verwirkung*» se encuentra en la idea de la buena fe. Como hace notar Díez Pícazo lo decisivo es el valorar las circunstancias del caso concreto: hay que decidir, y esto es lo trascendente aquí, si la «*verwirkung*» se encuentra o no *dentro* del mismo orden de ideas que la inadmisibilidad del «*venire contra factum proprium*». La solución no es sencilla, ni siquiera para la doctrina alemana, cual demuestran las contrapuestas tesis de BOEHMER y SIEBERT. Pero para nosotros ahora lo importante es que las *consecuencias* que produce la «*verwirkung*»—paralización del ejercicio de un derecho por medio de una excepción concedida al adversario—(58) vienen a ser prácticamente *idénticas* a las derivadas de la aplicación de la doctrina de los propios actos: la *inadmisibilidad* de la conducta contradictoria por el retraso en el ejercicio del derecho cual objetivamente desleal.

La inadmisibilidad de la pretensión de la esposa demandante era la consecuencia lógica, tanto si se aplica la idea de la «*verwirkung*», como la doctrina de los propios actos. Así lo hizo, correctamente, el Juzgado. Por mi parte, entiendo aplicable: la «*verwirkung*», a las pretensiones de pedir el «*exequatur*» y de pedir la modificación del «status» de *divorciada*; la doctrina de los propios actos, a la petición de anulación del divorcio (implícita en la demanda formulada) y a la petición de modificar el «status» de *divorciada*.

(57) Véase por todos Díez PÍCAZO, op. cit. págs. 93 y sigs y la extensa bibliografía en ella citada.

(58) Véase PUIG BRUTAU, en notas a BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia*, pág. 246. véase Díez PÍCAZO, op. cit., págs. 100-101.

Todas estas distinciones, ciertamente algo sutiles, no han sido realizadas por el ponente, que las aludió de pasada al referirse a la cuestión de la *subsistencia del vínculo* como de carácter meramente teórico (59); no obstante, en el inciso final del Considerando *cuarto* recoge la tesis de la aplicación al caso de la doctrina de los propios actos—que sustentaron los demandados en su recurso—, aunque la formulación dada no me parece completamente correcta, dicho sea con todos los respetos para el Alto Tribunal. La redacción nos habla de que la actora «por su propia voluntad y actuación, creó estados de derecho en relación con la vida conyugal, sin removerlos después...». Es la frase *por su propia voluntad y actuación* la que me parece equívoca o, cuando menos, no todo lo clara que fuera de desear: como locución adverbial *parece* retener la idea de *voluntariedad*, siendo el elemento voluntarista citado en muchas ocasiones por el Tribunal Supremo cual requisito exigible a la doctrina de los propios actos. Pero todo ello ha sido justamente censurado por Díez Pícazo (60), quien separa perfectamente el elemento voluntarista de la doctrina de los propios actos, la cual se basa en una valoración objetiva de un comportamiento determinado.

Si esta locución comentada se sustituyera por la de *con su comportamiento* o la de *con su conducta precedente*, el encaje en la doctrina de los propios actos sería completo. Aun con todo, creo que la decisión del juzgador no se basa en la idea de los actos propios, sino en la evidencia de la separación personal entre los cónyuges. La doctrina de los propios actos viene a ser de este modo una «ratio decidendi» del tipo de las *minora* o de *además de*, en unión de la «ratio» fundamental.

Finalmente, el juego de la regla que impide ir contra los propios actos impone un límite derivado de la buena fe al ejercicio de los derechos subjetivos que ostentaba la esposa demandante. Esta limitación al ejercicio de los derechos subjetivos que para la esposa nacieron como consecuencia de la sentencia de divorcio, equivale a su vez a un nuevo límite impuesto a la *eficacia* de dicho acto de decisión en el ámbito *iurprivatista*.

E) *Consecuencias o efectos substantivos de la sentencia de divorcio en el ámbito del Derecho privado español.*—Después del detenido análisis que en el presente epígrafe se ha hecho de la sentencia de divorcio como acto jurídico privado de decisión e intentada su valoración en el apartado A), cabe sintetizar los resultados obtenidos de la siguiente forma: 1. La sentencia de divorcio es un acto jurídico de naturaleza preceptiva y con función constitutiva, que si, de una parte, crea situaciones jurídicas nuevas—separación judicialmente declarada, «status» de divorciados—, por otra parte, extingue situaciones jurídicas ya existentes—vínculo matrimonial, «status» de casados—. 2. La valoración de la eficacia de dicha sentencia queda afectada por una triple limitación, impuesta por la norma que veda ir contra los propios actos, por las normas transitorias y por las del Derecho internacional privado. 3. La limitación derivada del juego de la doctrina de los propios actos se traduce en una limitación al ejercicio por la esposa de los derechos subjetivos derivados para ella de la sentencia de divorcio. 4. La limitación impuesta por el Derecho transitorio es mínima y tan sólo en orden al procedimiento a seguir—Ley de 26 de octubre de 1939—caso de anulación de la sentencia de divorcio, pero esta pretensión queda sancionada con la *inadmisibilidad* por aplicarse las doctrinas de la «*verwirkung*» y de los actos propios. 5. La limitación derivada del Derecho inter-

(59) Así, en el apartado B) del Considerando 3.º.

(60) Op. cit., págs. 112 y sigs y 147 y sigs.

nacional privado se traduce en la inevitable aplicación del Código civil español en todo lo referente a los efectos *sustantivos* de las situaciones jurídicas creadas por la sentencia («status» de divorciados, separación judicialmente declarada).

Delimitados los aspectos procesales y sustantivos de la sentencia de divorcio y los límites a su eficacia, terminaré con el estudio de los efectos sustantivos de las *nuevas* situaciones jurídicas originadas por dicha sentencia.

V. *La situación jurídica de separación judicialmente declarada*.—Recordemos cómo esta situación jurídica fue originada por la sentencia de divorcio, cuya firmeza, unida a la *aquiescencia* de las partes litigantes, determinó «per se» la ruptura del vínculo conyugal y de los «status» de casados. El estudio de esta separación «judicialmente declarada» se presenta lleno de dificultades, ya que los autores examinan los casos de separación de hecho y de separación judicial ex artículo 104 del Código civil, pero no aquellos casos de separación válida y eficaz en virtud de sentencia de divorcio; por otro lado, el supuesto de hecho es complejo, ya que al no ejecutarse en nuestra patria la sentencia extranjera se produjo «de facto» una separación de hecho mutuamente consentida. Por todo lo cual, a las iniciales dudas en orden al encaje del supuesto en las categorías apuntadas en el epígrafe I de estos Comentarios, se suman las derivadas de la perplejidad del intérprete ante la normativa aplicable al supuesto de hecho comentado.

