

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ.
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO,
JOSÉ CERDÁ GIMENO
Y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

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

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. *Derecho a deslindar, amojonar y cercar. Rectificación del Registro y del Catastro.* (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1969.)

La demanda suplicó se declarase: 1.º Que el actor era dueño de la finca descrita en los hechos 1.º y 2.º de la demanda, sita en territorio «La Clota», del término municipal de La Escala e inscrita en el Registro de la Propiedad de Gerona al tomo 1.805 del archivo, libro 49 de La Escala, finca número 2.112 folio 46, inscripción 1.ª. 2.º Que la finca de la demandada «Conexfor, S. L.», descrita en el hecho 9.º de la demanda sita en el mismo Territorio y Municipio, e inscrita en el mismo Registro de la Propiedad, al tomo 837 del archivo, libro 34 de La Escala, folio 169 vuelto, finca 1.557, inscripción 5.ª, lindaba por el Oeste con la anterior finca del actor, en vez de hacerlo con «N. conocidos por Teixidor», con «Pedro Sureda», como constaba erróneamente en dicho Registro. 3.º Que el actor como dueño de la finca citada, tenía derecho a deslindarla y amojonarla, por lo que se refería a su linde común con la finca de la demandada, así como a cercarla. 4.º Que la mayor cabida que pudiera las dos expresadas fincas, debía ser distribuida entre las mismas en proporción a la extensión indicada en sus respectivos títulos. 5.º Que, por consiguiente, la extensión real de la finca del actor, era de 4 vesanas, 20 centésimas, iguales a 9 hectáreas, 18 áreas, 54 centiáreas, o aquella mayor o menor que resultase de la medición que se practicara en período de prueba o en ejecución de sentencia. 6.º Que procedía rectificar

los correspondientes asientos del Registro de la Propiedad, por lo que se refería a su medida superficial, los de la finca del actor, y a sus linderos del Oeste, los de la demandada, concordándolos con la realidad. 7.º Que procedía asimismo rectificar el Catastro de la Riqueza Rústica de La Escala, excluyendo la finca del actor de la parcela 24 del polígono 10, y catastrándola a nombre de su legítimo propietario el actor. 8.º Que las Compañías demandadas no tenían ningún derecho sobre la finca propiedad del actor, estando obligadas a retirar inmediatamente los anuncios o letreros colocados en dicha finca y a abstenerse en lo sucesivo de cualquier acto de dominio o posesión sobre la misma, indemnizando al demandante de cuantos daños y perjuicios se le hubieran causado a consecuencia de dichos actos, anteriores al cumplimiento de la sentencia, y en su virtud, se conderase a las Compañías demandadas, a estar y pasar por las anteriores declaraciones en lo que se refería a cada una de ellas, y librar mandamiento por duplicado y con los insertos necesarios al señor Registrador de la Propiedad para la efectividad de las rectificaciones a que se referían los anteriores pronunciamientos con expresa imposición de costas a las demandadas por su temeridad.

Las sociedades demandadas se opusieron a la demanda y formularon reconvencción, exponiendo:

1.º Que negaba el correlativo; que el actor no era dueño de la finca que describía ni lo había sido nunca; que advertía que según el documento aprobado de adverso de número uno, se trataba de una inscripción de posesión, sin perjuicio de tercero; que no cabía duda que el Registro de la Propiedad de Gerona había practicado la inscripción posesoria a que se aludía por el demandante; que del documento aportado como documento número 1 de la contestación, inscrito en el Registro de la Propiedad se deducía que desde el 22 de febrero de 1929, doña I. B. B. era ya propietaria de la finca que se describía en dicho documento y cuyos linderos por el Oeste eran con M. T. y P. S.; que, por tanto, se trataba de la misma finca, aunque de mayor extensión a la descrita por el demandante en su demanda como de su propiedad; que se estaba ante un supuesto de una inscripción de dominio en favor de la persona, de quien dicha parte traía causa anterior al expediente de posesión que alegaba el actor; que lo que quedaba patente de los documentos estudiados era que el actor consiguió una inscripción de posesión sin perjuicio de tercero de una finca cuya existencia y situación no llegaba a conocer, basado en unos antecedentes erróneos y sin fundamento en la mayoría de sus extremos, a saber: a) un expediente tramitado en base de una certificación del Registro de 23 de mayo de 1933, de la que resultaba no existir asiento alguno contradictorio con referencia a la finca que se reivindicaba, y la figurada inscrita con el número 1.557; b) que se observaba la anomalía de que existiendo un dominio inscrito a nombre de la señora B. B., no se citase a dicha señora en el expediente; que los medios unmatriculadores que ofrecía la legislación hipotecaria no podían convertirse en medios de obtener a largo plazo la propiedad de lo ajeno; que en resumen la inscripción no era constitutiva del derecho de propiedad; c) que del documento presentado bajo el número 1 por la actora resultaba que la inscripción de posesión tuvo que suspenderse por no acreditarse el amillaramiento de la finca a nombre del demandado y esta omisión fue suplida de un modo expeditivo, mediante un certificado librado en 30 de agosto de 1933,

por el Alcalde Secretario del Ayuntamiento de La Escala, acreditativo de haberse tomado nota para incluirla en el primer apéndice del amillaramiento a nombre del actor, sin que se acreditara tampoco que hubiera sido anteriormente amillarada a nombre de don J. M. C; d) que, finalmente, ponía de relieve la falta de titulación del inmueble objeto de la subasta en el procedimiento ejecutivo seguido por el Recaudador Auxiliar de la zona; que se siguió un procedimiento ejecutivo sin garantías de ninguna especie; se designaban unos bienes, no acreditándose se aportara titulación alguna de la propiedad de la finca sacada a subasta por parte del ejecutado, ni se suplía por el Recaudador tal titulación; que como resumen de este hecho negaba la existencia de la finca descrita por el actor en su escrito de demanda con la individualidad que pretendía establecer, así como que dicha finca perteneciera al actor, aceptaba la existencia de la inscripción en los términos que quedaban consignados y ponía de relieve. 1.º Las irregularidades que viciaban el hecho de la inscripción y el origen de la misma que hacían que tal inscripción fuera nula de pleno derecho. 2.º Que no podía prevalecer tal inscripción contradictoria con otros asientos vigentes del propio Registro de la Propiedad. 3.º La falta de los principios Registrales en la inscripción en que se pretendía basar el actor, contrariamente a lo que ocurría en los asientos a que traía causa el demandado. 2.º Que negaba el correlativo, ya que al no existir la finca descrita con la individualidad que se pretendía atribuirle de contrario no cabía actualización alguna; que la finca que describía el actor en los hechos 1.º y 2.º de la demanda constituía parte de la finca a que se contraía la escritura aportada como documento número 1 de la contestación, mediante la cual la adquirió «Conexfor, S. L.» de doña I. B., su anterior propietaria, la cual la había adquirido a su vez por herencia de su madre; que la posición de la demandada se veía fortalecida por las descripciones registrales de la finca referida en el párrafo anterior o de todas las limitrofes, excepto la que fue de don P. S. y que pertenecía en la actualidad a M. A. C; que el actor combatía en su hecho 9.º, sin que aporte prueba alguna que demuestre su aserto, lo que constaba en escrituras y en el Registro de la Propiedad, y a través de las cuales se reflejaba plenamente la existencia del principio hipotecario del tracto sucesivo; que en este hecho atribuía el actor a la finca que reivindicaba una superficie de 4 vesanas, aunque en el primero hablaba de 3 y pretendía explicar la diferencia, mediante un reparto o división de la finca entre las dos ramas de la familia M., hablando de 5 vesanas escrituradas, lo que a juicio de la demandada era caprichoso e irreal, en primer término, porque no había escrituradas más que dos vesanas y en segundo término porque no existía la supuesta división entre las ramas de la familia M.; que en cuanto a la extensión superficial de la finca de la demandada ya se decía que se transmitían unas 7 vesanas que era lo comprendido en los límites descritos, que era de todos conocido, que las fincas rústicas tenían una superficie real mucho mayor que la escriturada; que en lo que se refería a los límites de la finca propiedad de la demandada, que constituían el polígono 24 del Catastro y en lo que afectaba a la lris, demostraba la inexistencia como finca distinta e independiente de la que describía el demandante con los documentos que acompañaba del dos al cinco; que la inexistencia de paredes, setos u otros lindes por el Oeste de la finca que describía el actor en los hechos 1.º y 2.º de la demanda, demostraban claramente la inexistencia de la pretendida división de la finca que pertenecía total y absolutamente a la demandada, por compra a la señora B.; que en cuanto a los demás linderos

que se citaban por la actora, eran los propios de la referida finca de la demandada 3.º Que negaba el correlativo, que según norma jurídica la posesión como hecho, no podía reconocerse en dos personalidades distintas, salvo el caso de indivisión; que por ello, quien venía poseyendo en concepto de dueño público y pacíficamente la finca de la que se pretendía reivindicar una parte, era la Sociedad demandada «Conexfor, S. L.» desde el año 1954; que con anterioridad la había poseído doña I. B. y antes doña P. B., quien a su vez había sucedido a su esposo, heredero de su padre; que, por tanto, desde 1929, los poseedores de la finca habían sido doña I. B. y posteriormente «Conexfor, S. L.», por lo que no podía admitirse la tesis actora, por cuanto, dentro de la finca se hallaba incluida la parte de finca que se reivindicaba, que el actor en ningún caso estuvo en la finca, ni ejercitó derecho dominical, ni de posesión alguno, ya de por sí o por medio de otro en su nombre; que la inscripción de la posesión a que alegaba el actor, constituía una verdadera perturbación en el Registro; y su existencia no podía confundirse con la posesión de hecho, ni con la posesión en concepto de dueño; que el actor vivía en Barcelona y en la finca que aludía no estuvo nunca ni ejercitó acto alguno de posesión o de dominio, que negaba rotundamente el hecho alegado por el actor de que plantara pinos, pues los que se encontraban en la finca de «Conexfor, S. L.» y a que se refería el actor, no tenían más de 14 ó 16 años de antigüedad y se hallaban en la totalidad de la finca y no sólo en la parte que pretendía reivindicar el actor; que dichos pinos habían sido plantados por el esposo de la anterior propietaria y por su hijo; que en todo caso la prueba de tal hecho corresponde a la actora; que en cuanto a la impugnación de su pretendido derecho posesorio en virtud del pleito alegado ningún efecto podía surtir en el presente caso. 4.º Que negaba igualmente correlativo; que el avance Catastral de la zona a que se contraía la demanda, se había desarrollado en la forma establecida en el Decreto de 23 de octubre de 1913, con la publicidad correspondiente; que la inclusión de la parcela 24 en el polígono 10 de la finca de que se trataba, era consecuencia lógica de la única posesión titulada en concepto de dueño, ejercida sobre dicha finca; que en cuanto a la parcela catastrada a nombre de la Sociedad demandada, insistía en lo manifestado en el hecho 2.º, debido a la coincidencia de los límites de cada una de las fincas que habían ido adquiriendo «Conexfor, S. L.» que según las escrituras aportadas eran las que detallaba; que debía insistir que la inclusión de la parcela número 24, propiedad de la Sociedad demandada en el Catastro no era indebida, sino ajustada a la realidad de los hechos y que no existía el error que pretendía la parte actora 5.º Que era cierto que el actor había pretendido hacia muy poco tiempo ciertos derechos sobre la finca de la Sociedad demandada, pero ésta le había negado en todo momento; que en cuanto el pleito a que se refería reiteraba que lo manifestado en el mismo era ajeno a la Sociedad demandada, por lo que no había tenido conocimiento del mismo; que el actor no podía alegar sorpresa alguna, que los sorprendidos habían sido las demandadas que habían tenido conocimiento de la existencia de una inscripción registral de posesión, sin perjuicio de tercero, contradictoria con el propio Registro de la Propiedad; que no se hallaba sin deslindar por el Este, sino que tales lindes no existían, pues, no se trataba de dos fincas sino de una sola, propiedad de dicha Sociedad demandada, por lo que no había posibilidad que la misma aceptase un deslinde, a todas luces improcedente. 6.º Que negaba el correlativo y ponía de manifiesto la temeridad del actor al interponer la demanda que contestaba, pretendiendo rei-

vindicar una finca que no le pertenecía como se desprendía a través de la prueba documental que aportaba; que a lo más que se podía llegar, era a la declaración de la existencia de unas inscripciones registrales contradictorias, que tendrían que resolverse por las normas legales pertinentes; que negaba la gratuita afirmación del actor, de que la inclusión en el Catastro de la parcela 24 propiedad de la demandada se hiciera a instigaciones de la misma; que la única maniobra existente en el presente caso, era la sometida por el actor al inscribir un derecho posesorio, con todos los defectos y anomalías denunciadas en el hecho 1.º de la contestación; que la extensión de la demanda a «Inmobiliaria Costa Brava, S. A.», no correspondían a la contestación, aunque era cierto que las dos Sociedades demandadas tenían relaciones mercantiles comunes, y se hallaban vinculadas estrechamente; que la única realidad era la «Inmobiliaria Costa Brava», construía por cuenta de «Conexfor, S. L.» y ésta había autorizado a poner los letreros a que se hacían referencia de adverso, y que no estaban situados en la finca que pretendía atribuirse el actor, sino exclusivamente en la de la propiedad de la demandada; que aceptaba la autenticidad de las fotografías presentadas de adverso, como documentos números 2, 3 y 4, pero rechazaba la fecha de colocación de los letreros que no era reciente. 7.º Negaba el correlativo de la demanda y reiteraba lo expuesto en los hechos precedentes, aceptaba el documento número 6 aportado de contrario y rechazaba por inexacto el documento número 5. 8.º Que negaba las alegaciones que se hacían de contrario, resultando acreditada la titulación de las fincas colindantes, con los documentos números 1, 2, 3 y 4; que rechazaba por infundadas las presunciones que formulaba el actor, en el sentido de que el deudor ejecutado don J. M. C., pudiera traer causa de herederos de C. M. C., así como que herederos de J. M. pudieran ser causantes del mismo ejecutado. 9.º Que rechazaba las gratuitas afirmaciones del actor en el correlativo, ya que no había probado las mismas, no existiendo los errores que pretendía denunciar el actor, y en cuya denuncia basaba su acción, de modo tan temerario dicha parte, del mismo modo que no existía la supuesta división de la finca de los M., que a través de sucesivas transmisiones, fue adquirida por «Conexfor, S. L.» y si bien la extensión superficial registrada difería de la real, ello era evidente en las parcelas de la región, extremo que ya se había hecho constar en la escritura de compraventa, único título de la finca de autos. 10. Que se oponía radicalmente a las pretensiones del actor, tanto en el presente hecho como en los precedentes. Como hechos de la reconvencción alegó los siguientes: 1.º Que la demandada «Conexfor, S. L.» era propietaria de la finca que se describía en los documentos números 1 y 4 acompañados a la demanda. 2.º Que la finca objeto de autos, fue adquirida por la Sociedad demandada «Conexfor, S. L.», mediante escritura de compraventa otorgada ante Notario, habiendo sido objeto con anterioridad de sucesivas transmisiones como se acreditaba con los documentos 1 y 4 acompañados a la contestación. 3.º Que el actor, había obtenido una inscripción de posesión sin perjuicio de tercero en el Registro de Gerona, pero a pesar de dicha inscripción, no había poseído jamás el territorio descrito en las lindes que él mismo expresaba. 4.º Que dicha inscripción se había basado en el expediente seguido en méritos del artículo 393 de la Ley Hipotecaria y que tuvo que basarse necesariamente en una certificación negativa de inscripción existente en el Registro, contradictoria con la que se pretendía, cuya certificación básica era evidentemente errónea, por cuanto según se desprendía de los propios que figuraban en el Registro de la Propiedad, la inscripción a que se refería el

hecho anterior estaba comprendida dentro de la total finca, descrita en el hecho primero de la reconvencción, siendo la antigüedad de la inscripción de la demandada del año 1895, y la del demandado reconvenccional la de 1933. 5.º Que el actor había obtenido la inscripción aludida pero en ningún momento realizó acto alguno de posesión o de dominio, por lo que la demandada la había disfrutado quieta y pacíficamente, y con anterioridad doña I. B., de quien traía causa; que el actor no había realizado acto de posesión alguno, hasta transcurridos más de 30 años de la adquisición del dominio, por lo que careca de base su pretensión, ya que en una misma finca no podían existir dos posesiones según la Ley, posesión que no había ejercitado en ningún momento, a pesar de los documentos erróneos aportados, por lo que procedía la cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, que era lo solicitado en la demanda reconvenccional. Terminaron con la súplica de que se dictase sentencia, por la que desestimando la demanda, se absolviera a la demandada de las pretensiones de la misma, y estimando la reconvencción se declarase que la única finca existente en el lugar indicado por la parte actora, y que pretendía reivindicar, era propiedad de la Sociedad demandada «Conexfor», constituyendo la finca que aparecía en el Registro de la Propiedad de Gerona, al tomo 873 del archivo, libro 34 de La Escala, folio 179 vuelto, finca número 1.557, inscripción 5.ª, disponiendo la cancelación de la anotación preventiva de la demanda practicada sobre dicha inscripción, y estimando la reconvencción, se declarase la nulidad del asiento del Registro de la Propiedad de Gerona, término de La Escala, en que se basaba la acción ejercitada de contrario y se ordenase asimismo la cancelación de dicha inscripción que figuraba en el citado Registro de la Propiedad, al tomo 1.285, del archivo, libro 49 de La Escala, folio 46, finca 2.112, inscripción 1.ª, como de la posesión sin perjuicio de tercero a favor del actor, por la inexistencia de dicha posesión, y constituir inscripción contradictoria con la única finca existente, propiedad de la demandada, que la poseía pública, quieta y pacíficamente.

El Juez de Primera Instancia del Juzgado de Gerona, dictó sentencia por la que desestimando la excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por la demandada «Inmobiliaria Costa Brava, S. A.», y estimando la demanda, declaró. 1.º Que el actor era dueño de la finca sita en territorio «La Clota» del término municipal de La Escala, e inscrita en el Registro de la Propiedad de este Partido, al tomo 1.285 del archivo, libro 49 de La Escala, finca 2.112, folio 46, inscripción 1.ª. 2.º Que la finca de la demandada «Conexfor S. L.» inscrita en el propio Registro de la Propiedad, al tomo 837 del archivo, libro 34 de La Escala, folio 168 vuelto, finca 1.557, inscripción 5.ª, linda por el Oeste con la anterior finca del actor en vez de hacerlo con «N. conocido por T. y con P. S. 3.º Que el actor como dueño de su citada finca tenía derecho a deslindarla y amojonarla por lo que se refería a su linde común con la finca de la demandada, así como a cercarla. 4.º Que la mayor cabida que pudieran tener las dos expresadas fincas debía ser distribuida entre las mismas en proporción a la extensión indicada en sus respectivos títulos. 5.º Que, por consiguiente, la extensión real de la finca del actor, era la de 4 vesanas, 20 centésimas iguales a 91 áreas, 85 centiáreas. 6.º Que procedía rectificar los correspondientes asientos del Registro de la Propiedad, por lo que hacía referencia a su medida superficial, en cuanto a la finca de «Conexfor, S. L.», concordándolos con la realidad. 7.º Que procedía asimismo rectificar el Catastro de la riqueza rústica de La Escala, excluyendo la finca

que se decía propia del actor, de la parcela 24 del polígono 10, catastrándola a nombre de su legítimo propietario, 8.º Que la Inmobiliaria demandada y «Conexfor, S. L.», no tienen ningún derecho sobre la finca propiedad del actor, estando obligados a retirar inmediatamente los anuncios letreros colocados en dicha finca y abstenerse en lo sucesivo de cualquier acto de dominio o posesión sobre la misma reservando al actor los derechos que pudiera tener para exigir daños y perjuicios a consecuencia de los actos realizados por las demandadas, y en su virtud firme que fuera la resolución se libraría mandamiento al Registrador de la Propiedad para la efectividad de las rectificaciones a que se referían los pronunciamientos anteriores; y absolvía al actor de la demanda reconventional contra dicho señor, formulada sin expresa condena de costas.

En apelación, la audiencia confirmó la sentencia del Juzgado, subsanando el error padecido por la misma en su pronunciamiento 5.º, que establecía como sigue: *Quinto*. Que, por consiguiente, la extensión real de la finca del actor era la de 4.116 vesanas, iguales a 90 áreas, 6 centiáreas.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Considerando. Que es función propia del juzgador de instancia la declaración de los hechos probados, contra la cual sólo puede irse en casación por la precisa vía del número 7.º del artículo 1.692 de 1.ª Ley de Enjuiciamiento Civil, demostrando que la sentencia incurrió en error de hecho o de derecho, acreditado el primero mediante documentos que tengan, a efectos del recurso, la concepción de auténticos, o justificando en el 2.º que el Tribunal desconoció la fuerza probatoria que a determinada prueba atribuye la Ley, que resulta así infringida por alguno de los conceptos que establece el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo, entre otras, a las sentencias de 5 de febrero de 1941, 2 de abril de 1947, 31 de octubre de 1946 y 4 de junio de 1947, y sentada esta doctrina debe notarse que versando el litigio sobre la extensión y límite que divide a las fincas de los litigantes, con la consecuencia reivindicatoria sobre una parte de terreno, el juzgador, después de examinar los distintos medios de prueba aportados, con la adecuada separación, declara por el conjunto de éstos, documental, testigos, reconocimiento judicial y peritos, los límites y extensión real de dichas fincas, contra cuya afirmación fáctica se alzan los dos primeros motivos del recurso, seguidos por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, alegando en ambos error de hecho y de derecho, rechazables, pues, en cuanto afecta al primero falta documento auténtico que sin haber sido examinado en la sentencia revele por sí, de modo claro terminante, sin necesidad de hipótesis o razonamientos el error en que hubiera incurrido oponiendo otro hecho que resulte del documento o documentos esgrimidos, y respecto al error de derecho dichos motivos se basan en la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, sin señalar el concepto de dicha infracción, cual sería indispensable y porque ni uno ni otro precepto legal tienen el carácter de normas valorativas de la prueba y sólo serían atacables por cauce distinto del elegido, temiendo además en cuenta que el juzgador no usó la prueba de presunciones a que tales artículos se refieren, lo cual hace inviable alegar su infracción en ningún concepto, y a mayor abundamiento, los documentos que se alegan no revelarían por sí el error que se pretende, sino que éste apoya en su interesada apreciación, siendo además la cuestión planteada materia propia de la interpretación de documentos, cuestión que sería ajena a estos motivos,

pues parte de cabida y límites distintos de los que como hecho la sentencia declara, siendo, por tanto, desestimables dichos motivos.

Considerando: Que el tercero de los motivos es inicialmente inadmisibles por que denuncia en cuanto al mismo precepto legal distintos conceptos de infracción, del artículo 348 del Código Civil, no cumpliendo, por tanto, lo establecido en el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil y doctrina de esta Sala, confundiendo además los requisitos que el citado artículo exige para el éxito de una acción reivindicatoria del dominio, siendo rechazables los razonamientos que hace respecto a la preferencia de los títulos basándose en hechos opuestos al sentado por el Tribunal de Instancia que han de ser respetados conforme a los anteriores considerandos.

Considerando: Que el motivo 4.º amparado en el número 1.º del artículo 1.692 invoca la violación de los artículos 445 del Código civil y el 38 de la vigente Ley Hipotecaria, mas las denunciadas infracciones parten como supuesto indispensable de hechos contrarios al firmemente sentado en la sentencia recurrida los cuales al subsistir hacen decaer este motivo.

Considerando: Que el motivo 5.º seguido, por igual vía procesal incurre en el mismo defecto que el anterior, por basarse en hechos contrarios a los establecidos en la sentencia recurrida, que no han sido combatidos eficazmente sin que en modo alguno pueda apreciarse la existencia de doble inmatriculación, la cual de concurrir habría de ser resuelta no por la virtualidad de los preceptos de la Ley Hipotecaria, sino atendiendo a los títulos de cada litigante dentro del derecho civil, ni menos concurre la doble venta de una finca, pues es incuestionable la diversidad de éstas; de extensión incluso superior a la que respecto a ellas señala la inscripción registral, todo lo que conduce al perecimiento de este motivo.