La peculiaridad de este caso es el estar como a caballo, intermedio, entre la separación de hecho mutuamente consentida y la separación judicialmente declarada y ejecutada. En efecto, cabría considerar que el hecho del divorcio no impugnado produce una especie de separación judicial «a perpetuidad» (61), materialmente admisible aunque formalmente parece contradecir al orden público español; de otro lado, el *hecho* obvio de la ruptura de la comunidad de vida, sin que exista ejecutoria en España sobre tal separación, parece convencer de la bondad de la tesis de la separación de hecho mutuamente consentida. Veamos las consecuencias a que llevan cada una de estas direcciones:

a) *Como separación de hecho*. La nota más característica de la separación de hecho, nos dice DE LA CÁMARA (62), es «el propósito fundamental de extinguir o interrumpir la vida común y la realización puramente particular o *privada* (63) de llevar a cabo la separación». Esta nota la diferencia, dice dicho autor, de la separación judicial. En nuestro supuesto, si bien la «intención» o propósito pudo ser exteriorizado públicamente por la esposa al interponer en Cuba la demanda de divorcio, no obstante, parece que la «realización» o forma de plasmar aquella decisión o intención se hizo en forma privada.

Dentro de las especies de separación de hecho, ésta se nos muestra *sin* convenio, no prevista legalmente; difícil es precisar si existen en el supuesto circunstancias especiales que cualifiquen el hecho de la separación, pues a la voluntad evidente y manifestada en forma por la esposa parece que se superpone una *tolerancia* por parte del marido. Parece que no es aventurado suponer existió un consentimiento mutuo en continuar en tal situación de separación de hecho.

(61) Así, en la terminología de LALAGUNA, op cit., en nota 40, pág. 240.

(62) Op. cit., en nota 10, págs. 4 y sigs.

(63) El subrayado es mío

El problema típico es el del reconocimiento de *efectos jurídicos* en tales situaciones de separación de hecho: 1. En la esfera *personal*, el «status» de cada cónyuge sigue siendo el de convivencia conyugal, el de casados; al no haber alteraciones en el «status» conyugal, cabe en cualquier momento solicitar la separación judicial; no se producen ninguno de los efectos secundarios (convivencia, domicilio común, alimentos (64), filiación...). 2. En la esfera *patrimonial*, al desaparecer la comunidad de vida faltan los presupuestos sobre los que teóricamente se fundamenta la sociedad de gananciales (65), pero no se produce la disolución de dicha sociedad (66), sino que se mantiene el régimen de comunicación de ganancias; la incidencia en los derechos sucesorios es todavía más discutible, ya que si de una parte la separación de hecho, por sí sola, no produce ningún efecto respecto de los derechos legitimarios derivados del artículo 834 del Código civil, de otro lado, habrá que relacionar dicho hecho con lo establecido en el artículo 855 para la desheredación.

Ciertamente estos débiles efectos encajan mal con la situación jurídica creada con la sentencia judicialmente declarada aunque no ejecutada, cuyo fallo dispone «declaro disuelto el vínculo... y decreto la separación de bienes...» (67). Tampoco cuadran estos efectos con el mutuo *comportamiento* de los esposos, al ser hechos probados: la completa separación personal, con domicilios en lugares diferentes, y sus actividades como *divorciados*. Por todo lo cual, creo que la deficiente normativa de la separación de hecho *no* parece de aplicación al supuesto comentado.

b) *Como separación judicial*: Calificación obvia, dado el litigio previo entre ambos cónyuges. La ventaja de esta separación, nos dice DE LA CÁMARA (68) es su plena regularidad jurídica y, consecuentemente, su cabal y completa eficacia; de aquí que sea ineludible cuando quieran obtenerse todos y cada uno de los efectos inherentes al estado legal de *separado* (69).

Los efectos de la sentencia, según ya se dijo, son *constitutivos*: en el sentido de que atribuye a ambos cónyuges un nuevo «status», el de *separados judicialmente*. La normativa es la contenida en el artículo 73 del Código civil, al que se remite el artículo 104 del Código civil, siendo ya tradicional la distinción entre la esfera personal y la patrimonial: 1. Esfera *personal*: la separación es ya firme, y queda en suspenso la vida común de los cónyuges; especiales dudas plantea la cuestión de si la esposa conservó o no la nacionalidad cubana—lo que en el motivo *séptimo* del recurso de los demandados se apuntaba—, una vez separada en Cuba legalmente. 2. Esfera *patrimonial*: la ejecución produce la separación de los bienes de la sociedad conyugal, con carácter absoluto, teniendo cada cónyuge el dominio y administración de los que le correspondan (arts. 73-4 y 1433, 1434 y 1417 del C. c.) (70), con *disolución* de la sociedad de gananciales y consecuente liquidación de la misma; en orden a los derechos *sucesorios*, considerado el artículo 834 del Código civil, la cues-

(64) Esta negación de alimentos es en principio. Véase mi comentario a sentencia de 28 de febrero de 1969, en el núm. 475 de esta Revista, pág. 1.699, y la obra de PUIG BRUTAU, citada en nota 13, págs. 252 y sigs.

(65) CÁMARA, op. cit., pág. 11.

(66) Op. cit., últ., págs. 12, 265 y sigs. (respecto a la mujer) y 307 (respecto al marido).

(67) Véase en el apartado I-B) de los *antecedentes* de este caso.

(68) Op. cit., pág. 8.

(69) El subrayado es mío.

(70) Para la cuestión sobre el artículo 1.435, en relación con el nuevo artículo 73 del Código civil, puede verse el resumen que hace PUIG BRUTAU, en op. cit., págs. 211 y sigs.

tión sería compleja si, con la determinación de la *culpa*, ésta fuere imputable al esposo difunto, pero *parece que* atendiendo al carácter de la *legítima viudal*—cuya atribución suele ser al cónyuge unido al difunto por matrimonio *válido y normal*—y a las consideraciones respecto al matrimonio *putativo* (71) *no debería concederse* la legítima al sobreviviente que haya vivido completamente separado del difunto *después* de la sentencia de separación y por largos años.

Me parece, por tanto, evidente la aplicación al supuesto contemplado de la normativa que el Código civil establece para la separación *judicial*, que, en resumen, determina: 1. La atribución del «status» de *separados legalmente*, cuyo estado familiar es, «per se», inmutable. 2. La separación *de bienes* de la sociedad conyugal, con disolución de la sociedad de gananciales y *extinción* de los posibles derechos sucesorios respecto al otro cónyuge (72).