Considerando: Que el último de los motivos seguidos por el mismo cauce procesal alega la interpretación errónea de los artículos 385 y 387, siendo desestimable porque al no haber practicado el juzgado su exégesis no puede existir la infracción que se invoca que habría de consistir en la atribución a los textos legales un sentido equivocado opuesto al que según las normas gramaticales o lógicas corresponde, ajena de la aplicación de tales preceptos, que podría dar en su caso a otras infracciones, y porque aquí como en los anteriores motivos se basa el recurrente en hechos contrarios a los afirmados en la sentencia y que, como reiteradamente se sienta, son los únicos que deben ser respetados.

Considerando: Que por los razonamientos anteriores procede la desestimación del recurso con las consecuencias que ordena el artículo 648 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ISLAS QUE SE FORMAN EN LOS MARES ADYACENTES A LAS COSTAS DE ESPAÑA: ARTICULO 371 DEL CODIGO CIVIL: PROPIEDAD DEL ESTADO. Prescripción según el artículo 35 de la Ley Hipotecaria. Aplicación del artículo 8, número 2 de la misma Ley., (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1969.)

Las diversas cuestiones de Derecho Inmobiliario que contempla esta sentencia, nos deciden a exponer con amplitud sus antecedentes.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, se promovió juicio declarativo ordinario de mayor cuantía por don J. H., contra

don T. B., don J. M. C. y don R., don T., don J., don A., don E., don L. y don C. B., y además contra cualquier otra persona, natural o jurídica que pretenda ostentar algún derecho sobre la Isla denominada «D'en Salez» o de «Portals Nous», versando el asunto sobre declaración de propiedad y otros extremos, a cuyos autos se acumularon otros de igual naturaleza, instados por el Estado contra los mismos litigantes. Que el Procurador de la parte demandante en escrito de 13 de febrero de 1964 expresó en síntesis los siguientes hechos. 1.º Que don M. C. y don M. P., alquilaron por indiviso y partes iguales la finca porción de tierra procedente del predio «El Hostalet», que a su vez procede del llamado «Bandinat», situado en término de Celviá, lugar de «Portas Noues», mide 31 hectáreas, 61 áreas, 53 centiáreas, o lo que fuese; lindante por Norte con el predio «Bandinat» mediante pared; por Sur con el mar y con las parcelas de don B. V. y otras; por Este con la urbanización «Portals Nous», y por Oeste con remanente del predio «El Hostalet». Dicha adquisición se realizó mediante documento privado otorgado a favor de los compradores, por don T. B. con anterioridad al año 1935, formalizándose posteriormente en documento público, en méritos de escritura autorizada en 28 de diciembre de 1940, inscrita en el Registro de la Propiedad de este partido al folio 67. del tomo 2.366 del archivo, libro 63 de Galviá, finca número 2.763, inscripción 2.ª; en dicha adquisición quedaba comprendida la Isla de «Portals» como perteneciente a la finca vendida, aunque no figurara inscrita en el Registro de la Propiedad. 2.º Desde el momento en que los señores C. y F. fueron dueños del descrito predio, con la Isla ajena al mismo, procedieron a su urbanización a cuyo fin levantaron el oportuno plano, debidamente aprobado por el Ayuntamiento de Calviá en el que se incluye el accidente geográfico con el nombre de «Isla de Portals», documento que fue protocolizado por el Notario de esta ciudad en fecha 27 de abril de 1947; acompañó copia del plano con diligencia extendida por el Notario. 3.º Que los propios don M. C. y don M. P., primero en documento privado y después en escritura pública en 26 de abril de 1947, segregaron y vendieron a don J. H. una porción de la finca descrita en el hecho 1.º que antecede, de cabida 8 áreas, 55 centiáreas, lindante por Norte con terreno remanente a los vendedores, en una longitud de 48 metros, 20 centímetros, por Sur con el mar, por Este con terreno también remanente a los enajenantes en la de 133 metros, 60 centímetros y por Oeste con calle llamada Alemania y Pasaje letra A. en la de 137 metros, 60 centímetros. Incluida en tal venta quedaba la «Isla de Portals», más como no figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad, pero sí en la posesión de «facto» de los vendedores, y en el plano de la Urbanización legalmente aprobado, se optó de común acuerdo para subsanar la deficiencia por su inmatriculación registral mediante el otorgamiento de una escritura adicional de fecha 29 de abril de 1947 y en la que se hizo constar que en la escritura de 26 del propio mes y año, en la descripción de la finca vendida, se había omitido la consignación de un accidente geográfico consistente en un pequeño islote contiguo a dicha finca, e integrado en la misma, denominado «Portals» cuya superficie no puede precisarse y se halla diseñado en el plano protocolizado a continuación de esta matriz, cuyo accidente geográfico solicita del Registrador de la Propiedad se consigne en la inscripción de la finca en el Registro, como integrante de la misma a tenor de lo que previenen los artículos 8º y complementarios de la Ley Hipotecaria y 334 del Código civil; dicha escritura tuvo acceso en el Registro de la Propiedad y se inscribió juntamente con la de compra de los terrenos formando una sola finca al folio 115, del tomo 2.418, libro 65

de Calviá, finca 3.100, inscripción primera de fecha 30 de mayo de 1947; acompañó copia auténtica de las referidas escrituras. 4.º Que las escrituras mencionadas en el hecho precedente tuvieron la correspondiente concurrencia en el ámbito fiscal, y a tal fin se le libraron los oportunos recibos de contribución urbana, siendo los últimos abonados los que se abonaron, digo acompañaron. 5.º Que el señor H. desde 1947; hasta la fecha, ha ostentado la propiedad exclusiva y por ende la posesión quieta, y pacífica e ininterrumpida, a título de dueño, de la Isla de «Portals» sobre la que ha realizado los actos de dominio. Que en el mes de agosto de 1963 el demandante tuvo conocimiento de que en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Calviá se había fijado un edicto del señor Registrador de la Propiedad de este partido, por el que se daba publicidad al hecho de que por don M. C., mayor de edad, soltero, licenciado en Derecho y vecino de esta ciudad, se había inscrito en dicho Registro, acogiéndose a los beneficios del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, la finca, sita en referido término municipal consistente en la llamada «D'en Salas» en la medianía de la costa comprendida entre el Torrente Fondo y la Cala Ullastres está la ermita de «Portals-Calviá» y a unos 100 metros de la costa se encuentra la Isla de referencia mide 267 metros de largo por 138 de ancho y ocupa una superficie aproximada de 6.000 metros cuadrados, siendo su figura irregular, formando un sistema rocoso en la parte de Levante, elevándose mediante una pendiente escarpada hasta la altura de unos metros sobre el nivel del mar formando una meseta poblada de arbustos y monte bajo que tiene unos 60 metros de diámetro y forma cónica; tal inscripción quedó formalizada al folio 61 del tomo 2.818 del archivo, libro 87 del Ayuntamiento de Calviá, finca 4.258, inscripción 1.ª, en virtud de escritura pública de compraventa otorgada a su favor por don T. B., autorizada por el Notario de Palma de 12 de junio de 1962. 6.º Practicadas las oportunas averiguaciones en el mencionado Registro de la Propiedad, de ellas resulta que al folio, tomo, libro y número indicados en el hecho anterior, obra el asiento registral concebido en idénticos términos que se dejan relacionados en el mismo, sentado con fecha 22 de agosto de 1963, asiento producido en virtud de escritura de 12 de junio de 1962, otorgada por don T. B. a favor de don J. M. C., de la Isla llamada «D'en Sales» por ante el Notario en la que se hace constar que el vendedor «es titular de esta finca, sin que conste título de propiedad, que ha venido poseyendo siempre él y sus antepasados quieta y pacíficamente y sin oposición»; se señala la finca como urbana y se señala como precio de la venta la suma de 30.000 pesetas, recibida con anterioridad, asiento que se practica al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria sin surtir efectos, respecto a tercero, hasta transcurrir dos años desde su fecha; tal escritura que origina la inscripción primera fue presentada al Registro a las 10 horas del 16 de agosto de 1963 y causando el asiento 1.998, *Diario* 255; a continuación y como inscripción 2.ª de la descrita finca figura la transmisión de la misma por compraventa otorgada por don J. M. C. a favor de los demandados; don R., don T., don J., don A., don E., don L. y don C. B., por séptimas partes indivisas, hijos del primer vendedor don T. B. T., en méritos de escritura de fecha 6 de agosto de 1962 por medio confesado de 30.000 pesetas, escritura que fue presentada en el Registro a las 11 horas del día 16 de agosto de 1963, causando el asiento 1.999, *Diario* 255 y se inscribió el mismo día 23 de agosto de 1963 en que la primera quedó también inscrita. 7.º Que la finca conocida por «Isla de Portals» de la que es dueño y titular registral el demandante, desde 29 de abril de 1947, es la misma que bajo el nombre de

Isla «D'en Sales» y con una descripción esencialmente geográfica, se ha intentado y conseguido inmatricular a nombre de don J. M. C., para después éste vender a los hijos de su supuesto vendedor; tiene que tachar de totalmente simuladas, nulas e ineficaces las escrituras de 12 de junio y 6 de agosto de 1962. Que postula la declaración de que el accidente geográfico de que se trata, en cuya posesión se halla el actor desde el 29 de abril de 1947, pública, quieta y pacíficamente, es parte integrante de lo que fue objeto del contrato de compraventa de 26 de abril de 1947 otorgado por don M. C. y don M. M. F., la cual compraventa es justo título para adquirir el dominio de dicho accidente geográfico, dominio que, subsidiariamente, habría adquirido por la prescripción adquisitiva establecida en el artículo 1.957 del Código civil; alegó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminando suplicando que, previos los trámites legales, en su día se dicte sentencia declarando: 1.º Que los otorgamientos de 12 de junio y 6 de agosto de 1962, mediante los que don T. B. T. finge vender a don J. M. C. V. la llamada Isla «D'en Sales», y éste, a su vez, finge vender a los hijos de aquél el inmueble que se describe en el hecho 5.º de la demanda tiene por objeto el desposeer al actor de dicha parcela de tierra. 2.º Que son simuladas, nulas y totalmente ineficaces las referidas escrituras públicas de 12 de junio y 6 de agosto de 1962, y nulas igualmente las inscripciones que figuran en el Registro de la propiedad causadas por dichos documentos en la finca hipotecaria, cuya primera inscripción obra al folio 61 del tomo 2.818 del Archivo, libro 87 del Ayuntamiento de Calviá, finca 4.258; como igualmente son nulas cuantos asientos se derivan de tal inscripción, en cuanto no afecten a terceros que no hayan sido parte en este pleito, debiéndose librar mandamiento al Registrador de la Propiedad para que proceda a su total cancelación. 3.º Que el accidente geográfico, conocido por Isla de «Portals» o Isla «D'en Sales», en cuya posesión se halla el demandante desde 29 de abril de 1947, pública y pacíficamente, con *animus domini* en parte integrante de lo que fue objeto del contrato de compraventa de fecha 26 del mismo mes y año, otorgado a su favor por don M. F. y don M. C., la cual compraventa es justo título para adquirir el dominio de dicho accidente geográfico, dominio que, subsidiariamente, habría adquirido por la prescripción adquisitiva del artículo 1.957 del Código civil. 4.º Que los demandados vienen obligados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a realizar cuantos sean necesarios para su debida efectividad, a cuyo fin se formulará contra ello la oportuna condena, en la que, además, se les impondrán las costas del procedimiento.

Por el Procurador don Juan García, en nombre de los demandados, se contestó en escrito de fecha 24 de agosto de 1964, exponiendo en síntesis lo siguiente: Que opone la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por cuanto no expresa con la debida claridad y precisión lo que se pide, ni aún la acción que se ejercita, parece deducirse una acción reivindicatoria, pero postula una declaración de propiedad, cuya diferencia con la reivindicatoria, está reiteradamente reconocida por la jurisprudencia, esta postura de la actora crea al demandado la duda de si se ejercita la acción reivindicatoria o la declarativa de propiedad, para cada uno de cuyos supuestos son distintos los medios de defensa que se deben oponer. Que se postula igualmente «la simulación, nulidad y absoluta ineficacia» de determinados contratos, cuya terminología corresponde a situaciones jurídicas incompatibles entre sí, lo que incide en el defecto formal en que se refunde la concepción. Que opone igualmente la excepción dimanante de falta de legitimación activa,

por cuanto, ni la nulidad, ni la simulación, ni la ineficacia de un contrato puede postularlos cualquiera, sino aquel que por la Ley está facultado para ello, y las peticiones de adverso hacen referencia a situaciones jurídicas a las que es totalmente ajeno el actor que niega los supuestos fácticos y legales invocados de adverso, estableciendo por su parte los siguientes hechos: 1.º Ciertamente que los señores C. y F. adquirieron la finca que se describe en el correlativo, a cuyo título adquisitivo e inscripción registral se atiene, pero niega que en dicha adquisición quedara comprendida la llamada Isla «D'en Sales», también conocida por la de «Portals Nous»; acompañó copia auténtica de la escritura de compraventa, otorgada por don T. B. a favor de los señores C. y F. 2.º Admite como cierto que los señores C. y F. segregaron y vendieron al actor la porción de finca que se alude y reitera la negativa de que en dicha venta se comprendiera incluida la Isla «D'en Sales» o de «Portals»; niega igualmente que se optó de común acuerdo entre vendedores y comprador el otorgamiento de la escritura adicional de 29 de abril de 1947, a cuyo contenido se atiene. 3.º Lo ignora, pero mantiene que los recibos de contribución urbana, acompañados de adversos, no corresponden a cargos librados por conceptos fiscales afectante a la Isla «D'en Sales» o de «Portals». 4.º No es cierto la propiedad exclusiva y la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida de buena fe y a título de dueño de la Isla «D'en Sales» o de «Portals» la ha ostentado la familia B. T., hasta su venta en escritura pública al señor C., y nuevamente la ha recobrado al ser enajenada por éste a los demandados hermanos B. N. 5.º Se atiene al contenido de las escrituras y asientos registrales pertinentes. 6.º Lo niega rotundamente y reitera la alegación de que carece de adverso de acción para tachar de simuladas nulas e ineficaces las escrituras de 12 de junio y 6 de agosto, ni puede postular la declaración que postula, ni puede haber adquirido por prescripción adquisitiva el islote que es objeto de este pleito; alegó a continuación los fundamentos de derecho que creyó pertinentes, terminando suplicando que, teniéndose por contestada la demanda y por opuestas las excepciones alegadas, en su día, previos los trámites legales, se dicte sentencia, por la que, desestimando la petición adversa, se absuelva a sus representados, con expresa imposición de costas al actor.

Antes de transcurrir el período de conclusiones, se unieron a este proceso, en virtud de petición de acumulación formulada por el Abogado del Estado, los autos declarativos de mayor cuantía promovidos por dicha representación, ante el Juzgado de igual clase número 1 de Palma de Mallorca, contra las propias partes litigantes. Que tales autos acumulados se iniciaron por demanda del señor Abogado del Estado, de fecha 30 de abril de 1965, en la que se pedía se dictara sentencia, con los siguientes pronunciamientos: Declarando que el Estado español es el dueño de la Isla «D'en Sales», declarando que es nula la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad, en cuanto a dicha Isla y declarando la cancelación de dicha inscripción; declarando que son negocios jurídicos simulados con simulación absoluta y, por tanto, inexistentes en Derecho los contratos de compraventa, relativos a la expresada Isla, celebrados entre don T. B. y don J. M. C., y entre éste y los señores B. N., declarando, en consecuencia, la nulidad de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad respecto a la referida Isla a favor de don J. M. C. y de los señores B. N. en méritos de dichos contratos de compraventa, decretando la cancelación de las mismas, condenando a los demandados a estar y pasar por los pronunciamientos que anteceden y a las costas del pleito. Que por la representación de don T. B. y don J. M. C. y hermanos B. N. se contestó

a la demanda, a la que se opusieron, pidiendo se dictara sentencia, desestimándola, y para el supuesto de que se diese lugar a las peticiones de la parte actora, formulaban demanda reconvenzional, en la que pedían se declarase que la Isla llamada «D'en Sales, poseída pública, pacífica e ininterrumpidamente durante más de treinta años, en concepto de dueño por don T. B. pertenece a éste en pleno dominio por título de prescripción y que debían cancelarse todas las inscripciones del Registro de la Propiedad que fueran contradictorias al dominio que se declarase y se condene a quien se oponga al pago de las costas del juicio. Que por la representación de don J. H. S. se pidió en la contestación que se desestimases los pronunciamientos de la demanda del Abogado del Estado, relativas a la propiedad del Estado y a la declaración de nulidad de la inscripción, en cuanto a dicha Isla, a favor de don J. H. S., dando lugar a los restantes pedimentos de la demanda, condenando en las costas a las contrarias.

Por el Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia en 30 de enero de 1968, cuyo fallo contiene los siguientes pronunciamientos: 1.º Que desestimando el pedimento 1.º de la demanda deducida por don J. H., contra don T. B., don M. C., don R., don T., don J., don A., don E., don L. y don C. N., y contra cualquier otra persona: natural o jurídica, que pretenda ostentar derecho sobre la Isla, denominada «D'en Sales» o de «Portals Nous», debiendo de absolver y absuelvo del mismo a dichos demandados. 2.º Que estimando el pedimento 2.º de la expresada demanda y los pedimentos 3.º y 4.º de la formulada por el Abogado del Estado, con fecha 30 de abril de 1960, debo declarar y declaro nulos y totalmente ineficaces, por simulación absoluta, los contratos de 12 de junio y 6 de agosto de 1962, celebrados entre don T. B. y don J. M. B., y nulas igualmente las inscripciones que figuran en el Registro de la Propiedad causadas por dichos contratos en la finca hipotecaria, cuya primera inscripción obra al folio 61, del tomo 1.818 del Archivo, libro 87 del Ayuntamiento de Calviá, así como cuantos asientos se derivan de tal inscripción en cuanto no afecten a tercero que no haya sido parte en este pleito, decretando se cancelen las mismas con todas sus consecuencias y condenando a los demandados don T. B., don J. M. C. y don R., don T., don J., don A., don L. y don C. B., a estar y pasar por los pronunciamientos que anteceden y a realizar cuantos sean necesarios para su debida efectividad. 3.º Que, estimando la petición subsidiaria formulada en el pedimento 3.º de la demanda interpuesta por don J. H., debo declarar y declaro que dicho demandante ha adquirido por la prescripción ordinaria del artículo 1.957 del Código civil el accidente geográfico, conocido por Isla de «Portals» o Isla «D'en Sales», condenando, en consecuencia a los demandados don T. B., don J. M. C., don R., don T., don J., don A., don E., don L. y don C. B., a estar y pasar por esta declaración. 4.º Que, desestimando los pedimentos 1.º y 2.º de la demanda deducida por el Abogado del Estado contra don J. H., don T. B., don E., don J., don A., don L., don R., don T. y don C. B. y don J. M. C., así como cualquier persona natural o jurídica, de ignorado paradero, que pretenda ostentar derechos sobre la Isla de «D'en Sales» o «Portals», debo absolver y absuelvo de los mismos a dichos demandados. 5.º Que, desestimando la demanda reconvenzional deducida por don T. B., debo absolver y absuelvo al Estado de los pedimentos contenidos en la misma. Sin que haya lugar a hacer especial pronunciamiento en costas respecto a ninguna de las partes en las distintas demandas planteadas.

En apelación, la sentencia de la Audiencia declaró: 1.º Que el Estado Español es el dueño de la Isla «D'en Sales» o de «Portals», descrita en el hecho 1.º de la demanda formulada por la representación del mismo. 2.º Que es nula la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad de este Partido, en cuanto a dicha Isla, a favor de don J. H. S., según el último párrafo del hecho 2.º de la misma demanda, decretando su cancelación con todas sus consecuencias. Se confirma el pronunciamiento 2.º de la sentencia recurrida, concerniente a la nulidad por simulación de los contratos de 12 de junio y 6 de agosto de 1962, celebrados entre don T. B. y don J. M. C., y entre éste y los hermanos B. N., así como a la nulidad de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad, en los términos declarados por la propia sentencia; se confirma igualmente el pronunciamiento 5.º de la misma, en cuanto desestima la demanda reconventional deducida por el demandado don T. B. contra el Estado, y se revoca el pronunciamiento 3.º de la repetida sentencia, en cuanto estima la petición subsidiaria formulada por don J. H. en el número 3.º del suplico de su demanda, contra los demandados señores B. T. C. y hermanos B. N., declarando en su lugar la desestimación de tal pedimento, con absolución de los demandados, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

El Recurso de Casación no ha prosperado. El Tribunal Supremo razonó según los siguientes Considerandos:

Considerando: Que contra la sentencia que se impugna se han formalizado dos recursos de casación por infracción de Ley y doctrina legal, siendo procedente examinar con prioridad el interpuesto por las personas que fueron partes demandadas en el pleito inicial de los dos acumulados y que, asimismo, lo fueron en la segunda demanda promovida por la Abogacía del Estado en defensa de éste.

Considerando: Que merece especial atención el primero de los motivos de dicho primer recurso, en el que se acusa por los aludidos recurrentes la infracción, por aplicación indebida, del artículo 361 del Código civil y del 3.º de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, preceptos que, en tesis de estos impugnantes, atribuyen al Estado la propiedad de las islas «en base a ciertos requisitos» que, en su opinión, «no se dan en el islote litigioso», por lo que entienden que dichos artículos han sido indebidamente aplicados; más aún prescindiendo de que en desenvolvimiento dialéctico de este motivo se plantean algunas cuestiones que no fueron debidamente alegadas en la instancia, y de que, bajo la letra B), se formula *hipotéticamente* un supuesto que así argüido resulta impropio de este recurso extraordinario, en el que es obligada la precisión, la alegación, en cuanto al fondo, se dirige, sustancialmente, a restringir el ámbito de racional aplicación del mentado artículo 361 del Código, limitando su verdadero alcance con una personal interpretación dada por los propios recurrentes, aunque para ello se recurra a sentar supuestos hipotéticos.

Considerando: Que en cuanto a las islas que se forman en el mar, para interpretar adecuadamente el artículo 361 del Código civil, hay que atenerse, sin efugios ni deformaciones, al propio y claro texto legal, y para su recta aplicación ha de tenerse presente que para nada se refiere este precepto al modo geológico de formación de las islas pero sí, con amplitud innegable, se adscribe a las que se forman «en los mares adyacentes a las costas de España», e igual sentido amplio debe concederse al artículo 3.º de

la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, cuyo antecedente se halla en la Ley de 7 de mayo de 1880, sin que exista razón alguna para presuponer en el caso de litis, y en lo que respecta a la Isla «D'en Sales» o «Portals», que, en contra de lo que es general, no existe en la costa más próxima a la misma una zona marítima terrestre, tal como ésta se define en el número 1.º del artículo 1.º de la mentada Ley de Puertos, cuestión ésta no aducida en la instancia; mas aún admitiendo, como se admite, de que la isla de que se trata está fuera de la expresada zona, pero en el mar litoral—lo que resulta indudable—, no debe olvidarse de que éste, conforme al número 2.º de dicho artículo 1.º es también del dominio nacional, y el precepto del Código siempre es aplicable, pues la isla sigue la condición del medio donde se ha formado, debiendo señalarse al respecto que nuestro Código civil en este punto no ha seguido la doctrina de las Partidas inspirada en el Derecho romano, en cuanto consideraba a las islas formadas en la mar como *res nullius*, adjudicándolas al primer ocupante, sino que las declara propiedad del Estado cuando se hallan «en los mares adyacentes a las costas de España», razones por las que el motivo examinado no puede prosperar y debe ser desestimado.

Considerando: Que el motivo 2.º del mismo recurso está acogido al ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, denunciándose en él un error de hecho que se dice consistente en no admitirse como justificado en la sentencia recurrida que la Isla «D'en Salas» hubiese sido poseída por más de treinta años por los propietarios del fundo «El Hostalet», designado para demostrar ese error los documentos que se relacionan bajo las letras A), B), C) y E); mas ninguno de dichos documentos sirve para patentizar, por sí mismos, la supuesta equivocación del juzgador, por no tener, en razón de su certeza intrínseca, el valor de auténticos a efectos de casación, sino informativo y de carácter secundario; pero, además, lo que los recurrentes pretenden es apreciar, conforme a su subjetivo criterio, la fuerza de aquéllos, prescindiendo de elementos probatorios adversos tenidos en cuenta por la Sala de instancia, estableciendo conclusiones que, a juicio de los propios impugnantes, de aquellos documentos *se desprenden*, con lo que aspiran a sustituir, con su personal criterio, el autorizado del Tribunal *a quo*, todo lo que hace que este motivo 2.º deba ser rechazado.

Considerando: Que igualmente resulta improsperable el motivo 3.º, alegado por la vía del número 1.º del ya mentado artículo 1.692, en el que se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 444, en relación con el 1.942, ambos del Código civil, pues este motivo, dados su desarrollo y exposición, envuelve una crítica de la apreciación fáctico-probatoria hecha por la Sala sentenciadora, en cuanto estima la existencia de actos meramente tolerados que en sí no son aptos para engendrar el dominio; pero, además, dadas las condiciones de la isla, su producción y las demás circunstancias destacadas en el fundamento 9.º de la sentencia impugnada, resulta, sin duda alguna, racionales y lógicos los juicios sobre tales hechos emitidos, sin que haya motivo suficiente para modificarlos o alterarlos, no existiendo, en consecuencia, la infracción denunciada.

Considerando: Que, asimismo, es inviable el motivo 4.º, apoyado en el mismo cauce procesal que el anterior, en el que se alega la infracción, por no aplicación, del artículo 459 del Código civil, y, por aplicación indebida, del artículo 1.944 del mismo Código, pues los recurrentes, sin respetar los hechos que en la sentencia se estiman probados, para buscar una base fác-

tica, a fin de justificar la no aplicación o la aplicación indebida de los preceptos legales que se invocan como infringidos, sientan por su parte los hechos básicos, apreciando con libertad y a su juicio la prueba practicada, incluyendo la de testigos, todo ello con infracción notoria de la norma derivada del número 9.º del artículo 1.629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incurriendo en una causa de inadmisión que lo es, en este trámite, de desestimación; e igualmente debe ser desechado el motivo 5.º, pues éste no viene a ser más que «una consecuencia de los anteriores», cual los mismos recurrentes afirman, y, por consiguiente; al no prosperar ninguna de los precedentes motivos, tampoco este último puede ser estimado, por falta de la base de hecho necesaria para que pudiese tener aplicación el artículo 1.959 del Código civil que rige la prescripción adquisitiva extraordinaria.

Considerando: Que al no tener acogimiento ninguno de los cinco motivos que sustentan el primer recurso, procede declarar no haber lugar al mismo, con los demás pronunciamientos inherentes a tal declaración, y con devolución del depósito constituido, por ser disconformes las resoluciones de primera y segunda instancia en algunos de sus pronunciamientos.

Considerando: Que el segundo recurso, formalizado por el que es actor en la primera demanda de los pleitos acumulados, y demandado en la segunda por la Abogacía del Estado, se funda también en cinco motivos, todos ellos encauzados por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que resulta obvio que, al no atacarse por vía adecuada las apreciaciones probatorias que en cuanto a los hechos hace el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, tienen que ser las mismas íntegramente respetadas, sin que puedan ser combatidas a medio del mencionado ordinal 1.º

Considerando: Que en el primero de los motivos de este segundo recurso se alega la infracción, por interpretación errónea, de los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria, así como la violación, por inaplicación del artículo 1.957 del Código civil, si bien la cuestión a decidir debe centrarse por ser norma específica aplicable, en el contenido, interpretación y alcance del mencionado artículo 35 que concretamente se refiere a la prescripción adquisitiva *secundum tabulas*; más, en orden al contenido de este precepto legal, debe destacarse primeramente que dentro de nuestro sistema registral, a diferencia de otras legislaciones, no se admite en forma pura la usucapión *tabular*, o sea, la exclusivamente apoyada en el Registro y sin el concurso de la posesión efectiva de manera que por la simple permanencia de la inscripción en los libros del Registro se opera la usupación; más también ha de señalarse que dada la redacción del mencionado artículo, la inscripción debe estimarse equivalente a justo título para usucapir, pues así lo dice terminantemente el mismo artículo 35, aunque esto no implica que sea un título inatacable; pero, por otra parte, el propio precepto analizado contiene dos presunciones *iuris tantum*, como tales susceptibles de prueba en contrario, pues, en efecto, según su texto, se presume la posesión pública, pacífica e ininterrumpida como también se presume la buena fe, lo cual no quiere decir que se tenga como acreditada una y otra en virtud de la mera inscripción, pues ésta realmente se limita a facilitar la usucapión que extrarregistralmente gane el titular inscrito, proporcionándole una equivalencia de justo título apto para prescribir y favoreciéndole con unas presunciones *iuris tantum*.

Considerando: Que habida cuenta de lo expuesto, mal puede sostenerse que la vacuidad posesoria *de facto* haya de favorecer al titular inscrito, más

quien debe apreciar el hecho de la posesión es el Tribunal *a quo*, al cual, en el caso presente, analizando y ponderando diversos elementos probatorios y de juicio y conjugándolos entre sí, llega a la conclusión, formalmente inatacada, de «la falta de posesión durante el tiempo expresado», convencimiento de la Sala sentenciadora que razonadamente mantiene en el 5.º fundamento de la sentencia impugnada, según el que «desde el año 1947 hasta la fecha posteriormente indicada no fue poseído materialmente tal Islote en la forma exigida por la Ley»; afirmación que no vale desvirtuar a medio de simples alegaciones y sin acudir al único cauce procesal adecuado para destruirla, razones todas por las que es claro que el motivo 1.º no puede prosperar.

Considerando: Que tampoco puede estimarse el segundo en el que vuelve a acusarse la infracción, esta vez por inaplicación, del antes citado artículo 35 de la Ley Hipotecaria en cuanto proclama que, a los efectos de prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, pues la sentencia impugnada, consecuente con la doctrina sentada inicialmente la admite en su razonamiento 4.º de manera clara cuando dice, «conforme a los términos del repetido artículo 35 de la Ley, a la vista de los mismos es indudable que dicho precepto equipara la inscripción, aunque adolezca de vicios sustanciales o formales, al *justo título*, de tal manera que una vez lograda aquella, adquiera independencia y sustantividad propia para funcionar como título hábil e idóneo dentro de la mecánica de la prescripción ordinaria de la propiedad», siendo otras apreciaciones que se hacen en la sentencia, que en este motivo se mencionan al exponerlo, referentes a la falta de buena fe del ahora recurrente, cuestión que no vale involucrar con la que se plantea, como tesis, en este motivo.

Considerando: Que la misma suerte desestimatoria debe correr el motivo tercero, en el que se arguye la infracción, por violación, del artículo 1.253 del Código civil pues la apreciación de la buena o mala fe como cuestión de hecho, corresponde en principio a la Sala sentenciadora de instancia, y ésta, en el caso presente, llega a la conclusión que en el motivo se combate en virtud de un conjunto de elementos de juicio y probanzas que pondera y analiza y que forman su convicción, y entre ellos, el título que contiene una manifestación unilateral del ahora recurrente que de manera anómala se incorpora al Registro, sin que conste transmitida al manifestante la isla mediante contrato traslativo de la propiedad, convicción que, por tanto, no se base en una simple presunción y que en nada peca de ilógica, cual sostiene el recurrente, máxime teniendo presente todas las circunstancias que se analizan en el fundamento 5.º de la sentencia recurrida.

Considerando: Que en el motivo cuarto se afirma por el recurrente que existe infracción por interpretación errónea, del artículo 8.º, número 2.º, de la Ley Hipotecaria, pero los razonamientos con que se desarrolla este motivo, en su exposición dialéctica carecen de consistencia, pues de ninguna manera puede concebirse como una unidad orgánica la formada por una isla que, alejada de la zona marítimo-terrestre, se encuentra en el mar litoral, con la costa relativamente distante, ni se comprende tal unidad referida a una explotación inexistente, cuando el mismo que recurre reconoce que durante muchos siglos no ha tenido ninguna explotación conocida, ni esa unidad puede estimarse con base en los proyectos turísticos, realizables o no, del ahora impugnante, pues los proyectos no son realidades hasta que se lleven a la práctica, quedando en suma subsistente todo lo que se sostiene en el razonamiento 6.º de la resolución recurrida con referencia a la isla «D'en Sales» o

«Portals», procediendo con ello la desestimación de este motivo, puesto que no se ha cometido la infracción denunciada.

Considerando: Que también debe rechazarse el motivo quinto, teniendo presente para ello en primer lugar los fundamentos 3.º y 4.º de esta sentencia, al rechazar el primero de los motivos del primer recurso y, además, aun admitida la posibilidad de usucapir por los particulares, no se estimó probado, cual se desprende claramente de los razonamientos anteriores, sobre todo, los primeros y segundo que se haya producido la usucapción en favor del aquí recurrente, ni que, por consiguiente: el Estado haya perdido la titularidad de la isla en cuestión, y, siendo este motivo como un corolario de los que le preceden debe correr la misma suerte declarándose, en consecuencia, no haber lugar a este segundo recurso con los demás pronunciamientos procedentes.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: Derecho foral aragonés. Ambito de la Ley del Suelo. Teoría del abuso del Derecho Error de Derecho (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1969).

Doctrina del Tribunal Supremo.—1.º La llamada Ley del Suelo reglamenta la parcelación y utilización del suelo en su planificación horizontal, pero no la proyección vertical del derecho de los propietarios, entre sí, para la utilización del vuelo (servidumbres), cuestión ésta que corresponde a la Ley civil. 2.º La teoría del abuso del Derecho no puede invocarse diciendo que la supresión de unos voladizos en nada beneficia al colindante que insta la supresión (por no poder edificar más de una planta en su solar, debido a prohibición administrativa), y que, sin embargo, perjudica al que los ha construido, pues no es indiferente al dueño del terreno la erección de un signo aparente de servidumbre de luces y vistas con su obligada secuela de limitaciones, prohibiciones, fiscalización y posibles daños y perjuicios. 3.º En el aspecto formal de un recurso, el párrafo 1.º del artículo 1620 de la Ley Procesal civil exige citar con precisión y claridad los preceptos infringidos, y no existe tal precisión respecto a los artículos que se citan anteponiéndolos los términos «con referencia y relación» a otro artículo, siendo éste el único que con claridad se cita como infringido, no los otros de mera relación o referencia con aquél.

Antecedentes.—Caso S. H. contra «Los Huertos Nuenos».

Contiguo a un solar propiedad de la actora, sito en Zaragoza, sobre el que pesa, por cierto, prohibición administrativa de edificar más de una planta, el propietario colindante construyó un edificio de 16 viviendas de renta limitada, con huecos y voladizos sobre dicho solar, habiendo obtenido la licencia correspondiente del Ayuntamiento conforme a la Ley del Suelo, con aprobación de los proyectos de edificación en los que el propietario incluía también la referencia a los huecos y voladizos en la citada construcción.

La propietaria del solar interpone demanda sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, para que se condene al demandado a destruir los

voladizos y a dejar la pared de forma que sólo cuente con huecos para luces de 30 centímetros en cuadro, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.

Frente a ello, el demandado alega, en síntesis, que la construcción del edificio se ha realizado en plena conformidad con los planes de Ordenación Urbana, con la licencia del Ayuntamiento, que incluye la aprobación de los voladizos, huecos y ventanas.

Solución del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza.—Desestima en todas sus partes la demanda, absolviendo al demandado.

Solución de la Audiencia Territorial de Zaragoza.—Revoca en parte la sentencia apelada, declarando. 1.º Sobre el solar no existe servidumbre de luces y vistas, pues la aprobación administrativa de la obra no es título suficiente por sí, para la constitución de la servidumbre. 2.º Condena al demandado a destruir los voladizos. 3.º Le absuelve de la petición de reducir los huecos abiertos, pues ha de estarse a lo dispuesto en el Derecho foral aragonés, que los permite.

El recurso y solución del Tribunal Supremo.—El demandado interpone recurso de casación por infracción de Ley por los siguientes motivos:

1.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: violación por inaplicación del artículo 348 del Código civil en relación con el 549 y 551 del mismo, y con referencia a los artículos 45 y 47 de la Ley del Suelo, pues se tenía autorización del Ayuntamiento para avanzar los voladizos sobre la finca del vecino, y tal autorización crea verdadera servidumbre señalada en los artículos 549 y 551 del Código civil. Se infringe la Ley del Suelo, basada en el principio de comunidad.

2.º Número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Error de derecho en la apreciación de la prueba, al no haberse tenido en cuenta los artículos 596 núm 4 y 597 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina del Tribunal Supremo, pues los oficios suscritos por el Secretario del Ayuntamiento, la licencia de obras y otras certificaciones aportadas son documentos auténticos, que contenían actos creadores de servidumbres, a lo que no atiende la sentencia recurrida.

3.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Violación de la doctrina del abuso del derecho contenida en las sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 14 de febrero de 1944, 7 de abril de 1962, 18 de noviembre de 1967 y 13 de junio de 1966. Se debe aplicar el principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, ya que el actor propietario del solar no tiene ningún interés ni beneficio en que se destruyan los voladizos, pues sólo puede construir una planta según la ordenación urbana, y sin embargo, tal destrucción perjudica al recurrente.

El Tribunal Supremo, habiendo sido ponente don Emilio Aguado González, no da lugar al recurso, por las razones siguientes:

«Considerando: Que, en el primer motivo del recurso..., es suficiente tener en cuenta. A) Que en un aspecto puramente formal, sólo se denuncia, como infringido, el artículo 348 del Código civil y no los demás que se citan del mismo Código, ni tampoco los de la Ley del Suelo que se mencionan, pues no

basta para ello con emplear los términos 'con referencia y relación', sino que, ha de hacerse la denuncia con la precisión y claridad que se exige en el párrafo 1.º del artículo 1.620 de la Ley Procesal civil. B) Que la cita, aun estimándola correctamente hecha, se refiere a preceptos muy generales cuya sola contemplación no es suficiente para resolver el caso planteado, ni tutear el derecho que el demandado pretende. C) Que basta con tener presente cuanto se expone en los considerandos de la sentencia pronunciada por la Audiencia Territorial, y que, esta Sala, integralmente suscribe, para ver de una manera inconcusa que se pretende involucrar dos cuestiones distintas: a) la de la indudable virtualidad de la licencia concedida, en observancia de los Proyectos plasmados conforme a la Ley del Suelo y a los que, indiscutiblemente, se ha de sujeción la urbanización de la zona (cuestión administrativa); y b) la de la eficacia del hecho de haber incluido el demandado en los proyectos presentados a la aprobación de la Autoridad Municipal, los voladizos objeto de debate, cuestión de indudable naturaleza civil que no puede darse por resuelta, con esa mera inclusión y aún aprobación, que, a lo sumo y, como con acierto razona la Sala de instancia, sólo significa la ausencia de obstáculo alguno, de carácter administrativo, pero no la imposición al dueño del predio contiguo de una carga que haya de soportar contra su voluntad y sin apoyo en precepto legal alguno de carácter civil. D) Que, por ello, la invocación de los artículos del Código civil que el motivo hace, sin concretar su infracción, sólo sería eficaz si el caso estuviera regulado en los preceptos legales que se citan, y la Ley de 12 de mayo de 1956, si bien reglamenta la parcelación y utilización del suelo en su planificación horizontal, no así la proyección vertical del derecho de los propietarios entre sí para la utilización del vuelo, en la parte que corresponda a cada uno, lo que, a falta de precepto administrativo que, de forma clara, concreta y especial se ocupe de esa materia sin la vaguedad y generalidad que en las citas del recurso se observan, ha de entenderse que su regulación sólo corresponde a la Ley civil...

«Considerando: Que, en el segundo motivo del recurso, además de adolecer también de falta de precisión en la cita de artículos infringidos, en su consideración material y aun suponiendo el motivo correctamente formulado, es patente que, ni la sentencia recurrida desconoce tales documentos, ni niega que, su contenido sea como se arguye sino que ese contenido pueda tener en Derecho el alcance que se pretende ».

«Considerando: Que en el tercer motivo del recurso... hay que tener en cuenta: A) Que la legislación aragonesa, si bien en materia de apertura de huecos, en pared propia o medianera, para luces y vistas, muestra un criterio ampliamente permisivo... tratándose de balcones y otros voladizos, adopta una tónica restrictiva, no permitiéndose dentro de las distancias marcadas en el artículo 582 del Código civil (apartado 2.º del artículo 144), y disponiendo en el artículo 145 que 'los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno, son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas', poniendo así en guardia al propietario del terreno sobre el que se construyen—si no fuese del dueño de la construcción—para reaccionar contra la erección de tales salientes, con la significación legal que ello supone en su perjuicio. B) Que si la doctrina moderna se va cerrando en contra del ejercicio antisocial del Derecho cuando éste produce un perjuicio a otro sin utilidad verdadera para el titular del mismo, no pueden entrar en el área del ejercicio abusivo del derecho aquellos actos que sólo tienden a su conservación, evitando que resulte gravado lo que, en principio, ha de reputarse como libre, y tal

ocurre con el derecho de propiedad inmobiliaria, en su proyección vertical, al no ser indiferente al dueño del terreno la erección de un signo aparente de servidumbre de luces y vistas, con su obligada secuela de limitaciones, prohibiciones, fiscalización y posibles daños y perjuicios que, de esa situación, pueden derivarse, por lo que, la oposición a que tal ocurra, si no hay razón legal que lo imponga es un acto de ejercicio legítimo de un derecho y no abuso del mismo, decayendo, por ello, este motivo final, del recurso interpuesto.»

ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD: Pruebas. Litisconsorcio pasivo
(SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1969).

Doctrina del Tribunal Supremo.—1.º Las partes en la reconvencción tienen que ser las mismas, aunque sea con los papeles invertidos, que figuraban en el proceso principal, por lo que no cabe alegar vicios de constitución de la relación jurídica procesal en el lado pasivo por no haber sido emplazada una persona a la que afectaba lo que se decía en la reconvencción. 2.º No se puede alegar la nulidad de una inscripción en el Registro de la Propiedad por no haberse cumplido el requisito de acreditar que la finca a que se refiere la inscripción, no está incluida en un Monte Público, cuando el Juzgado no estimó probada la circunstancia de la colindancia con el monte.

Antecedentes.—Caso B. V. contra «Ayuntamiento de Llanes».

Se discute si una determinada finca inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de un particular, sin que los linderos que constan en el Registro sean en ningún punto con un Monte Público, es propiedad privativa de dicha persona, o forma parte de un Monte Catalogado propiedad comunal del Ayuntamiento de Llanes.

El particular interpone demanda contra el Estado y el Ayuntamiento de Llanes, sobre declaración de propiedad de la finca y cesación de perturbaciones posesorias. Entre las pruebas aportadas, figuran: el Ayuntamiento cobró el impuesto de plusvalía, actas notariales de presencia que hacen constar el cierre propio de la finca, acta notarial en que consta la declaración de los guardas que hicieron la repoblación forestal, resolución de la Dirección General de Montes en la que se reconoce que dicha finca fue objeto de posesión desde tiempo inmemorial, etc.

Frente a ello, el Abogado del Estado, en representación de éste, alega que la finca forma parte de un Monte Catalogado, aportando como prueba unos expedientes administrativos de sanción de infracciones que tenían relación con la finca litigiosa. Además, describe hechos que patentizan la simulación del título de adquisición del demandante. Formula reconvencción solicitando, entre otras cosas, que se declare nula la escritura pública de adquisición del actor, por simulación y también que se declare nula la inscripción en el Registro de la Propiedad, por no haberse cumplido el requisito de acreditar mediante certificación de la Administración Forestal, que la finca no estaba incluida en el Monte Catalogado.

Insiste también en parecidos puntos, al contestar la demanda, el Ayuntamiento de Llanes.

Solución del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo.—Estimó totalmente la demanda promovida por el particular, declarando que la finca no forma parte del Monte Catalogado, no lindando con el mismo y estando separada por cárcabas y carcabón. Siendo, por tanto, propiedad particular del actor.

Solución de la Audiencia Territorial de Oviedo.—Confirma la sentencia del Juzgado.

El recurso y solución del Tribunal Supremo.—El Ayuntamiento de Llanes interpone recurso de casación por infracción de Ley, con apoyo en los siguientes motivos:

1.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Violación de la doctrina legal consagrada en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1944, 30 de septiembre de 1950, 23 de noviembre de 1961, 4 de junio de 1962, 23 de febrero y 5 de marzo de 1963, 17 de octubre de 1964, 22 de junio de 1965, 20 de enero, 13 y 19 de abril, 30 de junio y 21 de diciembre de 1966, al no haber apreciado y declarado los vicios de constitución de la relación jurídico-procesal por no haber sido convocados al proceso todos los afectados por el mismo, ya que en la contestación a la demanda se alegó la simulación de la adquisición del actor en escritura pública y no fue emplazado, como interesado, el que figuraba en la misma como vendedor.

2.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Infracción por interpretación errónea del artículo 9, párrafo final y 30 de la Ley Hipotecaria, y por violación del artículo 11, apartado 4.º, párrafo 1.º de la Ley de Montes pues no se había cumplido el requisito de las inscripciones de fincas colindantes con Montes Catalogados, consistente en acreditar que la finca no estaba incluida en el Monte.

3.º Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.—Violación del artículo 183 de la Ley de Régimen Local, que establece la imprescriptibilidad de los bienes comunales, y, como en el pleito sólo se ha probado la posesión de la finca por más de 30 años, pero no más de 55 (25 para desafectar y 30 para prescribir) se ha violado tal artículo de la Ley de Régimen Local.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, por las razones siguientes:

«Considerando: Que la tesis del motivo primero ha de ser absolutamente necesaria desde el momento en que se formuló la reconvención, la presencia en el pleito de otra persona, además del actor, en concepto de sujetos pasivos, la presencia de dicho tercero era jurídicamente imposible, dado que las partes en la reconvención tienen que ser precisamente las mismas que figuren en el proceso principal, si bien con los papeles invertidos, porque en ella el actor reconvencional (sujeto activo) solamente puede serlo el demandado, y demandado reconvencional (sujeto pasivo) única y exclusivamente puede serlo el actor, nunca cualquier otra persona que no sea parte en el proceso principal, como así lo tiene declarado reiteradamente esta Sala.»

«Considerando: Que los otros dos motivos del recurso tampoco pueden prosperar, pues... se aduce que la finca en litigio linda con un monte incluido en el Catálogo de los de Utilidad Pública, tratando de ignorar el recurrente

al denunciar esas infracciones que, a tenor del Considerando 5.º de la sentencia de primer grado, aceptado expresamente por la recurrida, el Juzgado no estima probada dicha circunstancia, «porque no existía ni existe deslinde administrativo del monte en la zona en que se discute la colindancia» y «porque dicho terreno—el colindante—había sido repoblado por dos particulares, que se atribuían su propiedad frente a la Administración, aunque esto haya motivado sanciones administrativas y un deslinde parcial», y el motivo tercero y último hace descansar la alegación de haberse infringido por violación el artículo 188 de la Ley de Régimen Local, en que la finca cuya propiedad se debate procede de una primitiva invasión o usurpación de parte de un monte comunal, hecho que no figura establecido de modo rotundo, categórico y terminante sobre los fijados formalmente en la sentencia combatida...»

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: ERROR SUSTANCIAL. García Gómez contra Narváez Macías (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1968).

El Tribunal Supremo desestima el motivo de casación en el que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se denunciaba la violación por falta de aplicación de los artículos 1.261, 1.265 y 1.268 del Código civil, manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que, en términos generales y conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, la existencia del error, dolo, violencia e intimidación vicios del consentimiento a los que se refiere el artículo 1.265 del Código civil, suele constituir problema de hecho de la exclusiva apreciación de los Tribunales de instancia, si bien, moderando el alcance de esta doctrina, tiene asimismo declarado este Tribunal que los conceptos de error y dolo no son meras cuestiones de hecho, pues pueden entrañar conceptos jurídicos impugnables por la vía del número 1.º del repetido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, pero siempre la concurrencia de estos vicios del consentimiento, por implicar una anormalidad en la contratación, no debe admitirse sin una cumplida prueba de su realidad (sentencia de 5 de diciembre de 1953); más, en lo que concretamente atañe a la determinación de lo que pueda constituir la sustancia del objeto contractual, de acuerdo con la doctrina propugnada en la sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1943 (en la que se hace un estudio y exégesis del error sustancial) requiere tal extremo, la investigación de los elementos que maten cada caso particular y, sobre todo, del fin perseguido por las partes, de tal modo que se trata, fundamentalmente, de una cuestión de hecho reservada a la apreciación de los juzgadores de instancia y que sólo en límites muy reducidos puede controlar el Tribunal de casación, como así lo ha reconocido la jurisprudencia establecida en numerosos fallos, entre ellos el de 25 de noviembre de 1932, no debiendo olvidarse, cual sostiene la mentada sentencia de 14 de junio de 1943, que tanto en el Derecho romano como en los derechos modernos, el reconocimiento del error

sustancial, con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que fundamentalmente, lo decisivo para la eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido.