Determinadas las consecuencias de una y otra tesis, el hecho de entender aplicable la normativa de la separación *judicial* viene aquí reforzado por tratarse de una ejecutoria de *divorcio*; de donde se desprende el matiz relevante del supuesto, que antes (73) he llamado «separación judicial decretada en virtud de sentencia de divorcio», separación *en tránsito* a la que se origina por divorcio.

El único obstáculo aparente a la configuración de esta situación jurídica como de separación *judicial* es la no existencia en España de una ejecutoria decidiendo el litigio. Ciertamente la sentencia cubana, en buena técnica procesal, es *inexistente* ante nuestros Tribunales como anteriormente (74) he tratado de demostrar; pero la trascendencia de la misma en el ámbito del Derecho privado es mucho mayor: en primer lugar, por la eficacia *material* tanto directa como indirecta, de toda sentencia; en segundo lugar, por su indudable validez y eficacia como acto jurídico privado de decisión, de naturaleza preceptiva y función constitutiva; en tercer lugar, porque la obvia *acquiescencia* de ambas partes al no impugnar el fallo—aun no llevándolo a ejecución—determina la consecuente *preclusión* de nuevas actividades procesales tendentes, directa o indirectamente, a modificar o enmendar dicho fallo.

Parece, por tanto, bastante defendible la idea de configurar el supuesto como de separación judicialmente declarada en virtud de sentencia de divorcio extranjera, cuya eficacia *substantiva*—al menos «inter partes»—no es dudosa. A la nueva situación jurídica creada serán de aplicación las normas del Código civil contenidas en el artículo 73 y concordantes.

VI. *Los resultados obtenidos tras la precedente exposición y la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo.*—Pudiera parecer a alguno curiosa la coincidencia, en definitiva, de los resultados obtenidos y de la «ratio decidendi» de la sentencia; sin embargo, ello no es nada extraño, ya que no debe olvidarse la excelente labor del magistrado ponente (75), que en otras ocasiones ya he elogiado por su claridad de exposición, su gran sentido jurídico y su capacidad de síntesis que le hace llegar a la médula del problema y su repercusión práctica. En esta sentencia puede verse una absoluta falta de alardes dogmáticos y divulgaciones eruditas y cómo, sin embargo, se llega a una solución justa del

(71) Véase PUIG BRUTAU, op. cit., tomo V. vol. 3. pág. 122

(72) En rigor, más que de *extinción*, debe hablarse de un *no nacimiento* de tal derecho.

(73) En el epígrafe I de estos Comentarios.

(74) Véase los párrafos finales del epígrafe III de estos Comentarios.

(75) Don Emilio Aguado González.

litigio en contemplación de la *realidad* ambiental existente en aras de una visión realista y crítica del derecho.

El problema fundamental que en el caso comentado existía es la *carencia de una normativa aplicable* al mismo. Bien ha podido escribir LALAGUNA (76) que «la aplicación de la Ley, como toda tarea de creación, es un oficio árduo... deriva de la misma naturaleza de las cosas, porque la Ley es una obra inacabada... Los defectos legislativos son quizá la principal fuente de problemas en la aplicación de la Ley...». Dentro del amplio campo de *defectos legislativos* que dicho autor expone, parece que nuestro caso habría que encuadrarlo dentro del grupo que llama *limitaciones* o imperfecciones del Ordenamiento jurídico *dinámicamente* considerado: la insuficiencia de la Ley sería aquí por una *inadecuación sobrevenida*, al variar las circunstancias. Ha podido decir agudamente LALAGUNA (77) que «los problemas que nacen de una limitación tienen su clave en un *mejor conocimiento de la realidad*... Tales problemas implican necesariamente la confrontación de las *referencias a la realidad* que se condensan en los supuestos hipotéticos de la norma con *la realidad misma*» (78). Aunque LALAGUNA nos advierte de los peligros de pretensión dogmática que cabe observar en las distinciones que propone, ya que el encuadre de cada caso en uno u otro tipo de *limitación* es algo convencional, y atendiendo al propósito de no deformar la realidad que cita, creo que el supuesto de hecho comentado cabría encuadrarlo—partiendo de los tres tipos de *limitaciones*: silencio, insuficiencia e inadecuación de la Ley—en lo que este autor denomina *insuficiencia* de la Ley. Podría así hablarse de una *anomalía relativa* (79), dada la incompleta regulación que la Ley ofrece ante los supuestos de sentencias de divorcio extranjeras dictadas durante la vigencia de la Ley de 1932, aun no ejecutadas en España. No obstante, es cuestionable si este supuesto puede ser un problema de *silencio* de la Ley—a resolver con una adecuada interpretación—o si se trata de propia *insuficiencia*—lo que postularía un cambio legislativo futuro—que puede ser una incesante fuente de aporías en el ámbito de aplicación de las normas (80).

A la vista de estas afirmaciones de LALAGUNA, puede muy bien el lector comprender que el elogio que antes hice de la labor del ponente de esta sentencia es en verdad justo, ya que se atuvo en todo momento a la realidad y ante el problema adoptó la solución de *interpretar* las normas existentes en forma *correctiva*, negando a la esposa su pretensión, y sin incurrir en posiciones dogmáticas; este acercamiento a la realidad hace que, paralelamente, la doctrina que fundamenta la decisión final encaje en la situación litigiosa de manera perfecta.

La doctrina sentada por la sentencia me parece contenida en el Considerando *tercero*: inciso final del apartado B) y apartado C). Sentadas estas premisas, son lógicas las conclusiones que fija en los últimos párrafos del Considerando *cuarto*. Del examen conjunto de ambos Considerandos, en relación con los hechos probados, parece indudable que la «ratio decidendi» es la *existencia* demostrada y continuada de una separación personal y patrimonial entre los cónyuges.

La coincidencia de la doctrina de la sentencia con los modestos resultados habidos con mi precedente exposición es en verdad curiosa, ya que se ha trata-

(76) *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, cit., págs. 191 y sigs.

(77) Op. cit., pág. 225.

(78) El subrayado es del propio LALAGUNA.

(79) Así, en la terminología adoptada por LALAGUNA, op. cit., pág. 242.

(80) Op. cit., últimamente, pág. 242.

do de ahondar un poco en aquellas cuestiones o puntos no desarrollados por el juzgador y que—al menos, en gran parte—se presentaban como meramente teóricos e intrascendentes. Sin que pretenda haber descubierto un nuevo continente, sí creo que eran importantes y dignos de estudio profundo algunos problemas poco tratados: valor de sentencia extranjera no ejecutada, validez de sentencia de divorcio dictada entre marzo de 1938 y septiembre de 1939, limitaciones a la eficacia de tales sentencias, situación jurídica de separación judicialmente declarada e incidencia de esta situación en las esferas personal y patrimonial de los cónyuges separados.

Las distintas soluciones o respuestas dadas a cada uno de estos problemas han ido conduciendo a una decantación de las proposiciones obtenidas, que, al tener como norte o guía la realidad y los hechos probados, no han podido alejarse demasiado de la solución final del juzgador. Quizá cupiera hallar alguna *discrepancia de matices no esenciales*: valor del Decreto de 2 de marzo de 1938, efectos de la sentencia de divorcio (que reduce tan sólo a la simple separación personal) (81), encuadre de la situación jurídica en los distintos tipos de separación, eficacia material de la sentencia y su valor como acto jurídico privado, juego de la doctrina de los propios actos o de la «*verwirkung*», normativa aplicable a la situación jurídica de separación judicialmente declarada.

Resumiendo, podemos decir que los resultados habidos y la doctrina de la sentencia son *coincidentes en los siguientes puntos*: 1. La separación personal de los cónyuges. 2. La separación patrimonial, con disolución de la sociedad de gananciales y no nacimiento del Derecho sucesorio. 3. Eficacia *substantiva* e «*inter partes*» de la sentencia de divorcio. 4. Limitación de la pretensión de la esposa en base a la doctrina de los propios actos.

VII. *Conclusiones*.—El caso resuelto por esta sentencia plantea una serie de cuestiones que no ha tocado el juzgador—no tenía porqué hacerlo—y que no fueron abordadas anteriormente por los autores, cuestiones a las que se ha tratado de dar una adecuada respuesta usando de los medios técnicos de interpretación habituales; quizá no haya habido tanta fortuna en hallar los resultados como en proponer los problemas, que ahí quedan para que algún otro estudioso complete lo por mí apuntado.

A la justicia del fallo, tanto en el fondo como en la forma, hay que agregar que la «*ratio*» básica ha sido la existencia continuada y probada de una separación conyugal total. No parece tan básica la idea de los propios actos, cuya formulación antes (82) he criticado.

Esta sentencia podrá muy bien servir de *precedente* para todos los casos similares, siempre que se den los presupuestos necesarios para la aplicación de la analogía y atendiendo a los hechos del caso.

La sentencia puede muy bien englobarse dentro del tipo de jurisprudencia *interpretadora* de los preceptos legales y está en la línea de una actitud realista del juzgador que tanto se postula en la actualidad por nuestra mejor doctrina.

J. C. G.

(81) Véase Considerando 3.º; ap. B), inciso final.

(82) Véase epígrafe IV-D), *in fine* de estos Comentarios.

V. SUCESIONES

PARTICION. *La existencia de una partición, incluso de la practicada exclusivamente por el contador-partidor sin la concurrencia del cónyuge superviviente, impide la apertura del juicio de testamentaria* (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelantes contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia, en base a los siguientes razonamientos.

Considerando: Que la doctrina legal, recordada y confirmada últimamente por la sentencia de esta Sala, de 17 de octubre de 1960, según la cual, la partición extrajudicial de la herencia genera el efecto impeditivo de la apertura del juicio de testamentaria, no deja de ser aplicable porque quien pretenda su iniciación alegue la inexistencia en derecho del negocio jurídico particional, ya que también es doctrina jurisprudencial, manifestada en la sentencia de esta Sala, de 3 de enero de 1947, que recoge la de otras anteriores, y que ha sido ratificada con posterioridad, que, si bien, según opinión corriente, la inexistencia o nulidad absoluta del contrato obra de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, por no producir el acto efecto alguno, tal doctrina no siempre puede admitirse como exacta, pues al crear todo negocio jurídico una apariencia de validez se hace indispensable destruirla si constituye obstáculo al ejercicio de un derecho.

Considerando: Que, esto sentado, ha de decaer el recurso impugnatorio del fallo de la sentencia del Tribunal *a quo*, que, por confirmación del de la decisión de primer grado, ordena el sobreseimiento de las diligencias del juicio universal de testamentaria y declara nulas las actuaciones realizadas en el mismo, intentando apoyar la impugnación en que la doctrina legal primeramente aludida es inaplicable a la hipótesis en que se aduzca la inexistencia jurídica de la partición extrajudicial (motivo tercero), supuesto que se da, alegan los recurrentes, cuando por ser necesaria la intervención del cónyuge sobreviviente en la liquidación de la sociedad de gananciales (motivo segundo), se aprueba el cuaderno particional exclusivamente por el comisario contador-partidor, con infracción, dicen, de lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código civil (motivo primero) y de la doctrina legal que lo interponga y aplique (motivo cuarto), toda vez, añaden los impugnantes, que es doctrina de este Supremo Tribunal que en materia de inexistencia no se pueden deducir otras consecuencias que las que necesariamente se deriven de la misma inexistencia y que ésta o la nulidad absoluta no puede producir ningún efecto, sin que sea preciso que se impugne ni se declare judicialmente (motivo quinto), toda vez que no merece ser acogida porque, con olvido de la doctrina invocada al final del Considerando precedente, lo que pretenden los recurrentes es, o bien que con la apertura del juicio universal de testamentaria quede prejuzgada definitivamente la nulidad de la partición referida, la que precisamente es objeto de un juicio declarativo de mayor cuantía pendiente

entre las partes, o bien que, en un incidente de aquel juicio se dilucide y resuelva el arduo problema de la falta de existencia jurídica de las repetidas operaciones particionales, procedimiento inidóneo, como en su caso, que guarda ciertas analogías con el presente, declaró la mencionada sentencia de 17 de octubre de 1960, sin que a todo ello pueda oponerse que la protocolización notarial del cuaderno indicado no le inviste del carácter de instrumento público, limitándose a otorgarle fecha cierta a los efectos previstos en el artículo 1.227 del Código Civil (motivo sexto), dado que, cualquiera que sea la naturaleza del cuaderno en cuanto documento, subsiste la de divisorio de la herencia en cuanto negocio jurídico, cuya apariencia de validez o la resistencia opuesta por la otra parte a su inexistencia en derecho, debe ser removida judicialmente previa la obtención de la oportuna sentencia declarativa.

DIVISION DE HERENCIA. Los artículos 440 y 1.965 del Código civil no son aplicables cuando los bienes de la herencia no se poseen de consumo por todos los herederos, sino por uno de ellos en nombre propio y como dueño exclusivo (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente don Federico Rodríguez-Solano y Espín, desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandantes y apelados, confirmando la sentencia de la Sala primera de lo civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria de las del Juzgado de Primera Instancia de Sarná, conforme a los siguientes considerandos.