SIMULACION RELATIVA · LEGITIMACION ACTIVA. De Francisco Fernández c. Redicio Bertón y otros (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1968).

La demandante solicitaba, entre otros extremos, que se declarase «simulado, inexistente e ineficaz» un contrato de compraventa otorgado por su hermano a favor de los demandados y relativo a fincas que aquel la había legado en testamento. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al admitir la excepción de falta de acción en la demandante opuesta por los demandados, siendo su sentencia revocada en apelación y estimándose íntegramente la demanda en dicha instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandados. La sentencia anotada después de razonar en los tres primeros considerandos la existencia en este caso de una simulación relativa y no absoluta como entendió la de apelación, mantiene la siguiente doctrina en cuanto a la legitimación para impugnar tal clase de simulación:

Considerando: Que en el motivo segundo, también con apoyo en el número 1.º del citado artículo 1692 de la Ley Procesal, se denuncia la infracción por interpretación errónea de la doctrina legal establecida por las sentencias de 10 de junio de 1944, 3 de abril de 1962, 22 de abril de 1963 y 21 de mayo de 1964, según las cuales, el heredero voluntario y con mayor razón, el legatario, no está legitimado para impugnar los actos de su causante salvo por simulación absoluta; la sentencia de instancia, en tesis de los recurrentes, comete dicha infracción, porque si el contrato cuestionado no adolece de simulación absoluta, sino que, como ella reconoce, encubre otro, viene a dar a aquella doctrina un alcance o extensión que no resulta de los términos de aquellas sentencias, al conceder al heredero voluntario, y más aun, al legatario, acción para impugnar el contrato encubierto, y máxime si se tiene en cuenta que en la cláusula 5.ª ya el causante prohibió, a sus familiares, impugnar dicho contrato, bajo pena de excluirlos de la herencia, con lo cual exteriorizó su manifestación de voluntad, que, aunque carezca de virtualidad para revocar el testamento, expresa claramente la de renunciar a las acciones impugnatorias del contrato, renuncia que es vinculante para quienes traigan causa del contratante.

Considerando: Que, realmente tratándose de un negocio que sólo adolece de simulación relativa, pues como la propia sentencia reconoce, encubre un acto de liberalidad, es evidente que para impugnarlo no tiene legitimación quien no ostenta el carácter de heredero forzoso, como reiteradamente tiene declarado esta Sala; y como la demandante no era legataria de ninguno de los que aparecen como enajenantes, carece de acción para impugnar aquel acto.

OFERTA DE VENTA. *No puede el oferente reducir unilateralmente el plazo de la oferta y si esta fues aceptada en el término concedido, el contrato de compraventa quedó perfeccionado y es exigible su cumplimiento.* El Estado c. Torres Solanot y otros (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1968).

Los ahora demandados, de vecindad aragonesa, ofrecieron en venta unas fincas que les pertenecían por título de herencia al Instituto Nacional de Colonización que tras diversas incidencias aceptó. Habiendo desistido de la venta los oferentes, que no acudieron a otorgar la correspondiente escritura, el Abogado del Estado en representación del Instituto presentó demanda solicitando se les condenase a dicho otorgamiento. La demanda fue estimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto con fundamento en la doctrina al principio anotada. Los recurrentes también impugnaron la sentencia de la Audiencia por la no aplicación de la doctrina jurisprudencial conforme a la cual el actor no es árbitro para elegir los demandados, dejando fuera del proceso a las personas que crea conveniente, sino que debe dirigir la acción contra todos aquellos que hayan de verse afectados por la resolución que se dicte, motivo 1.º, y por interpretación errónea del artículo 49 del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón al no haber sido llamados al pleito los cónyuges de dos de los demandados en razón de su derecho de viudedad legal, motivo 2.º. El Tribunal Supremo desestima estos motivos manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, sustentado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la violación por no aplicación en la sentencia recurrida de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala que cita, según la cual el actor no es libre para elegir los demandados y dejar fuera del proceso a aquellos que resulten afectados por su resolución, de donde deduce que está mal constituida la relación jurídica procesal al no haber sido demandados los cónyuges de los interpelados que están casados, a quienes corresponde el derecho expectante de viudedad foral y resultan por ello afectados por la sentencia, concurriendo la excepción de falta de consorcio procesal pasivo necesario, y habida cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Apéndice al Código civil correspondiente al derecho territorial de Aragón pertenece a cada uno de los cónyuges el dominio de sus bienes propios y pueden disponer de ellos, quedando siempre a salvo el derecho de viudedad foral, es evidente que la Ley garantiza siempre tal facultad expectante y no resultan gravados por la resolución, por lo que parece el motivo al no ser imprescindible la interpelación en cuanto a ellos corresponde.

Considerando: Que por las propias razones antes consignadas parece el segundo de los motivos articulado con la misma sustentación procesal que el anterior y en que se impugna la resolución recurrida basada en la interpretación errónea de dicho artículo 49 del Apéndice por entender los recurrentes que desde que se adquiere el derecho expectante de viudedad por el matrimonio, puede defenderse en juicio, ya que, como queda expuesto, si se pueden enajenar los bienes con reserva de la viudedad foral, no es necesaria la intervención de su titular, pues si ésta se produce resulta innecesaria la reserva, por lo que ha sido correctamente interpretado el precepto.

COMPRAVENTA. RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO. Cort Alvarez contra Queralt Tasseis (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1968).

En el contrato de compraventa con precio aplazado a que se refiere esta sentencia se había pactado que la falta de pago de los plazos durante tres mensualidades daría lugar a la resolución, mediante el requerimiento previsto en el artículo 1.504 del Código civil, retrotrayéndose la propiedad del piso al vendedor y con pérdida por el comprador en concepto de indemnización de las cantidades entregadas. Alegando la falta de pago de ocho mensualidades, el vendedor instó la resolución del contrato, previo el correspondiente requerimiento. La demanda no prosperó ni en primera instancia ni en apelación, por lo que el actor interpuso recurso de casación, apoyado en diversos motivos. Interesa destacar la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, al examinar los motivos 1.º y 4.º, en los que aducía, respectivamente, violación del artículo 1.504 del Código civil y aplicación indebida del artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, por entender que, tratándose la compraventa de inmuebles con precio aplazado, rige exclusivamente el primero de dichos preceptos y no el segundo, y, por tanto, no cabe exigir como mantiene el Tribunal *a quo* «la voluntad de incumplimiento». Dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que si se parte de este planteamiento como sin duda es preciso partir, resulta evidente que la cuestión inicial, anteriormente reseñada, se divide en dos aspectos: uno, de carácter jurídico, relativo a la compatibilidad de los dos artículos citados del Código civil, es decir, el 1.124 y el 1.504, y otro, referente a si en el caso de que sean compatibles ha sido o no desvirtuada por el recurrente la base fáctica en que se apoya el fallo impugnado, debiéndose decir, respecto del primero, de acuerdo en un todo con el criterio sustentado por el Tribunal *a quo*, que aquellos preceptos no sólo no se eluden entre sí, sino que se complementan en el sentido de que la regla que, con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el 1.124, hace aplicación de modo específico y concreto en el 1.504; cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, prohibiéndose, es cierto, que se conceda un nuevo plazo después de efectuado el requerimiento, pero permitiéndose que, hasta que éste tenga lugar, el comprador pueda realizar el pago, aunque haya transcurrido el término establecido y, sobre todo, exonerando a dicho comprador de los efectos resolutorios si el incumplimiento, lejos de ser debido a su voluntad directa o, simplemente, negligente, fue causado por auténtica imposibilidad física o jurídica que sólo los Tribunales de justicia podrán estar en condiciones de valorar y apreciar, en contra todo ello de lo sostenido por el recurrente en los motivos 1.º y 4.º, en los que, en ambos casos, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia, respectivamente, violación del 1.504 y aplicación indebida del 1.124 del Código civil, que, consiguientemente, deben ser desestimados.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRAS: EJECUCION DEFECTUOSA. «La Preparación Textil, S. A.», c. Trisa Güell, S. A. (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1963).

La actora solicitaba se condenase a la demandada a pagar una determinada cantidad como importe de la confección de tejido que había realizado por encargo de esta última. La demandada se opuso, alegando que el género recibido era defectuoso, habiéndolo saldado con pérdida, por lo que pedía la absolución o, subsidiariamente, que la cantidad reclamada fuese objeto de una importante reducción. Contra la sentencia de apelación, que sustancialmente aceptó la tesis de la demandada, se interpuso por la demandante recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima, manteniendo en cuanto a los motivos que denunciaba error en la apreciación de la prueba, incongruencia e inaplicación del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto, doctrina muy reiterada, y, en cuanto al motivo 1.º que también se desestima, dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, con amparo en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuye a la sentencia recurrida, «violación, por inaplicación, de los artículos 1.553 y 1.490 del Código civil, e infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.598 del mismo Cuerpo legal», en tesis de la parte recurrente este último precepto sólo es aplicable en el supuesto de que hubiese pacto expreso de que la obra se «ha de hacer a satisfacción del propietario», en cuyo supuesto queda su efecto sometido al juicio pericial correspondiente, y como en el caso de autos, tal pacto expreso no existió y los efectos elaborados no fueron rechazados al recibirlos—el recurrente concluye—, debió aplicarse la regla genérica del artículo 1.592, con sujeción a la cual la recepción, sin protesta ni salvedad por el propietario, del género servido por el contratante, libera la responsabilidad de éste y le da derecho a percibir el precio, por lo que no era de aplicación el artículo 1.598 y sí lo era el 1.553, y, por envío de éste, el 1.490, que limita a seis meses la vida de las acciones del propietario para reclamar contra el contratista por los vicios de la cosa, plazo que es de caducidad y ha expirado ya, como se alegó en el escrito de réplica.

Considerando: Que el artículo 1.598, invocado, no tiene ese alcance restringido que pretende darle el recurrente, en primer lugar, porque no exige para su actuación la existencia de un pacto expreso que supedita la ejecución a la satisfacción o conformidad del propietario, bastando simplemente que el pacto se infiera de las estipulaciones del contrato, y, en segundo lugar, porque tampoco puede deducirse de tal precepto, y a *contrario sensu*, que, si no se estipuló aquel pacto, el empresario queda facultado para realizar la obra de manera imperfecta e incompleta, y el propietario venga obligado a admitirla, aun cuando no sirva para los fines normales para los cuales fue contratada, pues ello equivaldría a desvirtuar la verdadera naturaleza del contrato de empresa y a desconocer su objeto, que no es simplemente la energía del trabajo, sino el resultado de ese trabajo, de donde se deduce que la principal obligación del empresario es la ejecución de la obra convenida, con las características adecuadas a su fin, para que pueda ser estimada «de recibo», es decir, que reúna las condiciones de aptitud e idonei-

dad normales, quedando esta declaración supeditada a la resolución judicial si surge discrepancia entre las partes acerca de ella.

Considerando: Que si bien algún sector doctrinal afirma que, como en materia mobiliaria no existe precepto expreso que disponga lo contrario, el recibo de la obra libera de responsabilidad al empresario contratista; sin embargo, la doctrina más generalizada no admite esa tesis, pues entiende que la entrega de la obra es cosa distinta de la recepción, la cual viene constituida por el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente y admite que tal recepción, lo mismo puede anticiparse a la entrega, cuando el propietario admite que ya la reconoció y encontró conforme o puede demorarse si por cualquier circunstancia cuando se la entregaron no pudo reconocerla o no pudo prestar su conformidad, aun después de la recepción de la obra, y máxime cuando el empresario ha puesto en ella sus materiales, debe reconocerse en favor del propietario el derecho al saneamiento por los vicios ocultos, por analogía con la compraventa.

Considerando: Que el recurrente, al desarrollar este primer motivo de casación, parte del reconocimiento de que la calificación jurídica del contrato hecha por la sentencia combatida es correcta, y que en ese contrato de ejecución de obras, «La Preparación Textil, S. A.», «ha realizado mal su trabajo, ejecutando una manufactura de mala calidad», y, claro está, partiendo de esas afirmaciones de la sentencia—que, además, no fueron desvirtuadas—, resulta evidente que la Sala de instancia no ha cometido ninguna de las infracciones que el motivo le imputa, puesto que «incumbiendo» a la Sociedad actora, conforme al artículo 1596 del Código civil, la obligación de ejecutar la manufactura encomendada, produciendo un tejido en condiciones para el comercio, y acreditado en autos por el dictamen pericial, que lo fabricado por la actora no era apto para su exportación o normal comercio, como, asimismo, el que la Sociedad demandada, al advertir los defectos de la manufactura, lo denunció a la actora; debe rescatarse de la reclamación de ésta la suma correspondiente al valor de la trama que se pretendió exportar

PRESTAMO: LEY DE USURA RECURSO DE CASACION. Aunque el Tribunal Supremo puede entrar en el análisis de las pruebas aportadas en los juicios sobre préstamos usurarios, no debe su examen llegar a que el recurso de casación se desnaturalice, convirtiéndose en una tercera instancia, razón por la que son de aceptar los supuestos de hecho fundamentales de la sentencia recurrida, siempre que guarden el debido y adecuado enlace con las resultancias procesales, debiendo prevalecer su apreciación de la prueba, en tanto no se demuestre que ha incidido en verdadera y evidente equivocación.

RECURSO DE CASACION: COMPETENCIA TERRITORIAL. Las cuestiones que siendo de naturaleza civil afecten a la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado dentro de la Jurisdicción ordinaria para conocer de la litis entablada, o sea, cuando se trate de la competencia jurisdiccional que se halla regulada en el libro I, título II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo puede venir a casación al amparo del número 6.º del artículo 1693 de dicha Ley, mediante el recurso por quebrantamiento de forma, nunca por el fondo (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1968).

CUENTA CORRIENTE: PRUEBA. El principio contenido en el artículo 1228 del Código civil es aplicable cuando se trata de algo afirmado en un solo documento con doble faceta, pero no lo es cuando se trata de numerosos asientos de una contabilidad, de los cuales unos tienen respaldo justificativo o está conforme con ellos el oponente y con otros no, pues sería absurdo partir de que, en una cuenta presentada por una de las partes en litigio, la aceptación de un solo asiento supusiera la aceptación de todos, so pena de conculcar los términos del artículo citado. Se trata de una cuestión de apreciación de prueba que, en todo caso, debe de ir por el cauce del número 7.º y no por el 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1969).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: COMPENSACION DE CULPAS.

Siendo facultad primitiva de los Tribunales la de moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente, reduciendo en la proporción que estimen la cuantía de la indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado cuando declaran la compensación de culpas, el uso de tal facultad discrecional no puede, en ningún caso, dar origen a interpretación errónea de precepto o doctrina legal (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1969).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ACCIDENTE DE TRABAJO.

«Mutualidad de Accidentes Papeleros» c. Asurabarrena Garmendia y «New Hampshire Insurance Company» (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1969).

El ahora demandado, en primer lugar, atropelló con su motocicleta a un obrero que se dirigía a su trabajo en una empresa que tenía concertado el seguro de accidentes de trabajo con la hoy demandante. Dicho demandado fue condenado en juicio penal a las penas procedentes y al abono al atropellado de 50 000 pesetas como indemnización. Dada la condición de accidente de trabajo que tenía el hecho, quedando el atropellado con una incapacidad permanente total, la Mutualidad, ahora demandante, hubo de ingresar en la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo el capital correspondiente, junto con los intereses de capitalización, al 3 por 100, más el importe de la incapacidad temporal y, además, abonar los gastos de la clínica. En reclamación de dichas cantidades, se demanda al causante del atropello y a su compañía aseguradora como responsable civil subsidiario. El Juzgado desestimó la demanda, siendo su sentencia revocada en apelación con estimación total de la demanda. El demandado interpuso recurso de casación, alegando en el motivo 3.º, único que el Tribunal Supremo examina, ya que su estimación hace inútil el examen de los otros dos, la interpretación errónea del artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo y del 189 del Reglamento para su aplicación. Dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que dictada sentencia por el Tribunal, que conoció del accidente en vía penal, es evidente que, de acuerdo con la constante jurisprudencia de esta Sala, los derechos de la compañía aseguradora del riesgo dimanante de la relación laboral, quedaban limitados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Accidentes de trabajo de 22 de junio de 1956

y 189 del Reglamento para su ejecución a repetir contra el asegurado para resarcirse con cargo a la cantidad concedida al mismo en vía de indemnización en el procedimiento penal, y hasta el límite de la misma, de las indemnizaciones abonadas, y al no estimarlo así la sentencia recurrida, ha interpretado erróneamente las citadas disposiciones, incurriendo en la infracción legal denunciada en el tercer motivo del recurso que, al amparo del número 1º del artículo 1.692, se articula, y debe por ello ser estimado.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSA 2.ª DE EXCEPCION A LA PRÓRROGA. *La obtención de la autorización gubernativa de demolición constituye, por el mero hecho de su otorgamiento, el presupuesto necesario para que el arrendador pueda ejercitar su derecho a negar la prórroga, mediante la oportuna notificación, con cuya práctica se inicia el plazo concedido al inquilino o arrendatario para que, a su vez, ejercite los derechos y cumpla las obligaciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil le atribuye, plazo cuyo cómputo no resulta afectado por los recursos que en la vía administrativa o contencioso-administrativa se hayan podido interponer contra la autorización gubernativa de demolición (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS. OBRAS AUTORIZADAS POR MAYORIA DE COPROPIETARIOS. *Las obras que modifican la configuración y las que se realicen para la segregación o agregación de espacios o dependencias de la cosa común requieren el consentimiento unánime de los condueños por constituir actos de disposición y de dominio y no de mera administración, siendo claros y rotundos a este respecto los términos del artículo 397 del Código civil, y en su virtud cualquiera de los condueños afectados está legitimado para oponerse o bien para pedir en vía civil y por las normas procesales del Derecho común la nulidad de estos actos y la reparación de los excesos cometidos por los demás copropietarios; pero no cabe confundir esta acción con la que se ha ejercitado en los autos de resolución de contrato de arrendamiento por obras autorizadas al arrendatario por la mayoría de los condueños, porque, como ya se señaló en sentencias de 1 de julio de 1963 y 19 de febrero de 1964, entre otras, para liberar la responsabilidad de su realización al arrendatario, que no tiene intervención en el régimen de comunidad, ni posibilidad de conocer sus acuerdos, basta con la manifestación del consentimiento del condueño o condueños con quienes se relaciona normalmente como representante de dicha comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de aquéllos ante ésta, pues el criterio contrario iría no sólo contra la seguridad y garantía de las indicadas relaciones, sino contra el principio de la buena fe establecido en varios artículos del Código civil, particularmente en el 1.258 y recogido con especial relieve en el artículo 9.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos (SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 1968)*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION POR OBRAS. *Todo contrato de arrendamiento lleva implícita la autorización para efectuar las obras necesarias, a fin de adaptar el local al destino pactado, pero referida y limitada tal autorización al tiempo de la instalación o puesta en marcha del negocio, sin que quepa extenderla a aquellas otras que lleve a cabo el arrendatario posteriormente para el desenvolvimiento de su actividad, las cuales, de modificar la configuración del local, no puede efectuarlas sin el consentimiento del arrendador o, en su caso, sin la autorización judicial, so pena de incidir en la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCION POR OBRAS NO CONSENTIDAS. *La instalación en el local arrendado de un montacargas, una cocina y una chimenea para salidas de humos, llevada a efecto sin consentimiento del dueño y fuera del plazo necesario para adaptarlo a la finalidad a que se destina, constituye una obra que modifica la configuración no sólo de la habitación donde se colocaron, sino también de la de aquellas otras superiores por donde la última pasase, previo taladro del suelo y techo, y da lugar a la resolución del contrato locativo (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO. PRESCRIPCION DE LA ACCION. Banco de Valencia, S. A., c. Fumigadores Químicos, S. A. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1968).

A la demanda de la entidad bancaria, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de un local de negocio de su propiedad por haberlo cedido, subarrendado o traspasado el arrendatario sin su consentimiento, conocimiento o autorización, se opuso este último, alegando prescripción de la acción, por entender que el Banco tuvo conocimiento de que el local tenía un nuevo ocupante, otra Sociedad, ya que, con fecha de 8 de agosto de 1951, abonó en cuenta corriente abierta en el citado Banco a dicha Sociedad una cantidad, por lo que, con anterioridad a tal fecha y al abrirse la cuenta, hubo de consignarse el domicilio en cuestión, y desde entonces, hasta la presentación de la demanda, habían transcurrido más de quince años. La demanda fue estimada en ambas instancias, por lo que la demandada interpuso recurso de injusticia notoria, denunciando en el motivo 1.º la aplicación indebida del artículo 23 y causa 5.ª del 114, ambos de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la falta de aplicación de los artículos 1.964 y 1.969 del Código civil, y en el motivo 2.º, error en la apreciación de la prueba. El Tribunal Supremo estima el recurso manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que el problema que el recurso plantea, lo entraña la determinación del arranque del plazo para la prescripción de la acción; es decir, cuál es el sentido del final del artículo 1.969 del Código, al decir «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

Considerando: Que esta Sala ha venido manteniendo, por reiteración, que la posibilidad a que se refiere el artículo es la legal, sin tener en cuenta las condiciones del individuo ni otras circunstancias, cuando la Ley no lo

dice, que el comienzo de la prescripción, no requiere el conocimiento de la existencia de la acción por su titular, bastando el transcurso del tiempo legal para que se consume.

Considerando: Que sin desconocer este criterio como norma general, en algún caso concreto de cesión prohibida en el arriendo, llevado a cabo en la clandestinidad, se ha estimado preciso, para el comienzo del plazo, el que el titular de la acción conociera o pudiera al menos conocer la existencia de la cesión, en defensa de la buena fe del titular, que no podía conocer la realización del acto ilegal y, por tanto, no se le podía sancionar con la presunción de abandono, que no pudo existir si no conoció el hecho determinante de la acción.

Considerando: Que con arreglo a este criterio, en el caso debatido, declarado por la sentencia que la ocupación de la Sociedad General Química, S. A., se produjo en junio de 1951, y que en 8 de agosto del mismo año abrió a su nombre una cuenta corriente en el Banco actor, que desde entonces tuvo relaciones comerciales con dicha Empresa, instalada en los locales discutidos, cualquiera que sea el mecanismo administrativo del Banco recurrido, si tuvo relaciones comerciales con la nueva ocupante del local, materialmente conoció o pudo conocer y legalmente hubo de conocer necesariamente la existencia de la introducción en el local, pues la apreciación contraria haría escapar a las personas jurídicas de toda clase de responsabilidades por su gestión, que necesariamente ha de llevarse a cabo por medio de personas físicas, de cuya actuación responden.

Considerando: Que por ello no puede menos de estimarse que el plazo para el cómputo de la prescripción comenzó en 8 de agosto de 1951, en que se abrió la cuenta corriente, y como la acción ha sido iniciada en 18 de octubre de 1966, han transcurrido entre ambas fechas más de los quince años requeridos por el artículo 1.964 del Código para la prescripción de la acción, por lo que se hace obligado estimarlo así y como consecuencia dejar sin efecto la sentencia recurrida y revocar la de primer grado, y estimando la excepción de prescripción alegada absolver a la demandada de la demanda de resolución contra ella entablada, imponiendo las costas de primera instancia al actor recurrido, sin hacer expresa condena de las causadas en la apelación y el recurso, y acordando la devolución del depósito constituido.