Considerando: Que, como ya declaró la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 12 de julio de 1946, y 24 de octubre de 1951, para que proceda la estimación de la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es preciso que los distintos pronunciamientos integrados en el fallo de una resolución judicial, sean tan antagónicos y manifiestamente incompatibles que racionalmente originen dudas sobre su verdadero sentido en el período de ejecución, como que no sucede cuando, como ocurre en el supuesto que aquí se contempla, se rechazan la totalidad de los pedimentos de la demanda y se acogen los de la reconvencción que implícitamente envuelve parte de aquéllos, delimitando y concretando su significado y alcance sin el empleo de afirmaciones y negaciones que recíprocamente se destruyan, y como en los motivos 1, 4 y 13 del presente recurso, amparados en dicho precepto, se presente la casación de la sentencia recurrida en contradicción con lo acabado de exponer y, además, no se expresa el concepto por el que se dice infringido el artículo 359 de la indicada Ley, de ahí que ninguno de ellos puede prosperar, sobre todo cuando la omisión de las declaraciones de herederos a que dos de estos motivos se refieren, integraría la causa de casación prevista en el número tres del citado precepto y no la elegida por el recurrente.

Considerando: Que tampoco se logra el resultado apetecido por los recurrentes, a través de los diversos errores de hecho que en la apreciación de la prueba y con apoyo en el número 7 del mencionado artículo 1.692, se atribuye al Juzgador de instancia en este recurso: Primero: Porque la totalidad de los documentos que para ponerlos de manifiesto se enumeran en los motivos 2, 7, 16 y 23, así como el testamento de 21 de febrero de 1920, y escrituras de 29 de

enero de 1928 y 31 de enero de 1932 a que aluden los 11 y 18, fueron objeto de análisis e interpretación por el Tribunal *a quo*, y son por ello inadecuados para el éxito de esta clase de vicios *in indicando*, según declararon las sentencias de 27 de febrero de 1954 y 6 de noviembre de 1962; Segundo. Porque los motivos cinco y siete no indican con la claridad y precisión ordenadas por el artículo 1.720 de la Ley de Trámites, en qué consisten las equivocaciones a que los mismos se refieren, incurriendo con semejante silencio en la causa de inadmisión del número 4 del 1.729 y en la correspondiente de desestimación en esta fase del procedimiento; Tercero. Porque las certificaciones y copia del testamento indicadas en el motivo 9, son insuficientes por sí mismas, y sin el complemento de otras pruebas para acreditar lo que el recurrente impugna en el expresado motivo; Cuarto. Porque al declarar la sentencia recurrida, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio «que todos los demandantes por escrituras públicas de 29 de enero de 1928, y 31 de enero de 1932, cedieron y transmitieron al demandado, a título de permuta, en plena propiedad y sin reserva ni limitación alguna, todos cuantos bienes, derecho y acciones les pertenecían por herencia de su padre y abuela paterna, sin que les quedara ningún derecho a las mismas», y que este señor «vino desde hace cuarenta años en la posesión exclusiva, en concepto de dueño y de forma pública, pacífica y sin interrupción hasta el momento actual de la totalidad de la casa y bienes componentes de la explotación litigiosa», en la que incluyó los inmuebles discutidos, es evidente que tales afirmaciones y la conclusión a que llegó el Tribunal *a quo*, al estimar la prescripción de los mismos no se enervan por el contenido de los instrumentos públicos de 18 de mayo de 1909 y 27 de abril de 1920, a que se refiere el motivo 11, puesto que ellos por sí solos y sin acudir a hipótesis o deducciones, no patentizan, ni pueden patentizar la falta de posesión material del demandado a efectos de usucapión, cosa que sucede igualmente con los reseñados en el motivo 18, según se deduce de su simple lectura; y Quinto. Porque la posible discrepancia en la calificación jurídica del negocio concertado en la escritura de 30 de octubre de 1907, que sirve de fundamento al motivo 23, caso de existir, no sería suficiente, como se verá más adelante, para conseguir el éxito de la casación pretendida.

Considerando: Que igualmente debe rechazarse el motivo 17, acogido al número primero del mencionado artículo 1.692, porque, acusándose en él la violación del 1.253 del Código civil, no tiene presente que tal precepto no se infringe cuando la sentencia recurrida no se funda en presunciones, sino en prueba directa (sentencias de 16 de mayo de 1956, y 27 de enero de 1967), que el mismo no fue invocado oportunamente en el pleito, y que su mediación y sin acudir a las reglas de hemenéuticas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289, no puede realizarse una labor interpretativa de los testamentos de los abuelos de los litigantes, que es precisamente lo que se intenta en dicho motivo.

Considerando: que igual suerte deben correr los motivos 19 y 22 del recurso, dirigidos por la misma vía foral del anterior, en los que se acusa el Tribunal de Instancia de haber incidido en la violación de los artículos 436, 440, 447 y 1.948, y la aplicación indebida de los 1.957 y 1.959 de la Ley civil sustantiva; porque el primero no se opone a que la posesión iniciada en un concepto pueda continuarse por otro distinto, si surgieran circunstancias que las modificasen, como podrá ocurrir en este caso, al suscribirse los contratos de 29 de enero de 1928 y 31 de enero de 1932, de no haber comenzado mucho antes, según se hace constar en la decisión judicial impugnada; el segundo, porque

dicho precepto, al igual que el 1.965, no es aplicable cuando los bienes de la herencia no se poseen de consumo por todos los herederos, sino por uno de ellos en nombre propio y como dueño exclusivo (Sentencias de 31 de mayo de 1899, 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917 y 4 de abril de 1960); y los restantes, porque para poner de relieve su vulneración, los recurrentes se apoyan en supuestos fácticos contrarios a los contenidos por la resolución recurrida, los cuales, como se ha visto, no han quedado destruidos en estas actuaciones.

Considerando: Que la desestimación de los cuatro motivos procedentes provoca la de los 3, 6, 8, 10, 12, 14, 15 y 24 del recurso, formulados conforme a las prescripciones del número uno del repetido artículo 1.692, porque las diversas transgresiones de preceptos legales que por su mediación pretende ponerse de relieve, aun cuando existieran y no se hiciera en su desenvolvimiento, como se hace, supuesto de la cuestión, ni aislada ni conjuntamente consideradas podrían dar lugar a la anulación de la sentencia recurrida, sin destruir previamente la declaración que dicha sentencia contiene, y como ello no ha ocurrido en el presente caso y además, el problema que se plantea en el motivo 24 respecto a la calificación del contrato de 30 de octubre de 1907, pudo subsanarse a través del remedio procesal que arbitra el párrafo segundo del artículo 563 de la Ley Tributaria y no por el cauce formal elegido, es indudable que no debe acogerse ninguno de estos motivos, ni el recurso en su integridad.