R. I. A.

IV. FAMILIA

NULIDAD DE ACTOS DEL CONSEJO DE FAMILIA. NOMBRAMIENTO DE PROTUTOR. *Cuestión de si debe o no ser preferido a un extraño el pariente del pupilo de grado más próximo.* SARRÍO c. Hermanos PUCHADES y otros (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1969).

Doctrina de la sentencia: Aunque la institución tutelar está basada en los lazos familiares, se exceptúa al *protutor* por la índole de su función y no cabe achacar a omisión del requisito de parentesco en el Código cuando con tanta minuciosidad regula esta materia. A ello, no obstante, el artículo 235, ni el 295,

ni el 299, ni la doctrina legal de esta Sala, ni tampoco las disposiciones del Código francés en cuanto que no rige en España, ni el derecho expectante de heredar a los incapacitados.

Antecedentes: I) Los tíos carnales del demandante don H. y doña M., habían sido declarados incapaces para regir su persona y bienes en virtud de resolución dictada por el correspondiente Juzgado. II) En 1947 se constituyó el Consejo de Familia y se inscribió a tutela en el Libro correspondiente del Juzgado Municipal. III) La tutela de los incapaces fue ejercitada, con carácter *legítimo*, sucesivamente, por los hermanos de los incapacitados don A. y doña C., habiendo fallecido ésta en 1964. IV) En febrero de 1965 el Consejo de Familia acordó nombrar tutor *dativo* de los incapacitados a un sobrino carnal de los mismos (hijo del *primer* tutor don A.), poco después, el Consejo de Familia acordó que la tutela se había de deferir bajo la modalidad de «frutos por alimentos». V) Contra esta última resolución del Consejo de Familia se alzó un vocal discrepante—don A.—, quien demandó exclusivamente al Presidente del Consejo de Familia; recayendo sentencia en tal procedimiento, por la que se modificó el acuerdo del Consejo de Familia, determinándose que la tutela se ejercitase con rendición de cuentas y con «asignación de pensión alimenticia». VI) El Presidente del Consejo hizo saber este fallo a los demás miembros del Consejo que *no* fueron citados al procedimiento, en sesión de dicho Consejo de fines del mismo año 1965; en la misma sesión el Presidente solicitó se le *excusara* del cargo alegando la causa décima del artículo 244 del Código civil; y en sucesivas reuniones «dejaron de pertenecer al Organismo tutelar» (sic) (no queda claro el *porqué*, ni el *cómo*), otros dos Vocales del mismo. VII) Al poco tiempo se procedió a la «re-constitución» del Organismo tutelar, supliendo las bajas producidas con personas *al parecer* afectas a los intereses del tutor y de un grupo familiar, en la forma siguiente: Presidente, un hermano del tutor, Vocales, un cuñado del tutor, una sobrina carnal del tutor y un extraño caracterizado por su amistad íntima con la familia del tutor.

Expuestos estos datos, conviene dejar aquí constancia de la situación familiar, que es la que origina el presente pleito: los incapacitados carecían de ascendientes, descendientes y hermanos; había dos ramas en la línea colateral, una integrada por los hijos del *primer* tutor don A., sobrinos carnales de los incapaces, cuyo grupo familiar detentaba prácticamente todos los cargos del Organismo tutelar; y otra, la formada por el único hijo de la *última* tutora doña C. Este último ocupaba la posición de *demandante*, y aquéllos, conjuntamente—en unión de los extraños nombrados vocal y protutor—, la posición de *demandados*.

Así las cosas, una vez reconstituido el Consejo de Familia en la forma indicada, el demandante había requerido—mediante Acta Notarial levantada en el mismo Juzgado—del Consejo de Familia que se le nombrase *protutor*, ya que era la única persona indicada para ello conforme al artículo 235 del Código civil, al carecer los incapacitados de otro pariente próximo de línea *distinta* a la del tutor. No obstante, ello, poco después, el Consejo nombraba *protutor* a don F. (le calificaba de «sobrino segundo» de los incapaces, lo que *al parecer* no era exacto según el Registro Civil, siendo técnicamente un *extraño*).

El demandante, tras esta exposición de hechos, hacía constar cómo el Organismo tutelar—que en su *composición* debía responder a un equilibrio ponderado—se hallaba en manos de meros allegados a la persona del tutor. Terminaba suplicando se dictara sentencia declarando nulo y sin valor el

Acuerdo del Consejo de Familia nombrando protutor al pretendido sobrino segundo de los incapaces con exclusión del demandante, y declarando también nulo y sin valor el nombramiento de Vocal a favor del extraño con exclusión del pariente de mejor derecho, don A.

Los demandados—emplazados junto con el Ministerio Fiscal—contestaron y se opusieron, basándose en que «no conocían precepto alguno que dijera que el protutor había de ser el pariente más cercano», suplicando que no se estimase la demanda. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de contestación a la demanda y expuso: que los nombramientos impugnados se tomaron por una mayoría de más de tres miembros (art. 305 del Código civil y sentencias de 12 de febrero de 1903 y 16 de diciembre de 1953), siendo, pues, válido; que éste, y otros hechos, deberían ser probados en su día, por lo que se oponía; y que debería tenerse presente la enemistad entre el demandante y el nombrado protutor.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimaba la demanda y declaró: 1. Nulo el nombramiento de *protutor* efectuado con exclusión del actor. 2. Nulo el nombramiento de Vocal del Consejo de Familia a favor del extraño con exclusión del pariente don A., si bien tal nulidad queda *condicionada* a que este último acepte y llegue a desempeñar el cargo de Vocal Ordenaba también al Juzgado Municipal y al Consejo de Familia que —una vez firme el fallo—se practicasen las rectificaciones necesarias para el cumplimiento de lo ordenado. Entre algunas de sus Consideraciones (1) merecen citarse las siguientes: En el nombramiento de protutor debe ser preferido el pariente al extraño y debe ser preferido el pariente en grado más próximo al pariente de grado más remoto; el *emolumentum successionis* y el *onus tutelae* se encuentran en muy estrecha conexión, ya que la Ley prefiere para los cargos tutelares a las mismas personas que en su momento han de ser llamadas a la sucesión intestada.

La Audiencia dictó sentencia, revocando en parte la sentencia del Juez de Primera Instancia, por la que: declara nulo el nombramiento de Vocal a favor del extraño, a cuyo efecto se proveerá dicho cargo con arreglo a derecho; y desestima la demanda en cuanto al pedimento de nulidad del nombramiento de protutor, cuya designación se mantiene. Entre sus Consideraciones (2) merecen destacarse: que la tutela en nuestro Derecho positivo tiene una naturaleza esencialmente familiar y se rige bajo el llamado «principio de autonomía» del Consejo de Familia, de suerte que la ingerencia de la autoridad judicial en su funcionamiento debe ser considerada como algo excepcional y limitado a obtener el cumplimiento de los preceptos legales; que el artículo 235 del Código civil, *no* presupone que el nombramiento haya de recaer en pariente, sino que contiene *sólo* una restricción o exigencia negativa y su sentido no permite deducir de él una prioridad de grado parental; que el protutor es un mandatario del Consejo de Familia.

El demandante interpuso recurso de casación, dirigido por uno de nuestros civilistas de mayor prestigio, articulándolo en cinco motivos que, por su extraordinario contenido e interés, transcribo como sigue:

— Motivo primero: Basado en infracción de Ley, por interpretación errónea de los artículos 233 y 235 del Código civil, al considerar la Sala válido el nom-

(1) Tomadas del recurso de casación.

(2) También entresacadas del escrito de recurso de casación.

bramiento de protutor de un extraño con exclusión de uno de los más próximos parientes de los tutelados (el recurrente): ya que dichos artículos y los demás con ellos concordantes del Código civil, con una interpretación de tipo *sistemático*, llevan a entender que las personas llamadas a los cargos tutelares deben ser parientes de los tutelados, con lo que el protutor debe ser pariente del incapaz.

— Motivo segundo: Basado en infracción de Ley, por violación del artículo 295 del Código civil y por interpretación errónea de los artículos 233 y 235, en relación con los artículos 236 y 299 del Código civil: aunque los artículos 233 y 235 *no dicen* que el protutor haya de ser pariente del tutelado de una manera terminante y categórica, existen *datos* en nuestro Código civil para *integrar* los preceptos citados, llegando a tal conclusión, cual es el artículo 295, *integración* que será posible siempre que demos demos que el protutor *forma parte* del Consejo de Familia. Comienza con la idea de que el Código civil considera al Consejo de Familia como el instrumento general de la tutela; sigue con nuestro Derecho histórico, en que el «Consejo de Parientes» concurre con la autoridad judicial a la suprema ordenación de la tutela, con claros entronques con el Derecho germánico, a modo de «supertutela», concluyendo que el citado Consejo es «una asamblea de parientes *que integra orgánica y corporativamente* a todas las personas a quienes se encomienda el ejercicio de poderes tutelares, bien de gestión directa y representación, bien de fiscalización y de vigilancia»: en tal sentido, tanto el tutor como el protutor son miembros *natos* del Consejo de Familia, se encuentran en él integrados y actúan a él sometidos jurídicamente y por delegación suya; dadas las facultades del protutor de *convocar* al Consejo y de *asistir* a él, parece que no puede haber duda alguna respecto a la *aplicabilidad* al mismo de los artículos 294 y 295 del Código civil en orden a la *composición* del Consejo.

— Motivo tercero: Basado en infracción de Ley, por interpretación errónea, del artículo 235 del Código civil: visto ya en el motivo anterior cómo el protutor, al ser considerado como miembro del Consejo de Familia, debe ser aplicable al mismo lo dispuesto en los artículos 294 y 295 del Código civil sobre parentesco y proximidad de grado. Las deudas que pudieran existir en la interpretación del Código napoleónico—modelo del nuestro, y especialmente en esta materia—han quedado totalmente aclaradas con la Reforma de dicho Código por Ley de 14 de diciembre de 1964 (art. 420), ya que ahora queda perfectamente claro que el protutor es miembro del Consejo de Familia y que los miembros del Consejo de Familia se eligen por el principio de la proximidad de grado. Además, cuando el artículo 235 del Código civil dice que... está *presuponiendo* que el nombramiento de protutor recaerá en pariente del sometido a tutela, pues de otra suerte el precepto carece por completo de sentido: *es cierto* que dicho artículo—en esto tiene razón la Audiencia—contiene una *restricción*, pero *no es cierto*—en esto yerra la Audiencia—que tal artículo contenga *únicamente* dicha restricción, ya que tal restricción e incompatibilidad *presupone* una premisa de orden afirmativo cual la de que el protutor ha de ser *también* pariente y pariente próximo.

— Motivo cuarto: Basado en infracción de Ley, por interpretación errónea de la doctrina legal pertinente (sentencias de 10 de abril de 1905, de 6 de abril de 1916, de 17 de junio de 1943, de 5 de marzo de 1947, de 2 de julio de 1953,

de 3 de julio de 1954 y de 28 de abril de 1965), al entender la Audiencia que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sentado el principio de *autonomía* del Consejo de Familia: cuando *parece mucho más cierto* sostener—como ya hizo el Tribunal Supremo en las sentencias citadas—que la *tutela* como institución no se encuentra integrada sólo por el tutor, el protutor y el Consejo de Familia, sino que *está también integrada por la Autoridad Judicial*, y que «a dicha Autoridad compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses de los menores o incapacitados». Todo lo cual destruye la *premisa* de la resolución recurrida (plena autonomía del Consejo de Familia y no ingerencia de la Autoridad Judicial) y viene a confirmar el criterio sustentado ya por el Juzgado de Primera Instancia, órgano también de la tutela.

— Motivo quinto: Basado en infracción de Ley, por interpretación errónea, de los artículos 233 y 235 del Código civil y del principio *emolumentum successionis, onus tutelae* consagrado por sentencia de 17 de junio de 1943: la Ley *prefiere* para los cargos tutelares a las mismas personas que en su momento han de estar llamadas a la sucesión intestada, entendiendo que su acción será mucho más eficaz de esta manera, es decir, si concurre el acicate de una sucesión en perspectiva, pues en definitiva de este modo gestionan un interés que en cierto modo es ya un interés propio. Esta *idea, inspirada* en el principio del carácter familiar del patrimonio, luce a lo largo de todo nuestro Código civil (art. 295, citado), inspiró en su día los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1.836, 1.838 y 1.850), y es la que preside las reglas relativas al nombramiento de representantes de los ausentes que pueden utilizarse por analogía. Todo lo cual conduce una vez más a la *conclusión* de que para el desempeño de los cargos tutelares en general, y en particular para el nombramiento de *protutor*, la persona ligada al tutelado por vínculos de parentesco debe ser preferida al extraño y el pariente de grado más próximo debe ser preferido al de grado más remoto.

— El Tribunal Supremo rechaza el recurso, sentando esta doctrina:

VISTO siendo Ponente el Registrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenza.

Considerando: Que el Código civil regula con gran escrupulosidad y detalle toda la organización que establece para la guardia de la persona y bienes o solamente de los bienes de los menores o incapacitados, dada la trascendencia y la función eminentemente social y estatal de salvaguardar los intereses de todos aquellos que no pueden regirse por sí mismo, evitando los graves riesgos que su falta de plena capacidad entraña, por lo que organiza, no una mera administración, sino tres órganos rectores constituidos por el Consejo de Familia, el tutor y el protutor; y como del estudio de sus disposiciones se desprende que así como el señalar quénes deben componer el Consejo de Familia, en su artículo 294, terminantemente establece que «eran los parientes más próximos del menor o incapacitado», y sólo cuando no hay número suficiente de estos admite a personas extrañas, y lo mismo sucede al designar la persona del tutor en sus artículos 211, 220, 227 y 230; en cambio, *cuando regula la institución del protutor, en su norma 233, se limita a facultar al Consejo de Familia para su designación, sin tacha ni exigencia alguna respecto a que haya necesariamente de recaer en pariente del menor e incapacitado,*

como consecuencia lógica de la función que debe desempeñar, que consiste en vigilar y fiscalizar al tutor como delegado del Consejo, y su nombramiento debe recaer en persona de su absoluta confianza y que reúna condiciones de actividad y capacidad suficiente, que no siempre tendrán los Vocales, sea o no pariente del sujeto a tutela: resulta evidente que, aun cuando la institución tutelar está basada en los lazos familiares, por ser los parientes los más obligados a velar por los derechos e intereses de los tutelares y los que por los vínculos de sangre deben hacerlo con mayor atención y efecto, se exceptúa al protutor por la índole de su función y no cabe achacar a omisión del requisito del parentesco en el Código cuando con tanta minuciosidad reguía esta materia.

Considerando: Que, sentada la anterior doctrina, *perecen los cinco motivos articulados en el recurso, todos por el cauce del número primero del artículo 1.900 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ya que si bien el artículo 235 del Código establece que «el cargo de protutor no puede recaer en pariente de la misma línea del tutor», ello no es más que una incompatibilidad para el supuesto admitido de que el protutor es pariente; y tampoco es óbice lo dispuesto en el artículo 295, que señala una prelación para formar el Consejo de Familia, en el que no está incluido el protutor, ni la prohibición de formar en el Consejo que señala el 299; ni se opone a la doctrina de la sentencia de esta Sala que cita, que señala además como órgano de la tutela en determinados casos el Juez de Primera Instancia, que en nada se opone a lo expuesto; ni tampoco las disposiciones del Código francés, que en su día significó un antecedente del nuestro, en cuanto que no rige en España y contiene un precepto claro que no se transcribe en el español; y por último, porque el derecho expectante de heredar a los incapacitados, puesto que está garantizado (dije, garantizado) con la inclusión en el Consejo de los parientes más próximos, que, para serlo, son presuntos herederos.*

Comentario: I. El protutor. Parece no existe la menor duda de que la institución del protutor está tomada del Derecho francés, tanto en su concepto como en su característica esencial de órgano de fiscalización. En lo que están de acuerdo todos los autores.

No creo oportuno reiterar aquí las consabidas afirmaciones de la doctrina en orden a la naturaleza y funciones de este cargo tutelar. Lo que no deja de ser curioso es la brevedad y concisión con que casi todos nuestros más renombrados civilistas despachan la figura: apenas un breve exordio sobre sus antecedentes, seguido de la exposición simple—sin apenas comentarios—de los preceptos relativos del Código civil.

De lo expuesto cabe exceptuar la excelente monografía de mi ilustre compañero, notario que fue de Barcelona, ESCOBAR DE LA RIVA (3), en que se abordan con singulares brillantez y profundidad los distintos aspectos de esta figura, pieza indispensable en toda tutela. Saliéndose un tanto de los tópicos acerca de la institución, afirma ESCOBAR DE LA RIVA (4), que su función no se circunscribe a la mera fiscalización, sino que «participa en la complejidad de nuestro sistema de tutela. El protutor debe velar por la integridad del organismo tutelar, promoviendo la reunión de Consejo de Familia para el nombramiento de nuevo tutor, cuando la tutela quede vacante o abandonada (art. 236-4)... Y

(3) *La tutela*, ed RDP, Madrid, 1943, 255 págs.

(4) *Op. cit.*, pág. 61.

la protutela *trasciende* a la gestión tutelar, considerada en la totalidad de su contenido, en cuanto puede alzarse—conforme al art. 310 del Código civil—de los acuerdos del Consejo de Familia. El protutor vigila, pues, incluso la actuación de este órgano *superior* de la tutela y fiscaliza sus acuerdos».

Estas notables precisiones acerca de la portutela me han parecido de una gran trascendencia, por lo que de novedad tienen respecto de lo que comúnmente suele decirse acerca de la figura y por la especial repercusión en el litigio, como luego se dirá.

II. *Cuestión previa de la intervención judicial en la tutela.* Traigo a este lugar la conocida cuestión, porque evidentemente, condiciona las afirmaciones que pudieran hacerse sobre el nombramiento del protutor: así se hace en la resolución de la Audiencia recurrida, para fundamentar su decisión, afirmando la supremacía del principio de tutela «de familia» y rechazando la ingerencia del Juzgado de Primera Instancia en la constitución, nombramiento y posterior *desenvolvimiento* (5) de los cargos tutelares.

La invención del principio de tutela «de familia» como uno de los principios fundamentales de la regulación introducida por el Código respecto de la tutela, es muy típica de la dogmática jurídica. Pero una cosa es el fijar un pretendido principio *a priori*, y otra cosa, es deducir consecuencias distintas del articulado del Código civil en su *desenvolvimiento* de la institución tutelar. Por ello ns dice, con argumentación que comparto, el citado ESCOBAR DE LA RIVA (6) que «no parece, sin embargo, que el expresado Cuerpo legal, al desarrollar dicho sistema, haya relegado a la Autoridad judicial al extremo de perder ésta toda posibilidad de ser considerada como órgano tutelar, aunque no tenga la misma condición desde el punto de vista constitutivo de la tutela que los otros tres integrantes de ella, pues en realidad son las *funciones* que le quepan en la misma las que verdaderamente deben decidir, afirmativa o negativamente, sobre su carácter como órgano tutelar». Cuyas funciones, dice dicho autor, se e atribuyen explícitamente por la Ley con carácter importantísimo y a fondo dentro de la vida tutelar. Bastaría este simple hecho atributivo para ver a la Autoridad judicial colocada de lleno *dentro* del ejercicio de la tutela.

Precisamente a nuestra Jurisprudencia se debe la meritoria labor de haber sabido *caracterizar* al principio de tutela familiar, dándole los *desenvolvimientos* adecuados a los fines de aquélla, evitando los estragos que el exceso de autonomismo familiar en al materia podría fácilmente producir: en el sentido indicado, ESCOBAR (7), y en términos muy similares LACRUZ-SANCHO (8).

Prácticamente, por tanto, nuestro sistema se inclina visiblemente hacia la llamada tutela «de autoridad», lo que es doctrina casi general en los últimos años: así, GONZÁLEZ-ALEGRE (9), y la doctrina que resumidamente recoge CASTÁN (10).

A la vista de todo ello, parece en verdad discutible la posición de la Audiencia negando la ingerencia judicial en la tutela y su desarrollo, vistas la impor-

(5) El subrayado es mío.

(6) Op cit., págs. 17 y sigs.

(7) V op cit., pág. 20.

(8) *Derecho de familia*, Bosch, 1966, pág. 490.

(9) *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, Teruel, 1956, págs. 176 y siguientes.

(10) *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, 7.ª ed., 1958, páginas 264 y sigs.

tancia y carácter esencial de la intervención del Juez de Primera Instancia. Curiosamente, en el caso de autos, el Juez de Instancia lo era de la localidad donde residían los pupilos, tutor, Vocales del Consejo de Familia, etc, es decir, *conocía perfectamente* la realidad «ambiental» y las necesidades e intereses a proteger.

III. Nombramiento de protutor dativo.—Antes dije que es sumaria la exposición que los autores hacen del tema del protutor; un palpable ejemplo de ello nos lo ofrece el punto aquí aludido, en orden al nombramiento de protutor dativo, en el que se citan, sin más, los artículos 233 y siguientes.

El que el nombramiento de protutor se haga por el Consejo de Familia no parece que deba implicar que el protutor sea un *mandatario* de dicho Consejo —así, en las Consideraciones de la sentencia de la Audiencia (11) y en LACRUZ-SANCHO (12)—, ya que para llegar a esta proposición habría que partir de la *función* que le está encomendada y de los principios reguladores de la misma. Todo lo cual nos lleva a la idea simple de que la función tiene un contenido preordenado en la Ley, con alcance, incluso, de revisión de la actuación del propio Consejo, y cuyos principios inspiradores no son los del mandato ni los de la representación (13).

El punto referente al *nombramiento* de protutor dativo es el nudo gordiano del caso de autos, dada la inevitable aplicación del artículo 235 del Código civil. Verdaderamente la redacción del precepto es muy poco afortunada, pero es que, además, la poca atención prestada al mismo por la doctrina ha contribuido a su aparente oscuridad. Ya sabemos que la institución del protutor, tomada del Derecho consuetudinario francés, es extraña a nuestro Derecho; para mayor confusión, la escueta y poco clara regulación parece que está tomada del primitivo Código portugués. Ante esta clarísima exposición de los *antecedentes* y del *cómo* de la regulación legal, parece obvio cuando menos que el recurso al *candón* interpretativo histórico—en los casos de duda o de pareceres contrapuestos—tendrá también que extenderse a las normativas extranjeras de las que nuestros legisladores tomaron la figura. Volviendo a nuestro supuesto, de la regulación legal interesa *aquí y ahora* estudiar el citado artículo 235, del que la doctrina usual, sin grandes alardes imaginativos, dice que contiene una *limitación*: lo que la doctrina *no dice* es que el precepto necesita ser interpretado, e integrado en su caso, dada su evidente oscuridad.

De la necesidad de *interpretar* el artículo 235 del Código civil ya se daba cuenta el ya citado ESCOBAR (14), que emplea los cánones o elementos literal y lógico.

Por tanto, parece que el artículo 235 del Código civil debiera ser interpretado e integrado del siguiente modo: 1. *Canón literal*: Se emplea la palabra *aparar* a todo pariente del tutor, lo que evidencia la omisión del factor necesario para dar sentido a dicho artículo: el que se expresa con la palabra *pupilo*. O, lo que es lo mismo, que no puede ser designado protutor *quien sea pariente del tutor y del pupilo por la misma línea*. En este sentido, ESCOBAR (opuscúlo et

(11) Pueden verse en el resumen que hago en los Antecedentes.

(12) Op. cit., pág. 507.

(13) V. por todos, Díez-Picazo: *El concepto jurídico de representación en el Derecho privado*, «en Anales de la Academia Matritense del Notariado tomo XVI, 1968, págs 135 y sigs. En dicha Conferencia claramente indica cómo el *agere nomine alieno*, *per se*, no es sinónimo de representación.