F C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE LA GOBERNACION EN MATERIA DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS MUNICIPALES DE ACTIVIDADES MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS

I. LA SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1970.

1. *Los hechos.*

a) I. D. M. solicitó en 27 de febrero de 1964 del Alcalde del Ayuntamiento de P. licencia para construir una fábrica de cemento.

b) El 26 de mayo de 1964, la Comisión Municipal Permanente acordó elevar el expediente a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos con informe desfavorable a la instancia de I. D. M. interesando se dictaminara igualmente en sentido negativo y se recomendase a la Empresa que situara la fábrica fuera del territorio a que alcanza el plan del Gran Valencia, para respetar las exigencias de éste en el desarrollo urbano de la Comarca.

c) La Comisión Provincial de Servicios acordó en 30 de junio de 1964 calificar la fábrica de cementos cuya licencia se solicitaba, de insalubre, nociva molesta con emplazamiento de más de 2.000 metros del núcleo más próximo de población agrupada y elevado escrito por la Sociedad interesada en petición de que se modificase la expresada calificación adoptó en 2 de diciembre de 1964 la Comisión acuerdo de mantenerla y de reforma el anterior, en sentido de aplicar la excepción del artículo 15 del Reglamento que permite establecer las industrias insalubres a menos de 2.000 metros del poblado señalado el límite de 1.000 hasta el extremo de la zona edificable y con imposición de las medidas fijadas en la memoria para evitar todas molestias al vecindario.

d) El 17 de diciembre de 1964, el Alcalde del Ayuntamiento de P. acordó no conceder la licencia solicitada, acuerdo que ratificó el Pleno de la Corporación el día 21 siguiente.

e) I. D. M. interpuso contra el acuerdo municipal recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación, recurso que fue estimado por resolución de 24 de marzo de 1966.

f) Contra el acuerdo del Ministerio de la Gobernación dedujo recurso contencioso-administrativo el Ayuntamiento.

2. *La sentencia.*

La Sala 4.ª del Tribunal Supremo en sentencia de 7 de febrero de 1970, de la que fue ponente don Pedro Fernández Valladares, estimó el recurso contencioso-administrativo y anuló la resolución del Ministerio de la Gobernación por considerar que carecía de competencia para anular el acuerdo municipal.

Como fundamento del fallo se aducen los considerandos siguientes:

«Que en tal situación el asunto litigioso, muéstrase que versa simplemente sobre la potestad para conceder o negar a I. D. M. la *licencia solicitada para construir la fábrica de cemento y autorizar su actividad ya que ambos aspectos inseparables* habría de alcanzar a la permisión en el giro tomado por el asunto y así las cosas lo mismo el artículo 116, letra i) en relación con el 101 número 2, a), de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955 que el artículo 115 número 7 de su Reglamento de Organización, Funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, que el artículo 166 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 proclaman la competencia privativa de los Alcaldes de Ayuntamientos para otorgar y claro que para denegar, las licencias de obras y ejercicio de actividades industriales a que una y otras están sujetas conformes también al artículo 165 de la propia Ley de 12 de mayo de 1956 y a los artículos 21 y 22 del Reglamento de Servicios de las mismas corporaciones al que remite explícitamente dicho artículo 165, confiando su rango a lo mandado; en igual línea a los artículos 6.º del Reglamento de 30 de noviembre de 1961 de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y 3.º de la instrucción complementaria de 15 marzo de 1963, enuncian la competencia de los Alcaldes para las licencias de estas actividades la cual, por tanto, es tónica e insoslayable, como se dijo en las sentencias de la Sala de 30 de noviembre de 1964 y 30 de junio de 1965.»

«Que establecida de modo tan concluyente y con ese rango la atribución exclusiva municipal para el otorgamiento de las mencionadas licencias en el orden que marca el número 2 del artículo 26 de aquel Reglamento de servicios de 17 de junio de 1955, sobreviene que sólo dos disposiciones con idéntica jerarquía y rotundidad pueden menoscabar semejante competencia, para lo cual la orden recurrida y sus defensores invocan meramente el artículo 33, número 2 ó 3, del citado Reglamento de 1961 y de la redacción del Decreto de 5 de noviembre de 1964 preceptivos de que el Ayuntamiento—entiéndase el Alcalde—en plazo de quince días después que le devuelva el expediente al primero, la Comisión Provincial de Servicios Técnicos con su calificación de actividades, otorgue o deniegue en consonancia con esta licencia solicitada y añade el número 3 que transcurridos quince días desde que la Comisión haya adoptado el acuerdo procedente sin que el Ayuntamiento lo haya ejecutado podrá la parte interesada recurrir en alzada ante el Ministerio de la Gobernación que resolverá lo procedente con carácter ejecutivo para el Ayuntamiento y argumenta la Administración que la prevención de dicho número 3 del artículo 33 de sin que el Ayuntamiento haya ejecutado el acuerdo de la Comisión alcanza lo mismo a su abstención inejecutable que a la ejecución contraventora del expresado acuerdo.»

«Que a esa tesis hay que objetar, por de pronto, que según se razonó en sentencias de la Sala de 16 de octubre de 1964, 16 de marzo de 1968 así como en el Auto de 16 de diciembre de 1966, el preámbulo del Decreto de 30 de noviembre de 1961 que sirve a determinar el alcance de su preceptiva explica que la misión asignada a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos deja siempre a salvo la competencia de los Ayuntamientos sin propósito de desplazar su normativa ni de suplirla con la del control técnico que ejerce mediante los informes y propuestas que acuerda, a tenor del artículo 7.º, pertenecientes por ende a la función consultiva con lo que al no constituir la Comisión de Servicios Técnicos en este cometido calificador la Administración activa tampoco puede producir el acto administrativo peculiar que los órganos de ella y no revistiendo la calidad de acto tales acuerdos de la Comisión no tienen el

carácter ejecutivo que reserva a los mismos el artículo 101 de la Ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, sino que necesita para la efectividad que recaiga sobre ellos el acto de Organismos llamados a dictarle que les imprime la ejecutividad y que se produce imperativamente cuando de licencias y actividades se trata, el Ayuntamiento a través de su Alcalde; de ahí que la locución del artículo 33, número 3 aducida de sin que el Ayuntamiento lo haya ejecutado tiene que referirse lógicamente a que imparta la indispensable acto de que confiere el dictamen acordado, la ejecutividad de que si carece y por ende mal puede imponerse en este sentido ordenador que se pretende al ente local obligado estrictamente a dar su acto; cierto que podrá no hallarse el mismo vinculado al informe de la Comisión Provincial, más también puede concurrir otros motivos valorables para la decisión y en todo caso si ocurriese el apartamiento de lo dictaminado cuando procediese seguirlo surgirá el vicio de ilegalidad del acto reclamado y revisable jurisdiccionalmente, más no en la vía administrativa en la que ninguna disposición autoriza la revisión y menos la revocación de las licencias municipales en cuestión; conduce idénticamente a negar la ejecutividad a modo de acuerdo definitivo a los de la Comisión Provincial de Servicios técnicos a que atañe el disenso artículo 33 la circunstancia de que precisamente si a falta del acto municipal se recurriese al Ministerio de la Gobernación, éste, concluye el número 3 del artículo resolverá lo procedente, arbitrio que la permite en consecuencia atenerse o no al acuerdo de la Comisión denotando que no le asiste la firmeza ejecutiva que se esgrime.»

«Que lo antedicho lleva en la inteligencia de normas glosadas a criterio antagónico al de la resolución impugnada en su primer fundamento, la desecha, tan claramente en correcta interpretación sistemática de las mismas EL ARTICULO 42 DEL REGLAMENTO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1961 al disponer bajo la rúbrica de recurso contra las resoluciones de la Alcaldía que contra las resoluciones de los Alcaldes concediendo o denegando las licencias para el ejercicio de algunas de las actividades a que se refiere este Reglamento se dará el recurso contencioso-administrativo previo el de reposición en forma legal, el precepto no puede ser más concluyente; el caso de autos—denegación de licencia—se ajusta por entero al supuesto reglamentario de absoluto imperio, pues ningún distinto contiene respecto a la motivación de la decisión municipal, sino que en cuanto ésta exista en la materia no haya otro camino a seguir en la vía de recurso que el jurisdiccional lo cual pone de relieve la infracción normativa de la orden recurrida al prescindir de lo nitidamente reglado y téngase en cuenta que el citado artículo 42 no ha sufrido alteración alguna con el Decreto 3.494, de 5 de noviembre de 1964, quien al conservarle íntegro no deja el menor margen para arrumbarle el socaire de la modificación del artículo 33 y por el contrario la pertinencia íntegra excluye cualquiera posibilidad de promover diferente recurso contra el acto denegatorio de la licencia y de revocarle administrativamente separándose del cauce de reclamación estatuido.»

«Que además el repetido artículo 42 se limita a colocar en la postura proyectada por las Leyes de Régimen Local y de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 24 de junio de 1955 y 12 de mayo de 1956, respectivamente, ya que el artículo 386 de la primera dispone que los actos y acuerdos de las autoridades y corporaciones locales con excepción de aquellos a que la Ley asigna otro recurso especial (entre los que no figuran los relativos a licencias) causan estado en la vía gubernativa y podrán ser objeto del recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Provincial, con lo que tampoco consiente otra vía previsoría y por su lado el artículo 222 de la Ley de 12 de mayo de 1956 establece análogamente que los acuerdos de las Corporaciones locales serán impugn-

nables ante la jurisdicción competente lo que excluye asimismo que lo sea ante la Administración, resta recordar tocante al ámbito de esta Ley que en el expediente y en la resolución del Alcalde de P. e incluso en la del Ministerio de la Gobernación que para la suya oyó al de la Vivienda, opuesto el emplazamiento de la industria, se conjugaron motivos urbanísticos junto a los de calificación de actividades y si bien aquellos pudo ponderarlos la Alcaldía conforme al artículo 31, número 1 del Reglamento al presentarse la solicitud de licencia no es ello óbice como se dijo en la sentencia de 16 de marzo de 1968 a que los atienda la autoridad municipal en la decisión del expediente, máxime si han surgido en su trámite cual aquí se advierte; aparte de lo que prescribe el artículo 22, número 3 que se dijo del Reglamento de Servicios de 17 de junio de 1955, de tal manera comentado, las dos Leyes de que se hace mérito constriñen a la vía jurisdiccional el recurso contra los acuerdos municipales de la índole que tienen los de autos, por lo que aún en la hipótesis a efectos puramente dialécticos de que el artículo 33 reformado del Reglamento de 30 de noviembre de 1961 diese base al recurso de alzada contra la denegación de la licencia instada, sería nulo de pleno derecho lo así establecido por ir contra las indicadas leyes e incurrir en la prohibición del artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado texto refundido de 26 de julio de 1957 con el efecto invalidatorio de su artículo 28 y transgredir también procesalmente el artículo 377 de la Ley de Régimen Local exigente de que para interponer recurso o reclamación en general contra los actos de Autoridades y Corporaciones locales será requisito indispensable el recurso previo de reposición lo que reitera el artículo 355 del Reglamento de Régimen Jurídico de esas Corporaciones de 17 de mayo de 1952, con prevención de la firmeza del acuerdo a falta de aquel recurso, el cual no entabló la Sociedad I. D. M., con la mandada antelación al de alzada utilizando ahora debatido y siendo tan preciso y obligado llenar esa condición formal para las reclamaciones de acuerdos municipales su omisión lleva también a la conclusión de que la referida alzada se promovió en exacta ira con apartamiento de lo legislado.»

«Que de todo lo expuesto se desprende la improcedencia del recurso de alzada que admitió y resolvió el Ministerio de la Gobernación en su orden recurrida de 24 de marzo de 1966, y la incompetencia con que obró al revocar el acuerdo del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de P. denegatorio de la licencia de litis y como esta abierta infracción del Ordenamiento Jurídico representa fundamento muy suficiente para anular la expresada resolución no es menester pasar a enjuiciar los demás motivos del actual recurso al que de consiguiente procede estimar en observancia del artículo 83, número 2 de la Ley Jurisdiccional sin que se aprecie temeridad ni mala fe en las partes litigantes a efectos de costas.»

II. COMENTARIO.

1. *La competencia como elemento esencial del acto administrativo* (1).

Para la validez del acto administrativo es necesario que el mismo emane de un órgano que tenga aptitud para ello. De un órgano que tenga competencia que en su esfera de atribuciones esté dictar el acto. El artículo 40. párrafo 1.º,

(1) Me remito a mi trabajo, *El procedimiento administrativo*.—Madrid, 1964, páginas 317-319.

de la Ley de Procedimiento Administrativo, dice que «los actos administrativos se producirán por el órgano competente». Esta aptitud o competencia del órgano ha de darse: frente a órganos de otro orden, frente a órganos de distinta entidad pública y frente a los órganos de la misma entidad pública.

a) *Aptitud frente a órganos de otro orden.*

En primer lugar es necesario que la potestad para dictar el acto esté confiada a la Administración y no a la legislación ni a la jurisdicción, que esté atribuido a la Administración como tal Administración y no a los órganos legislativos o jurisdiccionales.

Si el órgano administrativo dicta un acto reservado a los órganos legislativos o jurisdiccionales, estaremos ante uno de los supuestos más graves de incompetencia. De aquí que se haya considerado sancionable con la nulidad.