(14) V. op. cit., pág. 60.

locución cit. ultime), quien sigue diciendo—lo que es muy interesante a los efectos de aplicabilidad al caso de autos—: aplicando la regla: si entre ambos existiese vínculo de parentesco por línea de varón, no podrá ser protutor el pariente de uno y de otro por dicha línea, de modo que ..., si A es tutor de su hermano, no podrá ser protutor ningún pariente consanguíneo de A, porque al mismo tiempo habría de serlo del pupilo, necesariamente, en línea común a ambos. 2) *Canon lógico*: dicho precepto tan sólo menciona expresamente dos términos personales (el tutor y el protutor), y con ello hubiera bastado para penetrar su sentido si el pensamiento del Código fuera prohibir que actuase de protutor *ningún* pariente del tutor; parece indudable que así hubiera dicho, máxime tratándose de una decisión tan categórica y sencilla de expresar en palabras, que no hay confusión posible. Pero no parece *lógico* que, dado el sistema de tutela «de familia» adoptado por el Código, éste haya pensado en una solución tan radical como la indicada, si lo pretendido por el Código es que el fiscalizador (protutor) se halle en adecuada situación de independencia respecto al fiscalizado (tutor), pueden originarse resultados contrarios a los perseguidos si se aparta por completo de la protutela a la familia del tutor, que puede serlo al mismo tiempo del pupilo; y si para ordenar los llamamientos a tutoría y al Consejo de Familia se han tenido en cuenta vínculos familiares que lo son presuntiva y fundadamente *de interés* por el pupilo, *no parecería lógico* que, al establecer la *incapacidad* para la protutela en el 235, lo hubiera hecho tan radicalmente que excluyera toda posibilidad de que pasase a desempeñarla quien —por razón de parentesco con el pupilo (aunque al tiempo lo fuera del tutor— deba presumirse inspirado en el mismo interés y afecto por aquél, que este último. 3) *Canon Histórico*: las oportunas referencias históricas contenidas en el motivo segundo del recurso demuestran con gran claridad y sin forzar la argumentación lo más mínimo la gran raigambre histórica de nuestras «Asambleas de Parientes», de las que son miembros natos tanto tutor como protutor en su actual forma de «Consejo de Familia», y si al Consejo son preferentemente llamados los más próximos parientes de pupilo (arts. 294 y 295 del Código civil) —como ya decía ESCOBAR, según lo anteriormente dicho—, parece incuestionable la aplicación de esta regla al llamamiento del protutor. Ahora bien, si se considera excesiva o forzada la precedente argumentación del recurso, por indebida generalización de indicios singulares extraídos de nuestros Cuerpos jurídicos antiguos, siempre tendremos que tanto *la institución en sí* de la protutela como su poco expresiva *regulación legal* nos son extrañas e importadas de otros Ordenamientos; por lo que las normativas de éstos—bien originales, bien las sucesivas por reforma— *pueden y deben* ser aprovechadas por el intérprete. Entonces nos encontramos con que tanto el Código francés (del que se importó la institución) como el portugués (del que se tomó la regulación) han sufrido importantes reformas; así, en el *Código francés* se sustituye la primitiva redacción del articulado correspondiente por Ley número 64-1.230 de 14 de diciembre de 1964 modificadora de la tutela y de la emancipación: a la redacción del artículo 423 («... le quel sera pris, hors le cas de frères germains, dans selles des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point») sucede la más simple de «si le tuteur n'est parent ou allié du mineur que dans une ligne, le subrogé tuteur est pris, autant que possible, dans l'autre ligne». Por su parte, el novísimo *Código portugués*, aprobado por Decreto-Ley número 47.344 (artículo 1.º), en su artículo 1.955-2.º establece que «O protutor deve representar a linha de parentesco diverso da do tutor, fijando en el apartado siguiente la *incapacidad* para serlo si *perteneciere a la misma línea de parentesco o no per-*

teneri a ninguna de ellas. En consecuencia, tanto en la reforma francesa como en la portuguesa se *presupone* que el protutor es pariente próximo del pupilo. 4) *Canon sistemático o de la totalidad*: cuando acude a la interpretación sistemática en una institución, lo que se trata de obtener es llegar a las consecuencias últimas de la unidad lógica de tal institución, evitando, por ejemplo, aquellos aspectos contradictorios de su regulación legal. A este importante medio interpretativo se acudia en los motivos segundo y tercero del recurso, cuya perfección técnica es irreproachable. Porque no puede haber duda alguna de la peculiaridad de las *relaciones* entre tutor y protutor con el Consejo de Familia (convocarlo, asistir a sus reuniones, ejecutar acuerdos, etc.), que tan sólo pueden entenderse si se parte de que son *Miembros natos* de dicho Consejo, a los que deben aplicarse los artículos 294 y 295 del Código civil. A este resultado se llega con una verdadera *integración* de los artículos del Código civil relativos a los cargos tutelares, resultado que no puede calificarse de descabellado ni absurdo cuando los Ordenamientos que sirvieran de modelo al nuestro—antes citados, con sus Reformas—, precisamente lo *disponen expresamente*: así, el nuevo artículo 420 del Código francés dispone en su apartado primero, que «dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille parmi ses membres»—concordante con el nuevo 407 «le conseil de famille est composé de quatre à six membres, y compté le subrogé tuteur»—; por su parte, el nuevo Código portugués, en el apartado primero del citado artículo 1.955 dice claramente «A fiscalização da accção do tutor é exercida com caracter permanente por um dos vogais do conselho de familia, denominado protutor». 5) *Canon finalista o sociológico*: Es también interesante acudir a este medio interpretativo, que nos indica el *para qué* de una institución, y que atiende el inevitable sustrato sociológico, el *interés protegido*. Tanto uno como otro nos están diciendo que el instituto de la tutela lo ha previsto la Ley para proteger los intereses del pupilo. Es por ello por lo que los *llamamientos* a los cargos tutelares se hacen, atendiendo al principio «emolumentum successionis, onus autelae», conforme al principio de la proximidad en el parentesco. *Presuntivamente*, los más próximos parientes parece que cuidarán mejor que otros la persona y bienes del pupilo.

Resultados obtenidos con la interpretación, o integración, propuesta para el artículo 235 del Código civil: que la referencia a «línea» es a la misma del tutor y del pupilo; que no parece lógico se excluya totalmente a quien sea pariente del pupilo y también del tutor; que similares conclusiones se obtienen del examen de los Códigos Francés y Portugués, modelos del nuestro; que el protutor es miembro nato del Consejo de Familia; que el interés del pupilo impone la preferencia del principio de proximidad de grado para los llamamientos tutelares, incluso el protutor.

IV) *Confrontación con el supuesto de hecho y conclusiones parciales*—Recapitulando las *conclusiones* obtenidas tras las precedentes consideraciones, podemos decir: 1) Que parece incuestionable la injerencia de la Autoridad judicial en la constitución, nombramiento y desenvolvimiento posterior de los cargos tutelares; 2) El protutor trasciende a la gestión tutelar, considerada en la totalidad de su contenido; 3) El protutor *no* es un mandatario del Consejo de Familia; 4) El artículo 235 del Código civil debe ser integrado, en el sentido indicado de que *presupone* el parentesco del protutor con tutor y pupilo; 5) Que, en consecuencia, el protutor es miembro nato del Consejo de Familia, y su nombramiento debe hacerse conforme a la proximidad de.

grado con el pupilo; 6) Que las normas de los Códigos francés y portugués deben marcar la pauta para una futura revisión legal de esta norma; 7) Que en la tutela, el interés jurídicamente a proteger es el del pupilo.

Si confrontamos detenidamente los resultados obtenidos—con nuestra modesta investigación—respecto de los datos *de hecho* que se nos suministran en los Antecedentes de la Sentencia, tendremos: 1) Que el Juez de Primera Instancia, que lo era de la localidad de residencia de pupilos, tutor, etc., era perfectamente conocedor de la realidad «in situ»; 2) Que «de facto», la tutela era ejercida por el grupo familiar constituido por los hijos (y allegados) del primer tutor, don Amalio, no sólo en cuanto al cargo de tutor, sino también en orden a los Vocales del Consejo; 3) Que el protutor *nombrado* por el Consejo de Familia—don F—, era persona allegada a la familia del tutor y pariente lejano de los sujetos a tutela; 4) Que el demandante, don I, era hijo de la segunda tutora, también hermana de los incapaces, con idéntico parentesco—sobrino carnal de los incapaces—que el tutor y su familia.

Como *consecuencias* de esta confrontación, puede fácilmente advertirse: a) Que el nombramiento de don F, como protutor implicaba una *presumible* falta de fiscalización de las actividades del tutor y del Consejo de Familia; b) Que la *función* del protutor, en el caso, era especialmente trascendente, dadas la composición del Consejo de Familia y las peculiaridades del supuesto; c) Que al demandante don I, *no* le afectaba el artículo 235 del Código civil, por ser de *distinta línea* a la de tutor y pupilos; d) Que el demandante don I. era pariente más próximo en grado a los pupilos, por lo que debía ser *preferido* a don F.; e) Que los intereses de los pupilos *parecían*, en principio, mejor protegidos con el nombramiento de don I, máxime dada la estructura «monolítica» de los restantes órganos tutelares. Todas estas observaciones fueron perfectamente *advertidas* por el Juez de Primera Instancia, que sancionó la nulidad de los nombramientos de protutor y de uno de los Vocales del Consejo; cuya *decisión*, en buena lógica, podía y debía tomarse como *determinación* atinente a la mejor defensa y provecho de los intereses de los pupilos.

V) *Examen de la sentencia del Tribunal Supremo.*—De una detenida lectura de los Considerandos de la Sentencia, cual doctrina a enmarcar en el instituto de la protutela, se desprende la evidencia de lo poco afortunadas de la decisión y de su fundamentación.

La exposición efectuada en el Considerando *primero* no pasa de ser un «obiter dictum», que además envuelve una petición de principio, ya que entiende resuelta la *cuestión* relativa a la regulación de la protutela «por la minuciosidad con que se regula la materia». Sin embargo, a poco que se profundice en el instituto y su regulación legal, se observan graves deficiencias en la regulación (15), quizá como efecto de un rápido trasplante del tal instituto a nuestro Derecho con idéntica normativa que la del Código de que se importó.

Pero, aun dando por buenos el razonamiento generalizador contenido en el primero de los Considerandos, habría que cotejarlo con los datos de hecho del caso de autos: y de tal cotejo, que lleva necesaria y lógicamente a *anteponer a todo* el interés de los pupilos, se desprende que el interés de los

(15) Ya lo observaba ISABAL: V. voz «Protutor», en *Enciclopedia Jurídica*. Setx.

pupilos quedará mejor protegido si don I.—actor— era el designado protutor. En orden al *fondo* del litigio, la *equidad* lleva a esta solución.

Si, prescindiendo del fondo, nos atenemos a la *forma* del caso, tampoco cabe aceptar la decisión del Alto Tribunal. Porque—dejando a un lado la discutible validez y oportunidad de las generalizaciones, incursas de lleno en lo que en lógica se llama «sofisma de falsa generalización» el principio general sentado en el primer Considerando, demostrado que el artículo 235 del Código civil es todo menos claro, parecía conveniente cuando menos examinar con cierto detalle y atención los distintos medios de interpretación posible, lo que hacia el recurrente. Al no hacerlo así, no cabe ninguna conexión lógica entre aquella regla general y las sistemáticas negaciones que se contienen en el segundo y último de los Considerandos; negaciones éstas de plano y sin demasiados pormenores, que creo de poca trascendencia: «el artículo 235 no es más que una incompatibilidad», «el artículo 235 señala una prelación», «ni tampoco las disposiciones del Código Francés. , en cuanto que no rige en España»—sic—...

Si *formalmente* la resolución es poco lógica e insatisfactoria. Si *materialmente*, en cuanto al fondo, lleva a resultados rechazables por atentar al principio general de la tutela de protección de interés del pupilo. Si la decisión *no* se basa en la equidad. Podemos preguntarnos: ¿cuál ha sido la *verdadera* «ratio decidendi» del litigio?

En vista de todo lo anteriormente expuesto y de estas breves anotaciones a la decisión en sí, no parece muy arriesgado aticipar que el valor de esta sentencia como *precedente* puede ser mínimo.

La inevitable *conclusión* a que se llega es de que es necesaria la *integración* del artículo 235 del Código civil con los distintos cánones hemenéuticos, quedando *en pie* sin resolver adecuadamente la cuestión de si para nombrar protutor dativo debe ser preferente el pariente de grado más próximo. La solución dada por el Tribunal Supremo no me parece adecuada, por lo expuesto en estos *comentarios*: la solución contraria, sostenida en el recurso me parece más equitativa, sobre todo en el litigio contemplado.

Con todo el profundo respeto a nuestro Alto Tribunal, creo que el criterio sentado en la sentencia no debe ser continuado y que la norma del 235 del Código civil debería ser reformada por el legislador cuando ello sea oportuno. Esta es mi opinión que, naturalmente, puede desvirtuarse por otra mucho mejor que la mía.

J. C. G.

V. SUCESIONES

COMUNIDAD HEREDITARIA. Herederos de doña F. M. M. contra «Empresa San H., S. L.» (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1969).

Reitera la doctrina de que cualquiera de los partícipes pueden comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, y cualquiera de los herederos puede ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al difunto.

FIDUCIA SUCESORIA ORDENADA EN CAPITULACIONES ALTOARAGONESAS. PRINCIPIO «STANDUM EST CHARTAE». COSTUMBRE FORAL. Artículos 29 y 58 del Apéndice foral aragonés, 1.281, 1.282, 1.287 y 1.301 del Código civil (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1969)

Dispuesto en capitulaciones altoaragonesas, que, para el caso de morir ambos cónyuges con descendencia sin haber dispuesto de sus bienes, lo harán en su nombre un pariente consanguíneo más cercano de cada uno, y el señor cura párroco, por unanimidad o mayoría, es nula de pleno derecho la designación de heredero, hecha a falta de uno de los llamados a intervenir, cuyas facultades son personalísimas y no delegables.

La costumbre, a efectos de casación, es una pura cuestión de hecho que es necesario probar.

El artículo 1.301 del Código civil se refiere a la anulabilidad, no a la nulidad absoluta cuya acción es imprescriptible.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Barbastro, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden los hechos litigiosos:

Que la cuestión de fondo propiamente dicha a que se refiere el recurso, arranca de las referidas capitulaciones matrimoniales hechas el 23 de marzo de 1968, a la usanza del Alto Aragón y al amparo de su Derecho privativo, en las que después de determinar el régimen jurídico del matrimonio desde el punto de vista patrimonial, se preceptuaba acerca de la sucesión *mortis causa* de los contrayentes, diciéndose en el pacto cuarto que «...si alguno de dichos futuros cónyuges falleciese dejando sucesión y sin disponer de sus bienes, dispondrá en nombre del que así muera el que de ambos sobreviva con un pariente consanguíneo más cercano de cada uno; y si los dos fallecieren sin disponer de sus bienes dejando sucesión, dispondrán en su nombre sus citados parientes y el señor Cura, que lo sea de la Puebla de Mon, juntos o en su mayoría en ambos casos y para el objeto de nombrar herederos al hijo o hija del contrayente que considere mas conveniente para la casa y familia...», cláusula ésta cuya ejecución y cumplimiento tuvo lugar cincuenta años más tarde y exactamente con la escritura de capítulos matrimoniales de una de las hijas de los dichos otorgantes —que es precisamente la que ahora aparece como recurrente— el día 17 de diciembre de 1958 a cuyo favor se hizo la institución de heredero al darse el segundo de los supuestos que aquella contemplaba, o sea, el de que ambos esposos falleciesen con sucesión, pero sin haber dispuesto ninguno de ellos, de sus bienes, institución y consiguientes capitulaciones que fueron impugnadas a través del correspondiente juicio declarativo, en razón a que en el acto de otorgamiento referido, no intervino pariente alguno de la rama de la madre, porque aquel a quien correspondía renunció a ello expresamente, concurriendo tan sólo el Cura párroco ya citado y un pariente de la parte de la madre, que sin embargo tenía un hermano mayor que él en edad, argumentos impugnatorios que no triunfaron en primera instancia, pero que prosperaron completamente en la apelación interpuesta en la forma que contiene la sentencia recurrida.

Que como fácilmente puede deducirse, los problemas que plantea la indicada cuestión de fondo son fundamentalmente dos: Uno, primero, consistente en saber si para llevar a cabo la designación de heredero por los fiduciarios establecidos, era preciso que interviniesen los tres que decía la escritura inicial, o bastaba por el contrario, con la presencia de una simple mayoría; y otro, segundo, relativo a si al hablarse del pariente consanguíneo más cercano se quiere aludir a cualquiera que estuviese en el mismo grado de parentesco o dentro de este, caso de existir varios, debería entenderse llamado el de más edad: problemas ambos de estricta hermenéutica contractual, conducente a averiguar la verdadera voluntad de los instituyentes que gozaban de plena libertad de manifestación al respecto en el Derecho Aragonés en la época en que se realiza, en virtud del clásico principio *Standum est chartae*, que después se mantuvo para esta materia en el artículo 29 de Apéndice foral de 1925 donde aquella libertad no tiene en realidad otros límites que los relativos a los derechos atribuidos con carácter forzoso por la Ley y los que el propio testador establezcan, siempre que no sean imposibles ni contrarios al Derecho natural y que ha llegado también a la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, según se desprende del contenido del título cuarto de su libro segundo; interpretación que necesariamente habrá de efectuarse utilizando las reglas establecidas en el Código civil, en especial las del artículo 1.281, que tiene carácter previo y preclusivo respecto de los siguientes preceptos, ya que si el tenor literal es claro y no ofrece dudas sobre la intención de los contratantes, se deberá estar al mismo sin que el empleo del procedimiento del artículo 1.282—que el recurrente cita como infringido, aunque no expresó el concepto de la infracción—pueda tener lugar en primera línea, puesto que está establecido sólo para «juzgar de la intención» si ésta no es indubitada, como tampoco puede serlo el del 1.287—también alegado por el escrito de recurso con idéntico defecto procesal que el anterior—, salvo en el caso a que el mismo se refiere, de que existan ambigüedades que haya que interpretar.

Que en el presente supuesto y según puso de relieve la sentencia recurrida, los términos del discutido pacto de 1908, son claros y terminantes en relación con los dos puntos antes relatados expresando, sin duda del menor género, la auténtica voluntad de los que la otorgaron y ello es así porque si de un lado se dice que, dándose los requisitos que allí se mencionan—fallecimiento de los testadores con sucesión y sin haber dispuesto de sus bienes—habrán de ser un pariente consanguíneo por cada rama familiar y el cura párroco del lugar los que dispondrán acerca de la designación de heredero, es incuestionable que se está indicando que serán estas tres personas quienes tendrán que decidir, decisión que se permite, que sea por junto—es decir, por unanimidad—o por mayoría, pero siempre en relación con la intervención de los tres, pues no se habla de asistencia, sino de disposición, en contra de lo cual va abiertamente la idea de una simple concurrencia de dos de los designados, cual en este caso sucedió, y pretende justificar el recurrente, porque nunca habrán podido estar en condiciones de disponer por mayoría si son sólo dos los intervinientes, interpretación literal que se confirma con la teleológica, habida cuenta de la materia a tratar por aquellas personas designadas y el carácter de fiduciarios que se les atribuye a modo de personas de confianza que imprimen al nombramiento un sello personalísimo ajeno por completo a la posibilidad de delegación o sustitución en la representación concedida; del mismo modo que el resto de los llamamientos, en el sentido de que lo fuesen los parientes consanguíneos más cercanos de cada uno no puede significar

nunca que pueden serlo cualquiera de los más cercanos indistinta o indiscriminadamente, sino sólo uno de ellos, con rigurosa evitación de una posible concurrencia de varios, con el inevitable problema de la competencia personal de cada uno de ellos, que no puede ser interpretado, sino en el sentido de que tendrá que ser el más cercano entre todos prefiriéndose al de más edad si existen dos o más que lo sean del mismo grado a la manera como utilizando el medio del artículo 1.287 del Código civil, antes mencionado constató el Tribunal *a quo* recordando que ese mismo fue el criterio tenido en cuenta por la antigua costumbre aragonesa de que se hizo eco, después el Proyecto de Apéndice foral de FRANCO y LÓPEZ, recogiendo una doctrina y práctica que han llegado inalteradas a la actual Compilación de 1967 en cuyo artículo 20 se dice que para la formación de la Junta de Parientes allí preceptuada se preferirá «... en igualdad de grado al varón y en igualdad de sexo, el de más edad...», lo que demuestra que la interpretación efectuada por el Tribunal *a quo*, lejos de ser absurda, ilógica o incorrecta, es perfectamente ajustada a razón y debe predominar por encima de la que arbitrariamente lleva a cabo el recurrente.

Que con otra parte, la argumentación de quien ahora recurre es por sí misma inconsistente, porque al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que se ha violado en la sentencia que impugna, por no aplicación, la costumbre de la Comarca de Benabarre Graus y Pueblos de Mon y pueblos próximos a la misma, referente a la designación de heredero en la forma que aparece en el acto jurídico objeto de interpretación, extendiéndose después en largos alegatos tendentes a demostrar la vigencia de la susodicha costumbre, que dice ha sido inaplicable por el Tribunal *a quo* al que seguidamente denuncia también por infringir en diversos conceptos unas veces y otras abstractamente sin la necesaria especificación de estos, en contra de lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento y esta Sala ha tenido buen cuidado en exigir con puntualidad tanto de Derecho aragonés como del general contenido en el Código civil, todo ello de una manera confusa e imprecisa, que además desconoce el papel que los usos y costumbres juegan en esta materia: en primer lugar, porque existen con plena vigencia la costumbre que alega, cosa que nunca negó, sino que expresamente ratificó la sentencia recurrida, nunca podía ser la norma a que estaba sometida este tipo de sucesión, en el que campeaba—según ha quedado expuesto—la autonomía de la voluntad individual, sirviendo únicamente para aclarar las cláusulas del contrato o acto jurídico, si no fuesen claros y concluyentes; y en segundo término porque como tiene proclamado la reiterada doctrina de esta Sala especialmente contenida en las sentencias de 12 de marzo de 1912, 13 de febrero de 1917 y 24 de marzo de 1947, entre otras muchas, la costumbre a estos efectos es una pura cuestión de hecho, que es necesario probar, y consiguientemente su alegación en este trámite impugnatorio de la apreciación del Tribunal de instancia sólo es posible a través del cauce adecuado en casación del número 7 del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, todo lo cual conduce al mantenimiento de la afirmación de la sentencia recurrida de que es nulo de pleno Derecho al faltar el consentimiento de todas las personas que debían haber intervenido en su otorgamiento, al acto de designación de heredero y, consiguiente capitulación matrimonial de 17 de diciembre de 1958, en cuanto que falta en el mismo el requisito exigido con carácter genérico para toda forma contractual en el número primero del artículo 1.261 del Código civil, lo que conduce a la desestimación de este motivo del recurso.

Que los fundamentos jurídicos que preceden no pueden ser desvirtuados con los alegatos que se hacen en los motivos tercero y cuarto, donde en ambos casos por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se denuncia respectivamente error de derecho y de hecho, pretendiendo apoyar el primero en la supuesta violación de los artículos 1.218 y 1.248 del Código civil, en torno de la renuncia escriturada y su consiguiente ratificación testifical del fiduciario que no quiso o no pudo intervenir en el acto de designación de heredero de 1958 sin tener en cuenta que el Tribunal *a quo*—al margen de su libre discreción para apreciar la prueba de testigos y de que los documentos dan fe de lo que dicen externamente, pero no acreditan sin más la veracidad de su contenido—no ha negado ni por un instante que aquella renuncia existiese y fuese cierta o indubitada, pues lo único que sostuvo—con pleno acierto, por supuesto—fue el que precisamente por ello, no asistieron al acto celebrado todos aquellos que tenían que haberlo hecho y además que, dada la índole del acto, aquel renunciante no estaba ni podía estar en condiciones legales de delegar en nadie sus privativas funciones, como trató de efectuar y el recurrente pretende respaldar; mientras que el segundo, quíerese justificar con los mismos elementos, es decir, la misma acta en que consta aquella renuncia antes reseñada y desechada la propia declaración ratificatoria a la presencia judicial, actos ambos que por su propia entidad y por el uso y valoración que de ellos se hizo a lo largo del pleito precedente, carecen del indispensable requisito de autenticidad a los pretendidos fines de la casación, razones todas que obligan a la desestimación de los indicados motivos.

Que la presencia de una causa de nulidad absoluta o radical por verdadera inexistencia al faltar uno de los requisitos indispensables de todo acto jurídico cual es el consentimiento en la forma antes expuesta y por lo que se refiere al acto de designación de heredero constante en la escritura pública de 17 de diciembre de 1958, conduce asimismo e inexorablemente a la desestimación del motivo quinto y último, en el que, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia violación del 1.301 del Código civil, por entender que, desde el día 17 de diciembre de 1958 en que se celebró el acto jurídico que fue objeto de impugnación, hasta la fecha de presentación de la demanda habían transcurrido con exceso los cuatro años que dicho precepto sustantivo establece para el ejercicio válido de la acción impugnatoria, habida cuenta que el legislador se refiere en este precepto, exclusivamente, a la anulabilidad en sentido estricto, mal llamada nulidad relativa, pero no a la denominada también con similar impropiedad nulidad absoluta o simplemente nulidad, que es lo que aquí concurre con respecto de la cual es imprescriptible la acción correspondiente como consecuencia de su propia esencia que expresó el antiguo adagio *quod nullum est nullum effectus producit* al margen por completo de lo que se alegue y de la forma y caracteres que pueda revestir, desestimación particularizada que conduce a la del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Comentario.—El Tribunal Supremo parece que, en esta sentencia, se muestra inclinado a responder negativamente a la cuestión de si a falta voluntaria de uno de los fiduciarios llamados a intervenir en el nombramiento de heredero su puesto es ocupado automáticamente por el pariente más próximo de la misma línea que reúna las debidas condiciones, sino que, por el contrario, la

fiducia resulta de imposible cumplimiento. Pero digo que sólo *parece* porque, en efecto, no puede llegarse a tal conclusión estimada como *ratio decidendi*, ya que en el supuesto contemplado falta totalmente la intervención del pariente por línea materna, quien renunció en acta notarial a formar parte de la Junta o Consejo de parientes para que pudiesen hacer el nombramiento de heredero los restantes dos miembros—cura párroco y pariente por la línea paterna—, y, además, el pariente de esta última línea que junto con el párroco designa heredero aunque es uno de los más próximos en grado, no es el de mayor edad.

En síntesis, los hechos son: Los abuelos del actor, don A. P. S. y doña P. B. P. instituyeron heredero al único hijo varón de los cinco habidos de su matrimonio, A. P. B., otorgando capitulaciones matrimoniales con ocasión de su enlace con doña R. L. P., en las que ordenaron la sucesión de éstos, disponiendo: «Que si alguno de dichos futuros cónyuges—esto es, don A. P. B. y doña R. L. P.—falleciese dejando sucesión y sin disponer de sus bienes, dispondrá en nombre del que así muera el que de ambos sobreviva con un pariente consanguíneo más cercano de cada uno, y si los dos fallecieran sin disponer de sus bienes dejando sucesión, dispondrán en su nombre sus citados parientes y el señor cura párroco que lo sea de la Puebla de Mon, juntos o en su mayoría en ambos casos y para el objeto de nombrar heredero al hijo o hija del contrayente (*sic*) que consideren más conveniente para la casa y familia, imponiendo al que nombren las condiciones que estimen y, en especial, la de mantener y dotar en la forma acostumbrada a sus demás hermanos, pues para ello se faculta mutuamente a los contrayentes y fultan a sus citados parientes y señor cura, prorrogando esta autorización por todo el tiempo que sea menester».

Fallecidos los contrayentes don A. P. B. y doña R. L. P. sin haber ordenado la sucesión, es ésta, dispuesta a favor de la hija doña L. P. L., demandada, apelada y recurrente, por don J. M. F. P., cura párroco citado y por sólo un pariente, varón, por línea paterna que siendo de los más próximos en grado no era el mayor en edad, al haber renunciado a intervenir el pariente por línea materna «para que pudiesen hacer el nombramiento los otros dos miembros restantes», quienes así lo efectúan, prefiriendo a dicha hija, casada con labrador y residente en la localidad, a su único hermano varón don A. P. L., demandante, apelante y recurrido, que tenía profesión y vivía fuera de la localidad.

El nudo de la cuestión estriba en el sentido que se dé a la expresión «juntos o en su mayoría» de las capitulaciones en relación con la renuncia del pariente por línea materna, pues es obvio que dos constituyen la mayoría entre tres y la frase «para que puedan hacer el nombramiento los otros dos miembros restantes», contenida en la renuncia del pariente por línea maternal, pudiera entenderse como una adhesión a la voluntad de las otras dos personas, en cuyo caso ya no habría mayoría, sino unanimidad. Una antigua sentencia de 25 de abril de 1858, recogida en la obra de MARIANO RIPOLLÉS Y BARANDA *Jurisprudencia civil de Aragón* (tomo II, pág. 36, Zaragoza, 1897), establece que, nombradas por el testador tres personas para que, juntas o la mayor parte, distribuyesen los bienes de aquél entre sus hijos, debe considerarse válida la donación hecha a uno de éstos en capítulos matrimoniales por dos de aquellas personas nombradas. Frente a ello, cabe alegar que el sentido del Derecho aragonés tradicional es el de que a la Junta para hacer el nombramiento concurren todos los parientes llamados, y claro está que si uno de ellos ha renunciado previamente ya no existe esa concurrencia. Es así, que la Compilación

prevé el modo de cubrir las posibles vacantes (art. 20, núms. 2.º y 116). Y con referencia al Derecho anterior, juega también en el presente caso la importante consideración de que ni siquiera el pariente por línea paterna era el de mayor edad, y sabido es que en igualdad de sexo y grado prevalece la mayor edad. Irregularidad en la composición de la Junta que, unida a las anteriores circunstancias, debieron motivar seguramente la revocación por la Audiencia de la sentencia del Juzgado, y la resolución del más alto Tribunal que, como siempre, da muestras del más ponderado equilibrio.

TESTAMENTO DEL CIEGO EN CATALUÑA. DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACION. REALES ORDENES DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1736, LEY 8, TITULO XXII, LIBRO VI DEL CODIGO DE JUSTINIANO, LEY DE 1 DE ABRIL DE 1939, ARTICULO 698 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1969).

No precisa la firma del testador que declara «no poder firmar, desde que no es evidente; si da fe de ello y de su conocimiento el notario y firman los siete testigos, aunque el testador hubiere firmado unos días antes un documento privado.

No se exige la vecindad de los testigos ni se aplica, por tanto, la Ley de 1 de abril de 1939.

El Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu declara no haber lugar al recurso de casación formulado por el actor contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que revocando parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Figueras declaró la validez del testamento de una persona ciega, en las circunstancias que resultan de los siguientes «considerandos»:

Considerando: Que sentado perfectamente en la sentencia recurrida el orden de prelación de las fuentes que regían el Derecho de Cataluña antes de la vigente Compilación, el problema principal a dilucidar en el proceso queda circunscrito a determinar la validez de un testamento otorgado en dicha región por persona aforada que perdió la visión y que no lo firma alegando «no poder firmar, desde que no es evidente», en cuyo otorgamiento ante notario se han cumplido todos los requisitos del artículo 698 del Código civil, siendo así que se ha probado en los autos que unos 55 días antes, y cuando ya sufría el defecto dicho, estampó su firma en un contrato constante en documento privado que celebró en los hoy litigantes; testamento que la sentencia recurrida, revocando la del Juzgado, declara válido y eficaz

Considerando: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación en su aspecto negativo por la sentencia del apartado I de las Reales Ordenes de 29 de noviembre de 1636, según el cual deben firmar las partes y «si no supieran, firme por ellas un testigo», de donde deduce que sabiendo hacerlo el testador y no verificarlo, el testamento es nulo; y habida cuenta el tiempo en que las Ordenanzas se dictaron en que no sólo los invidentes, sino la mayoría de los que no sufrían tal defecto eran analfabetos y que, como sostiene la resolución impugnada, las Ordenanzas no introdujeron modificación respecto

del testador del ciego en la Ley 28, de Título XV, Libro VII de la Novísima Recopilación, al no tratarse de un testamento especial, sino de añadir mayores garantías al suncupativo normal, es evidente que al dar el notario fe del conocimiento del testador y de su manifestación de no poder firmar por su invidencia, se han cumplido no sólo todos los requisitos del suncupativo normal, entonces vigentes, sino también las especiales de la doble lectura que exige el citado artículo 698 del Código a que se refiere la nueva Compilación, sin que la firma de un invidente preste mayores garantías al testamento, pues solo acreditaría que la estampó en un documento pero no que éste sea en el que expresó su última voluntad y descartado todo peligro de la suplantación de la persona del testador al dar fe el notario de su conocimiento.

Considerando. Que por las propias razones antes expuestas decae el segundo de los motivos articulados, por el mismo cauce procesal que el anterior, denunciando la interpretación errónea de la Ley del Divino Justino contenida en el Libro VI, Título XXII, Ley octava del Código de Justiniano, con base en que siendo el del ciego un testamento abierto normal con mayores garantías de autenticidad, no cabe en modo alguno prescindirse de la firma del testador que sabe hacerlo, cuando se exige en el normal que practica nuevos requisitos; ya que las disposiciones invocadas nada tratan de la firma del ciego y regulan el testamento nuncupativo, menos formalista, pero exigiendo la concurrencia de mayor número de testigos y demás que aparecen cumplidos en el que se debate; máxime dada la avanzada edad del testador y su ceguera sobrevenida que pudo ocasionarle la imposibilidad de firmar en aquel momento, aunque días antes lo hubiera verificado.

Considerando. Que el tercer motivo, con la misma sustanciación procesal, denuncia la interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil; que no puede prosperar en cuanto la sentencia no se basa en prueba de presunciones y se limita a sostener que guardando conformidad el testamento otorgado el 23 de abril de 1957 con lo pactado en el documento privado de 1 de marzo de igual año, a que antes se ha hecho referencia y que firmó el causante—y con los testamentos anteriores, podría añadirse, que demuestran una trayectoria recta y constante en la voluntad del testador—es totalmente admisible no pudiera firmar al otorgar el testamento por su invidencia como manifestó al notario autorizante.

Considerando. Que el cuarto motivo, por la misma vía formal, alega la violación de la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita, que exigen el exacto cumplimiento de todos los requisitos que la Ley exige para el otorgamiento de los testamentos y entre ellos la firma del testador, que sólo puede sustituirse por la de un testigo cuando concorra una manifiesta imposibilidad, de donde deduce que regulado el testamento del ciego en el capítulo de los testamentos abiertos y establecido el artículo 698 una doble lectura, esta es una garantía más a añadir a las del normal, entre las que ocupa lugar preferente la firma del testador; y como quiera que ninguna de las sentencias aducidas hace relación a casos análogos al contemplado y que el artículo 698 no alude lógicamente a la firma por que normalmente los ciegos no pueden firmar y cuando, como en el presente caso, se sabe hacerlo por ser la ceguera sobrevenida, las firmas no son tales, sino dibujos imperfectos de una imagen recordada, como lo demuestra la contemplación de las obrantes en las autos; las solemnidades y garantías del artículo 698 son suficientes para autentificar la voluntad del testador y procede desestimar el motivo.

Considerando. Que el 5.º motivo, también por el número 1.º del 1.692, se

basa en la violación por no aplicación de la Ley del 1 de abril de 1939 en su artículo 2.º, basado en que dos de los testigos instrumentales no estaban averiguados en el lugar del otorgamiento, sin que aseguren conocer al testador y sin que el Notario dé fe de conocer a dichos testigos, de donde deduce que siendo Ley posterior al Código civil de vigencia en todo el territorio nacional, ocasiona la invalidez del testamento; y comoquiera que toda la doctrina y la práctica jurídica está conforme en no ser necesario tal requisito en Cataluña por tratarse de precepto que venía a atenuar la rigidez de la legislación anterior y por ende no puede agravar la especial más benigna de aquella Región, procede desestimar el motivo estudiado.

TESTAMENTO OLOGRAFO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. DOLO O FRAUDE. Artículos 663 número 2.º, 666, 673 y 756 del Código civil (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1969).

La capacidad mental del testador, cuya apreciación como cuestión de hecho corresponde al Tribunal de instancia con relación al momento mismo del otorgamiento se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario.

Don J. M. G. murió el 29 de enero de 1963 en estado de casado con doña B. P. G., demandada, apelada y recurrente sin dejar descendientes ni ascendientes, habiendo otorgado un testamento notarial el 25 de abril de 1955, en el que instituyó a su mujer, y otro ológrafo el 1.º de enero de 1962, protocolizado el 7 de diciembre de 1963, en el que distribuía sus bienes entre su esposa y doña C. G. B., demandante, apelante y recurrida, con la que había sostenido relaciones íntimas, manifestando en el mismo: «esta es mi última voluntad libremente expresada, y cuantas disposiciones hubiera en contra de esta última quedan nulas».

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid desestimó la demanda absolviendo de la misma a la demandada, y, estimando la reconvencción, declaró la incapacidad para testar de don J. M. G., en cuanto al testamento ológrafo citado, la nulidad de éste y la incapacidad de suceder de la actora. Apelada por ésta la sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid la revocó y declaró la validez del testamento ológrafo, con la consiguiente nulidad del abierto anterior, así como la capacidad para suceder de la apelante.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Peral García, desestima el recurso.

Considerando: Que ante el ejercicio de una acción de validez de testamento ológrafo, contenida en el escrito de demanda, se ha aducido por la parte demandada y por vía reconvencional la de nulidad de aquel documento, sobre la base de dos razonamientos jurídicos, consistentes, el primero, en el hecho de que el testador carecía de las condiciones de voluntad e inteligencia exigidas por su validez en el momento del otorgamiento de aquél; y el segundo, en la concurrencia de violencia, dolo o fraude, definidos en los artículos 663 en relación con los 756 y 1.267, todos ellos del Código civil, y es el caso, que habiéndose resuelto el litigio sobre la base de una estimación de la demanda, con desestimación de la reconvencción formulada, se ha lle-

gado a la formalización del presente recurso, para cuyo estudio se han de tener presente como cuestiones previas y básicas que constituyen principios legales y jurisprudenciales, los siguientes: que la capacidad mental del testador se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario: que la apreciación de esa capacidad ha de ser hecha con relación o referencia al momento mismo de otorgamiento del acto testamentario, y que la cuestión de hecho relativa a la sanidad del juicio del testador en cuanto a su apreciación corresponde a los Tribunales de Instancia, principios todos ellos derivados de la reiterada doctrina de esta Sala.

Considerando: Que en el caso del presente recurso, afirmado por el Tribunal *a quo*, como resultado de la apreciación en conjunto de las pruebas aportadas, que «el testador no se hallaba falto de su cabal juicio cuando redactó el testamento, el cual, como consecuencia, debe tenerse como válido y expresión de su última voluntad», se impugna por el recurrente dicha estimación, aduciendo en diversos motivos la infracción por interpretación errónea de los artículos 673 y 676 en relación con otros que señala, todos ellos del Código civil, así como el error de Derecho en la prueba, alegado este último en el motivo quinto de recurso, teniendo muy en cuenta que, según constante y repetida doctrina de esta Sala, la cuestión suscitada sobre la capacidad del testador, constituye una mera cuestión de hecho sometida exclusivamente a la competencia de la Sala sentenciadora, a cuya apreciación ha de estarse sin que contra ellas pueda prevalecer otra impugnación que la fundada en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando: Que el motivo quinto del recurso trata de combatir la sentencia recurrida, denunciando, mediante el error de derecho, las premisas que sienta en orden a la capacidad del testador, y ello no puede tener éxito, ya que por una parte, la redacción del motivo y su exposición lleva en principio una confusión que va contra la precisión y claridad que exige el artículo 1.720 de nuestra Ley procesal civil, y lo que es más importante, y ya de por sí suficiente para su desestimación, que tanto la prueba pericial como la testifical a que hace referencia el motivo, constituyen pruebas libres que por no estar sujetas a normas legales de valoración de prueba, son de la libre apreciación del Juez, y por otra, que en el caso del artículo 1.242 del Código civil, señalado en el motivo, se ha de tener presente, que los Tribunales en ningún caso están obligados a sujetarse al parecer de los peritos, y si bien el mencionado artículo establece que se atenderán en su apreciación a las reglas de la sana crítica, la doctrina de esta Sala, ha declarado a este respecto, al igual que ocurre con la de la prueba testifical, artículo 659 de la Ley procesal civil, también citado en el motivo, que las reglas aludidas no constan en precepto alguno que pueda invocarse como infringido en casación, y como, a mayor abundamiento, aquel dictamen pericial se refiere, como datos básicos de juicio, a supuestos o conjeturas deducidos de examen grafo-patológico de cartas manuscritas, de las que se dice obtener el grado de normalidad e inteligencia del testador en relación con el acto del testamento, es decir, a elementos vagos o meramente hipotéticos, tanto más deficientes para un juicio pericial de mayor o menor trascendencia, cuanto que no era dable el reconocimiento personal del testador, fallecido cinco años antes del dictamen, y como por otra parte, lo que pretende el recurrente no es otra cosa que, mediante su apreciación unilateral de los medios probatorios aportados al litigio, crear supuestos de hecho que pueden encajar en las normas

legales que le interesen, y para ello examina y aprecia por su cuenta la prueba testifical y la pericial, pretendiendo sustituir con su personal criterio el más autorizado de la Sala sentenciadora, y como además se denuncian como infringidos preceptos sobre reglas de sana crítica o de criterio humano, y ello resulta intrascendente a los efectos del recurso, se hace imperativo el decaimiento del motivo.

Considerando: Que la cuestión jurídica que lleva en sí el concepto de «cabal juicio» contenido en el número 2 del artículo 663 del Código civil, es objeto del motivo tercero del escrito de formalización del recurso, que no puede prosperar, por cuanto, el recurrente lo apoya en el doble concepto de «violación» e «interpretación errónea» de aquel precepto citado, alegación conjunta ésta, de dos modos diferentes de infracción, cada uno de los cuales tiene un contenido distinto diferenciado por la propia Ley, y por la doctrina de este Tribunal, y como éste no puede establecer con su criterio cuál sea el concepto infractor que realmente *quiso* el recurrente atribuir a la transgresión del artículo que enuncia, este defecto formal cometido en este trámite decisorio constituye, en virtud de lo dispuesto imperativamente por el artículo 1.720 de la Ley procesal civil, y de la reiterada y sobradamente conocida jurisprudencia de esta Sala, causa bastante para la inviabilidad del motivo, y como el ordinal cuarto está en íntima relación con la cuestión de hecho, que no ha sido combatida con éxito por el recurrente, también ha de perecer.

Considerando: Que la parte demandada, al oponerse a la pretensión de la demandante, ejercita, mediante la reconvención, la acción de nulidad del testamento ológrafo sobre la base de dos razonamientos: el primero, por incapacidad del testador, amparado en lo dispuesto en los artículos 663, caso 2.º, y en el 666, ambos del Código civil, y el 2.º, con apoyo en los 663 en su relación con los 656 y 1.267 del propio Cuerpo legal, por lo que, toda la cuestión debatida en la litis, se limita, por una parte, a la incapacidad para disponer por testamento, y por otra, la nulidad del testamento otorgado con violación, dolo o fraude; siendo así, es obvio que aquella cuestión planteada en los dos primeros motivos del recurso, y que se refieren al contenido normativo del artículo 667, párrafo 2.º del Código civil, en cuanto a la causa ilícita en el testamento, así como a los artículos 1.255, 57 y otros de dicho Cuerpo legal resultan inadmisibles, desde el momento que dichos preceptos hacen relación a cuestiones no propuestas ni debatidas en el pleito, y que como consecuencia, cuando como ahora ocurre, se plantean por primera vez ante este trámite, no pueden ser objeto de resolución por este Tribunal, porque ello implicaría apreciar en casación alegaciones que no se hicieron a su tiempo, con evidente indefensión de la contraparte, por lo que decaen aquellos motivos.

Considerando: Que si la eficacia de un testamento no puede subordinarse a los efectos familiares, casi siempre efímeros, que como sentimientos íntimos escapan a la investigación del juzgador—sentencias de 16 de noviembre de 1918 y 28 de octubre de 1930, entre otras—, y si por otra parte la pretensión de declarar nulo un testamento, por circunstancias como la de haber otorgado otro anterior, es ir contra los preceptos legales y jurisprudenciales, pues el principio de Derecho que la voluntad humana ambulatoria hasta la muerte, se hace indudable que ha de mantenerse la sentencia recurrida, sin que en modo alguno pueda llegarse a una declaración contraria a la que es objeto de dicha resolución, pues aparte de no haber prosperado ninguno de los motivos de infracción que se contienen en el escrito de recurso, es obvio que en ella se ha tenido en cuenta que la validez del testamento integra una presunción,

no judicial, sino del propio legislador, de fuerza igual a la *juris tantum*, y que según regla de hermenéutica jurídica, que por lo elemental y común, tiene el carácter de axioma, tal presunción no puede destruirse sino en mérito de pruebas perfectas y fehacientes, que demuestren que el supuesto de la Ley no se da en el caso de la litis, y como ello no se ha conseguido acreditar en el recurso, se hace desestimable éste, en el que ha de tenerse en cuenta, como consecuencia y a los efectos oportunos lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. CONDICION. RESOLUTORIA. MODO.

Artículos 697, párrafo 1.º, 790, 791 y 1.114 del Código civil (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña que revocó la del Juzgado de Primera Instancia de Ribadavia, conforme a lo siguiente.

Considerando: Que la cláusula cuarta del testamento otorgado por don A. F. M., en 22 de noviembre de 1927, decía textualmente: 4.º El testador instituye por herederas de todos sus bienes, derechos y acciones a su sirvienta M. O. A. D. (aquí filiación) y a la sobrina de ésta, M. A. R. A. (filiación y domicilio), quienes como tales herederas cuyas le sucederán en todos sus bienes y derechos bajo las siguientes limitaciones y condiciones: A) Han de vivir precisamente juntas, poseyendo y usufructuando todo su haber en comunidad. B) Durante la vida de las dos no podrán vender lo que hereden del testador, excepción hecha de que la primera, o sea, la M. O., podrá disponer en venta lo que sea preciso a satisfacer las necesidades de la vida de ambas, importe de los gastos de sus funerales y sufragios y otras deudas legítimas, conservando todo lo demás hasta la muerte de una de ellas. C) Al ocurrir el fallecimiento de una de las dos, todo lo subsistente o remanente lo hará suyo en pleno dominio aquella que de las mismas sobreviva. D) Si los padres de M. A. la obligasen a vivir en la casa y compañía de los mismos y accediese a ello, dejando a la tía, perderá entonces la M. A., por este solo hecho, toda su participación en la herencia.

Considerando que la actora y hoy recurrente solicitó fuera declarado que la demandada había perdido su derecho a la herencia, porque, al contraer matrimonio en 1939, marchó a vivir fuera del dominio común incumpliendo la condición A) de la cláusula antes transcrita, por lo que ella devenía única dueña y propietaria de los bienes de la herencia, y desestimada la demanda en la sentencia recurrida respecto al contenido y alcance de la disposición testamentaria, se alza la motivación del recurso.

Considerando que, contra lo argumentado en el primer motivo que, por violación del artículo 500 (digo, 675) del Código civil, al amparo del número primero del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se articula la fijación del contenido y alcance de la cláusula cuarta hecha por el Tribunal *a quo*, no

contraría en forma alguna la voluntad del testador, ya que, tanto porque al establecerse en la misma que se hace la institución bajo las siguientes limitaciones y condiciones, diferencia claramente una institución condicional y otra sub modo, ambas contenidas en diferentes apartados, como porque también resulta claro que la condición establecida en el apartado D), cuyo incumplimiento determinaba la pérdida de la condición de heredero, lo que como sanción a los padres de la menor que, por su edad no estaba en situación de oponerse válidamente a lo que aquellos decidieran y por ello, de acuerdo con la reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala, debe prevalecer la interpretación de la Sala de instancia en contra de la edad por el recurrente, debiendo en consecuencia perecer el motivo.