Que en nuestro Derecho constituye un supuesto de invalidez es evidente, si bien es discutible que, en aplicación del artículo 47, párrafo 1.º, a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, determine siempre la nulidad del acto, ya que ésta únicamente se producirá cuando se trata de incompetencia manifiesta. En todo caso se castiga como delito (arts. 377-380, Cp.), por lo que la nulidad se dará en aplicación del apartado b) del párrafo 1.º del artículo 47, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

b) *Aptitud frente a órganos de distinta entidad pública.*

La existencia de distintas entidades públicas al lado del Estado implica la necesidad de delimitar sus esferas de atribuciones. Que el acto corresponda a la esfera de atribuciones propia de la entidad en que esté integrado el órgano que le dicta constituye un requisito de validez. Si el órgano de una entidad pública (v. gr. de un Municipio) dicta un acto que corresponde a la esfera de atribuciones de otra (v. gr. el Estado), estamos ante un supuesto de incompetencia, que determinará la nulidad si es manifiesta, o, en otro caso, la invalidez.

c) *Aptitud frente a otros órganos administrativos.*

Dentro de cada entidad es necesario, por último, que el acto se dicte por el órgano que no tiene competencia, bien *ratione materice*, jerarquía o territorial. Si emana de órgano distinto, es incuestionable que estaremos ante un acto inválido.

2. *Los grados de invalidez del acto administrativo.*

La Ley de Procedimiento Administrativo ha regulado por primera vez, con un criterio sistemático, los grados de invalidez del acto administrativo, delimitando perfectamente los supuestos de anulabilidad y nulidad de pleno Derecho.

No quiere esto decir, que, con anterioridad, no existiesen supuestos de nulidad de pleno Derecho. Pues si bien la regla general la constituía la anulabilidad cuando un acto de la Administración infringía el Ordenamiento, el

Ordenamiento ya había sancionado algunos supuestos de nulidad y la doctrina no había dudado en considerar algunas infracciones de manifiesta gravedad como supuestos de nulidad de pleno Derecho.

En nuestro Derecho público, por ejemplo, el Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales enumera varios supuestos de nulidad, como distintos de la de anulabilidad (v. gr. arts. 6, 10, 12 y 21). En el mismo sentido el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (art. 116), la Ley del Suelo (art. 46), etc.

Pero es la Ley de Procedimiento Administrativo la que por primera vez delimita perfectamente nulidad y anulabilidad, al enumerar taxativamente los supuestos que dan lugar a la primera (art. 47), constituyendo las demás infracciones anulabilidad, salvo los casos en que no se producen invalidez, sino simple irregularidad (art. 48).

3. La competencia como requisito del acto administrativo

El primer requisito para que el acto administrativo sea válido es que haya sido adoptado «por el órgano competente», lo que supone: que haya sido dictado por órgano de la entidad pública entre cuya esfera de atribución está dictarlo y que, dentro de la entidad, pueda precisamente del órgano con competencia específica para ello.

En el supuesto de que el acto proceda de órgano que carezca de competencia, estaremos ante un supuesto de invalidez que determinará:

a) La nulidad de pleno Derecho, si la incompetencia es manifiesta [artículo 47, 1. a), L. P. A.].

b) La anulabilidad, en los demás casos.

El problema para decidir si estamos en uno u otro supuesto de invalidez radica, por tanto, en que sea o no manifiesta, abstracción hecha de cualquier otra consideración.

4. Competencia estatal y local.

Es manifiesta la confusión de nuestro Ordenamiento a la hora de delimitar la competencia de la Administración local respecto de la del Estado. Cada día son más frecuentes las injerencias del Estado en la esfera de competencia de las entidades locales. Pese a que la autonomía todavía es un principio de nuestro Derecho local, los atentados a la misma son continuos.

De aquí la importancia de la delimitación y defensa de la competencia local.

La sentencia que comentamos es digna de elogio, entre otras razones, al reconocer la competencia municipal y defenderla ante el intento de invasión por parte de los Organos del Estado.

En materia de otorgamiento de licencias, aún cuando se refieran a actividades molestas, la competencia corresponde a los órganos municipales (2).

(2) Me remito a mis *Comentarios a la Ley del Suelo*.—Madrid, 1968. pp. 923-928 Sobre las licencias en materia de actividades molestas, MONTORO, *Licencia municipal y acuerdo de calificación en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas*. REVL. núm. 153, pp. 345-359

5. *Naturaleza de los actos de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos.*

No es la primera vez que la Sala 4.^a del Tribunal Supremo se enfrenta con el problema de la naturaleza jurídica de los actos que la Comisión Provincial de Servicios Técnicos adopta en los procedimientos sólo otorgamientos de licencias en materia de actividades molestas. Y, reiterando doctrina anterior, establece que ejerce una «función consultiva», que se traduce en «informes y propuestas», por lo que sus actos no tienen «carácter ejecutivo».

En definitiva, el acto que pone fin al procedimiento, el que resuelve acerca de la cuestión planteada, es el acuerdo municipal. «La misión asignada a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos—dice la sentencia comentada—deja siempre a salvo la competencia de los Ayuntamientos».

El artículo 33, párrafo 2.º, del Reglamento de 1961 así lo dispone, al decir que la Comisión devolverá el expediente al Ayuntamiento, «pero que en el plazo de quince días otorgue o deniegue la licencia solicitada».

6. *Recurso contra los acuerdos municipales.*

En principio, por razón de la autonomía de las entidades locales, no es admisible frente a los actos de sus órganos ningún recurso de alzada ante órganos administrativos del Estado, contra actos de las entidades locales. Si ante la propia entidad local el recurso de reposición previo al «recurso contencioso-administrativo» (art. 361, de la L. R. L.).

Sólo excepcionalmente, en determinados supuestos, se admite recurso ante órganos administrativos del Estado, contra actos de las entidades locales. Si bien hay que recordar que, en la práctica, los supuestos no son tan excepcionales y son cada día más frecuentes, no sólo en las materias tradicionales (v. gr. Haciendas locales), sino en las más diversas.

Ya el artículo 385, L. R. L., enumera una serie de supuestos, que han quedado muy ampliados por leyes especiales (3).

Uno de los supuestos especiales es el del artículo 33, apartado 3 del Reglamento, que la sentencia interpreta restrictivamente.

La sentencia considera que el precepto del Reglamento que regula los recursos contra los acuerdos del Alcalde concediendo o denegando la licencia en el artículo 42, que prevé el recurso de reposición, previo al contencioso-administrativo.

J. G. P.

(3). Me remito a mi trabajo, *Los recursos administrativos*, segunda edición. Madrid, 1965, pp. 54-55 y 261-264.