Considerando que el segundo motivo, en que, bajo el mismo ordinal que el anterior, se denuncia la aplicación indebida del párrafo primero del artículo 697 del Código civil y consiguiente violación de los 790, 791 y 1.114 del mismo cuerpo legal, argumenta la existencia real de una condición resolutoria consistente en la vida en común de ambas herederas e inexistencia por tanto de institución sub modo, ya que estima que los efectos de la institución a que persista dicha vida en común, que en forma alguna tiene carácter accesorio, como demuestra el contenido de los apartados B) y C) al permitir el primero la venta de bienes en cuanto sea preciso a satisfacer las necesidades de la vida de ambas, y el segundo, establece que a la muerte de una de ellas, la otra hará suyo en pleno dominio todo lo subsistente o remanente, más ninguno de los citados razonamientos llevan a estimar cometidas las infracciones denunciadas, ya que tanto la limitación de la facultad dispositiva como la adquisición por la supérstite del remanente de los bienes sólo indican que la voluntad del testador fue dirigida a que ambas disfrutaran de la herencia comunitariamente y la sobreviviente adquiriera todo lo existente a la muerte de la otra, con preferencia a otros herederos, ninguno de cuyos supuestos indica fuera ésta la voluntad supeditada a la permanencia de vida en común, que sólo se establece como accesorio y modal como acertadamente la califica el juzgador de instancia, razones por las cuales debe el motivo ser desestimado.

Considerando que la desestimación de los dos primeros motivos con la obligada consecuencia de que permanece intacta la calificación hecha por el Tribunal de instancia de constituir una obligación modal la exigencia de vida en común de las herederas impuesta en el testamento, hace innecesario el examen del tercero, puesto que, argumentado en su sentencia a mayor abundamiento y únicamente para rebatir un argumento de la de primera instancia, cualquiera que fuera su suerte, estimatoria o desestimatoria, no podría influir en el fallo al no ser el considerando en que se contiene base del mismo, razones que llevan a su desestimación y con ella a la del recurso con el resto de pronunciamiento exigidos por el artículo 1.748 de la Ley procesal.

TESTAMENTO POR COMISARIO DE VIZCAYA. CADUCIDAD DEL PODER. ACTOS PROPIOS.—Ley 3.^a, título XXI del Fuero de Vizcaya. Artículos 19, 41 y 48, y disposición transitoria 1.^a de la Compilación (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1969).

Caduca, según el Fuero, el poder testamentario que no se ejerce dentro del año y día del matrimonio o mayoría de edad del último de los hijos

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelantes contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Durango, por los siguientes fundamentos:

Considerando: que el único problema realmente discutido a lo largo del pleito de que trae causa el presente recurso, surge como consecuencia del contrato matrimonial que, al amparo del Derecho privativo de Vizcaya, celebraron los padres de los hoy litigantes el 22 de febrero de 1922, en el que respectiva y reciprocamente se concedieron poder testamentario para cuando faltase alguno de ellos, resultando que la madre falleció el 14 de septiembre de 1949, fecha en que existían varios hijos del matrimonio, el último de los cuales, menor a la sazón, alcanzó su mayoría de edad en 24 de mayo de 1955, a pesar de lo cual el padre no hizo uso del antedicho poder para testar, sino el día 29 de noviembre de 1963 en que realizó diversos actos de donación en favor de algunos de los hijos, concretándose el anunciado problema a la validez de estas disposiciones en relación con la supervivencia o caducidad de aquel poder.

Considerando: que para decidir acerca de la mencionada cuestión es necesario, ante todo, precisar la norma o precepto jurídico con arreglo al que habrá que proceder de entre los que tuvieron vigencia en diversos momentos cronológicos, por tratarse, como al principio se dijo, de una materia comprendida en el marco del Derecho Foral vizcaíno, cuya observancia, tal y como era regulado con anterioridad a la moderna Compilación de 30 de julio de 1959, debe reputarse indiscutible, teniendo en cuenta las fechas que juegan en este caso y lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de esta última, según la que «se respetarán todos los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, los cuales se declaran subsistentes y producirán sus efectos con arreglo a ella», la cual, para el supuesto que aquí se contempla, está contenida en la Ley tercera, título XXI del Fuero de Vizcaya, que viene, sin embargo, a coincidir fundamentalmente con lo dispuesto en el artículo 19 de la vigente Compilación, que en definitiva se inspiró en aquél, estableciéndose el pazo tope de un año y un día desde que se casa el menor de los hijos o alcanza la mayoría de edad, salvo que se hubiese concedido otro superior voluntariamente, excepción que permite la segunda, es decir, el texto compilado, pero que no fue autorizada por el Fuero, lo que obliga, dada la fecha de las Capitulaciones, a estimar caducado el poder testatorio que no se ejerce dentro del año y un día del matrimonio o mayoría de edad del último de los hijos, que aquí había sido superado con creces —desde 1955 hasta 1963—, por lo que carece de fundamento la denuncia que se formula en el motivo primero.

del recurso, en el que al amparo del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se alega violación del artículo 19 de la Compilación del Derecho civil de Vizcaya y Alava, de 30 de julio de 1959, que el Tribunal *a quo* se limitó a aplicar rectamente por lo que el motivo debe ser desestimado, suerte que igualmente tiene que correr el segundo, en que por el mismo cauce procesal se sostiene que fueron violados los artículos 41 y 48 del propio texto legal de Vizcaya, que no hacen sino señalar las características del régimen familiar de bienes en dicha región y la importancia de las capitulaciones matrimoniales, que en manera alguna pueden servir para derogar la norma relativa al plazo en que el Comisario puede ejercitar el poder testatorio que se le hubiese concedido.

Considerando: que en el motivo tercero y también por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, se alega violación de la doctrina contenida en el principio general del Derecho, según el que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, que fue elaborado y constantemente aplicado por la Jurisprudencia de esta Sala, como evidencian las sentencias —entre muchas— recogidas en el escrito de formalización, por entender que la un día actora y hoy recurrida tendría —de haber obrado en consecuencia— que haber rechazado totalmente las estipulaciones contenidas en las escrituras de donación que impugna, puesto que aceptó parte de los efectos de aquellos actos dispositivos que no pueden ser válidamente desmembrados para rechazar otra parte de los mismos de imposible prosperidad, porque como muy acertadamente dijeron los juzgadores de instancia, la caducidad del poder testatorio a que antes se hizo referencia, lleva consigo la nulidad radical y absoluta —a causa de inexistencia por falta de consentimiento— de los actos jurídicos reflejados en las escrituras en que el Comisario hizo uso de aquel poder, carente ya de toda virtualidad a partir del 22 de mayo de 1956, nulidad que implica la improductividad de eficacia, porque de acuerdo con el antiguo adagio *quod nullum est nullum effectum producit* y que impide la aplicación de la doctrina y principio general invocados, según proclamó con idéntica reiteración y constancia la jurisprudencia que ahora se invoca como infringida.

Considerando: Que en el cuarto y último de los motivos formulados y por el mismo cauce que hasta aquí utilizó el recurrente del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación del 1.964 de nuestro primer Código sustantivo referente a la prescripción, que se estima producida para las acciones personales que no tengan señalado término especial por el de 15 años que el recurrente pretende aplicar en este caso, respecto de los frutos, rendimientos, intereses y productos de los bienes que se ordenó judicialmente aportar a la masa hereditaria, alegato y cuestión a que afecta que son completamente nuevos en cuanto que para nada fueron aducidos a lo largo del período expositivo del juicio del que se origina este recurso, donde, por tanto, no pudieron ser debatidos, con lo que se incide en la causa de inadmisión del número 5º del artículo 1.728 de la Ley procesal, que en el presente trámite lo es de desestimación, que lleva consigo la del recurso en su totalidad, con los inevitables pronunciamientos del artículo 1.748 del propio texto legal.

NOTA.—La Ley 3.ª, título XXI, del Fuero de Vizcaya, en la parte que interesa, dice así: «Por ende que establecían, que el tal poder y comisión vallesse; con que los Comissarios, puedan hacer la elección, y institución, y nom-

bramiento de heredero o herederos, si los hijos o descendientes, o profincos, é tronquero del testador, fueren al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso tengan los tales comissarios término de año, y día, para hacer la tal institución o instituciones: Pero si los tales hijos, o successores fueren de edad pupilar, los comissarios tengan término para instituir todo el tiempo que los tales hijos, ó successores, fueren menores de edad y disposición de se poder casar, é dende un año cumplido, y dentro de este término, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección, ó institución». Parece que el término es imperativo, sin que el testador pudiera señalar otro (Cfr. ANGULO LAGUNA, D.: «Derecho privado de Vizcaya», Madrid, 1903, pág. 197), a diferencia de lo establecido en el artículo 19, párrafo 2.º de la Compilación.

NULIDAD DE TESTAMENTO ABIERTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. JUICIO DEL NOTARIO. *Artículos 663, núm. 2, 666 y 695 del Código civil.* (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1969)

La capacidad del testador ha de ser apreciada con referencia exclusiva al tiempo de otorgarse el testamento.

El juicio del notario cerca de la misma no vincula al Tribunal en caso de litigio.

La fuerza probatoria del documento notarial se extiende sólo a lo que el fedatario presencie, pero no a lo que opine ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que ante el mismo se hagan.

Declarada la nulidad de un testamento notarial abierto por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, revocando la del Juzgado de Primera Instancia de Utrera, que había mantenido su validez, el Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Esmir Aguado González, declara no haber lugar al recurso de casación formulado por la parte demandada y apelada en méritos de las consideraciones que siguen.

Considerando Que, en el primer motivo del recurso, se acusa, con apoyo en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley procesal, error de Derecho, en la valoración de la prueba, denunciándose como preceptos legales, infringidos por violación, los artículos 1.214 y 1.242 del Código civil y el 610 de la Ley de Enjuiciamiento; la tesis defendida en el mismo es la de que, siendo la apreciación de la capacidad del testador, un problema de índole fáctica para cuya solución se precisa de asesoramiento técnico, se observa en el pleito la ausencia de toda prueba pericial que arroje luz sobre ese extremo; aunque la observación responda a la verdad, hay que tener en cuenta, para decidir sobre la pertinencia del motivo: 1.º Que, en el caso particular del pleito, concurren especiales circunstancias que hacen muy problemática la posibilidad de practicar tal prueba, según y conforme se reglamenta en el ordenamiento procesal, por el hecho de que el testamento impugnado se otorgó más de diez años antes del óbito del causante y cómo la capacidad del testador, conforme a lo dispuesto en el artículo 666 del Código civil, ha de ser apreciada con referencia exclusiva al tiempo del otorgamiento de aquél, ni era factible—como no lo es nunca, en pleitos de esta naturaleza que se suscitan una vez fallecido el testador—realizar el reconocimiento pericial, con asistencia de las partes, tal y como la Ley lo

prescribe, ni posible prescindir de las declaraciones técnicas emitidas en actuaciones distintas, pero cercanas al tiempo con referencia al cual ha de ser apreciada la capacidad del testador, y que, al ser ratificadas en el pleito actual, desdibujan la prueba de peritos, para aproximarla, procesalmente, a la de testigos, aun cuando conserven los deponentes una razón de ciencia de su dicho, de apreciación técnica y no de observación vulgar. 2.º Que la valoración de las pruebas practicadas en juicio es facultad que corresponde a los Tribunales de instancia y sólo impugnabile en casación, cuando se demuestre la existencia de error de hecho o de derecho, dentro del severo marco que, al efecto se establece en el número 7 del artículo 1692 de la Ley de enjuiciar, y en el que no se encuentra la mera denuncia de que debió proponerse y practicarse un determinado medio de prueba, máxime si, quien hace la alegación, pudo, a su vez, servirse del mismo y no lo hizo, como ocurre en el caso de autos. 3.º Que lo acusado en el motivo no es viable, ya que el error de derecho se produce al valorar la prueba, si se infringe alguna norma legal que tal valoración regule y, en el motivo que se examina, las normas cuya infracción se denuncia no tienen tal carácter, pues el artículo 1.214 del Código civil se refiere a la atribución de la carga de la prueba, siendo denunciabile sólo por la vía del número 1.º del artículo 1692 de la Ley procesal, y los artículos 1.242 del Código y 610 de la Ley riuaria no imponen la prueba de peritos, sino que admiten la posibilidad de la misma, con un carácter «limitativo» en la Ley substantiva y simplemente «permitivo» en el Ordenamiento procesal, todo lo que, al poner de relieve a falta de consistencia el motivo impone su desestimación.

Considerando: Que análogas razones a las expuestas sirven para analizar, del motivo segundo del recurso en que, por la misma vía, se denuncia error de derecho, citándose como violados los artículos 570, 577, 611, 612, 616, 626 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento civil, todos referentes a la práctica de la prueba que el recurrente estima que no debió omitirse, dado el objeto del pleito; pero es de observar: A) Que los preceptos legales que se citan como violados, tampoco son valorativos de prueba, sino de señalamiento de trámites y formalidades para llevarla a cabo, o sea, de índole exclusivamente procesal y ajenos, por tanto, a la cuestión de fondo B) Que, como evidente aparece, que si ninguna de las partes propuso la práctica de prueba pericial, el Juzgado no pudo admitir ni acordar que se llevase a efecto y, por tanto, no cabe denunciar, con éxito, la inaplicación de normas referentes a los ritualismos de una prueba que el Juez no podía ordenar de oficio, salvo que lo hubiese estimado oportuno, como diligencia para mejor proveer, en la que, por ministerio de la Ley, no cabría ninguna clase de recursos.

Considerando: Que en el motivo tercero y por idéntica vía se acusa error de derecho, con violación de los artículos 1.248 del Código civil y 659 de la Ley procesal, ambos referentes a la prueba de testigos, pero tales disposiciones, según con harta reiteración, tiene establecido esta Sala, no son tampoco valorativos de prueba, y sólo implican una advertencia, por vía de recomendación o consejo y no una orden, dada para su observancia, a los Jueces y Tribunales. respecto a la estimación de tal prueba y, por tanto, ésta sólo compete a los Tribunales de instancia, sin posibilidad de combatirla eficazmente, en trance de casación.

Considerando: Que en el motivo cuarto y una vez más al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de trámites, se denuncia error de hecho que se supone cometido en la apreciación de la prueba y se señala, para acreditar el mismo y en calidad de actos auténticos, el que el señor M. M., o sea,

el testador, prestase confesión judicial, en un procedimiento anterior y distinto, pese a haberse presentado en el mismo un certificado médico acreditativo de que padecía «amnesia consecuente a esclerosis cerebral», pero si el acto o documento auténtico, para su eficacia en casación, ha de acreditar, por sí mismo, lo contrario de lo que el Tribunal haya admitido o declarado, es obvio que no siendo vinculante para un Tribunal lo resuelto por un juzgador anterior, en pleito distinto, sobre la posibilidad de practicar o no una prueba, en razón al estado psíquico de quien comparece para evacuarla, patente resulta la ineficacia de la invocación que se hace, al fin que se persigue y que, por tanto, este motivo tampoco puede prosperar.

Considerando: Que en el motivo quinto, agotando la vía del número 7 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error de derecho en la valoración de la prueba, con denuncia de la infracción del artículo 1.232 del Código civil, por falta de aplicación, y la de los artículos 1.249 y 1.253 del mismo Cuerpo legal, por aplicación indebida, aquí se sostiene la tesis de que, habiendo reconocido la actora que, pese al tiempo transcurrido, entre el comienzo de la enfermedad que atribuye a su padre, a la razón de otorgar testamento y al óbito del mismo, no adoptó resolución ni inició procedimiento alguno para lograr la adopción de medidas precautorias, atinentes al caso, por lo que el Tribunal sentenciador debió estimar que, tal omisión, implica el reconocimiento de la capacidad de aquél. También aquí falta la debida coordinación, entre los antecedentes de que se parte y la consecuencia a que se llega, siendo de resaltar: A) Que el Tribunal no niega ni desconoce lo confesado por la actora al respecto, pero estima—como aceptable cautela—que su inacción pudo obedecer a otras razones atendibles y no a la que intenta imponerse como única, del reconocimiento de la sanidad mental de quien, ahora, se aduce que estaba enfermo y en situación de ineptitud para poder testar. B) Que la confesión sólo es eficaz tratándose de hechos personales, pero no para acreditar la situación de terceras personas, en orden a su capacidad, lo que requiere pruebas ajenas al convencimiento «subjetivo» de quien la alega o rechaza sólo por su observación personal, desprovista de toda solvencia, en el terreno científico. C) Que, en el caso presente, el Tribunal ni hizo aplicación de la prueba de presunciones y por ello no cabe contradecir la presunción no hecha y menos por el cause que se emplea, ya que el artículo 1.253 del Código civil no contiene, tampoco, norma alguna de valoración probatoria, y la denuncia de su infracción sólo puede hacerse apoyándose en el número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando: Que el motivo sexto del recurso y único planteado por el cauce del número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, arguye interpretación errónea del artículo 663, número 2.º, del Código civil, y de las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1928 y 10 de abril de 1944, entendiendo el recurrente que, una vez proclamada por el notario autorizante, la capacidad del testador, no debió la Sala estimar lo contrario, al no existir pruebas directas y decisivas, para ello; pero, a tal argumentación es de oponer: A) Que conforme a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 695 del Código civil, en el testamento abierto «el Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» y, si bien esta apreciación del fedatario tiene verdadera importancia y ha de ser vista por el Tribunal, con toda la consideración que merece, por la calidad de quien la formula y el examen coetáneo del testador, que implica, ello no quiere decir que vincula al juzgador, en caso de litigio, ya que, conforme al precepto

transcrito, el notario se limita a exponer su propio juicio, y si éste no concuerda con el que formula, en caso de litigio, el Tribunal de instancia, señalando los hechos que estime probados, tras de examinar las alegaciones y pruebas presentadas por las partes, la aseveración del juzgador, sobre tan delicado extremo, sólo será combatible en casación, a través del número 7 del artículo 1.692 de la Ley procesal, y, en tal trance, el aserto notarial—pese al respeto que, en principio merece—no puede ser estimado como documento o acto auténtico que demuestre, por sí mismo, la equivocación evidente del juzgador, lo que a tanto equivaldría como a hacer el pleito inútil o baldío; por otra parte, y como presunto error de derecho, denunciabile por infracción del artículo 1.218 del Código civil, tampoco sería prosperable, puesto que, la fuerza probatoria del documento notarial se extiende a lo que el fedatario «presencie», pero no a lo que «opine», ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que ante él mismo se hagan; y si el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de trámites, no sería apto para la denuncia, en casación, de una infracción de Ley por no plegarse el Tribunal a lo que el notario declaró, en orden al juicio formado por el mismo, sobre la capacidad de testador, tampoco es prosperable la que, en el caso actual, se aduce como cuestión de fondo, por interpretación errónea de un precepto y de una doctrina, respecto a los cuales ningún problema exegénico, se ha planteado en la litis, ni ha tenido que ser resuelto por el Tribunal sentenciador, por lo que también se impone la desestimación de este motivo final.

Considerando: Que en razón a cuanto queda expuesto y al no poder acogerse ninguno de los motivos articulados, procede declarar que no ha lugar al recurso interpuesto, y ello con los pronunciamientos que resulten pertinentes entre los que se consignan en el artículo 1.748 de la Ley procesal civil.

PRETERICION. HIJA NATURAL. Artículos 814, 763 y 817 del Código civil (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1969).

Es preterición la omisión de la hija natural del testador, nacida antes de la muerte de éste, del que recibió donaciones, aunque su condición legal como natural le haya sido reconocida por sentencia firme posterior al testamento y fallecimiento del causante.

La preterición o desheredación han de resultar exclusivamente del testamento, sin que quepa relacionarlas con acto alguno entre vivos.

Para aplicar el artículo 817 del Código civil es preciso que el legitimario reciba en el testamento cantidad inferior a su legítima.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, desestima el recurso interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, declarando la nulidad de la institución de heredero por preterición. Es de notar que el causante murió en estado de soltero sin descendientes—salvo la actora—ni ascendientes. El demandado, instituido heredero, mantuvo a lo largo de la «litis» que se trataba de preterición intencional asimilable a la desheredación tácita, pues la actora había recibido

donaciones del causante, quien, no obstante, se había negado a reconocerla. Tesis que la Sala no acoge en los siguientes Considerandos.

Considerando: Que el primero de los motivos del recurso, seguido por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega como concepto de infracción, la aplicación indebida del artículo 814 del Código civil, en su redacción primitiva, aplicable, según afirma, a los hechos de autos, por ser anteriores a la Ley de 24 de abril de 1958, y ha de oponerse al mismo que el juzgador, tanto en la primera como en la segunda instancia, que recoge sustancialmente los fundamentos de la anterior, aplica el mencionado precepto legal en su actual redacción, citando la Ley que reformó el mismo, si bien razona que también antes de ésta habría de producirse la consecuencia jurídica de la preterición del único heredero forzoso del testador, es decir, que tal resolución, dados los hechos que el juzgador sienta, es la procedente, ya se hubiera aplicado el artículo que se examina en su redacción anterior a la citada reforma legal, bien conforme a esta última, y es adecuada la doctrina legal que se invoca a esta modificación, y debiendo radicar el vicio que se alega en no ser el precepto aplicado el adecuado al supuesto que se contempla, su infracción sólo podría encuadrarse en su violación, por la existencia de contradicción entre lo ordenado por él mismo y lo estimado en la sentencia, o en la errónea interpretación del artículo aplicado, que sólo se da si al hacer el Tribunal la exégesis del mismo incurrió en dicho vicio, más en este caso debe señalarse que nacida la hija del testador antes del fallecimiento de éste, aunque su condición legal como natural le haya sido reconocida por sentencia firme posterior a su testamento y fallecimiento, la doctrina sostiene que tal omisión del heredero forzoso implica la preterición que menciona el artículo 814 del Código civil, sea que el heredero forzoso viva al otorgarse el testamento, bien que nazca después de éste y antes de la muerte del testador (*cuasi póstumo*) o que nazca después del mismo (*póstumo*) y establece los términos claros a los que debe aplicarse la anulación de la institución de herederos, sin perjuicio de la validez de las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas, y así lo declara la sentencia de 17 de junio de 1908, no refiriéndose exclusivamente en concepto de herederos forzosos a los hijos legítimos, sino que también reconoce dicha condición a los hijos naturales conforme a sentencia de 27 de febrero de 1909; dicha doctrina proclama igualmente que la desheredación o la preterición han de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne y única de quien dispuso de sus bienes para después de su muerte, evitando dejar dicha voluntad en las sombras y oscuridad, sea que ésta dimanase de ignorancia o de propósito deliberado de burlar los derechos que la Ley le reconoce, pues todas estas hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero forzoso desvirtúan la fuerza y eficacia moral de dicha voluntad presunta, y justificada la anulación de la institución de herederos conforme al artículo que se examina, por lo cual no cabe relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno intervivos; por otra parte, la doctrina afirma que el precepto aplicado, 814 del Código civil, no autoriza ninguna interpretación en cuanto a las consecuencias de la preterición en testamento de dichos herederos, cual ocurre en este caso, respecto a la actora, única heredera forzosa del testador, dando lugar el supuesto de preterición a la sucesión intestada, sin necesidad de acudir, para hacer la declaración de única heredera forzosa, a otro procedimiento, ya que la materia debatida está íntimamente ligada a dicha declaración, de acuerdo a la doctrina de esta

Sala, ajustándose, por tanto, la sentencia al artículo referido en su redacción actual, cual lo sería respecto a la precedente, lo que determina la inexistencia del vicio que en el motivo se denuncia y da lugar a la desestimación del motivo examinado.

Considerando: Que la desestimación del anterior motivo lleva consigo la del siguiente, amparado en el mismo número que el anterior, el cual alega la violación del artículo 663 del Código civil, en relación con el artículo 814 del mismo, pues el artículo primeramente citado parte del supuesto de que el testador no tuviese herederos forzosos, y en este caso, tenía una hija, cuya condición de natural ha sido declarada en virtud de sentencia firme, no pudiendo aceptarse que los efectos de tal declaración hayan de referirse sólo a la posterioridad de la sentencia, puesto que sus derechos arrancan de la generación, y en segundo término el intentar apoyarse en la que afirma ser la voluntad del testador opuesta a dejar por sucesión hereditaria cosa alguna a su hija natural, esta presunta voluntad carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento, y es esta omisión la que, sea cualquiera el motivo, sanciona el artículo 814 del Código civil, con la anulación de la institución de herederos en los términos antes señalados y debe, por tanto, ser desestimado el motivo que se examina.

Considerando: Que el último de los motivos del recurso, seguido por el mismo cauce procesal se basa en la violación del artículo 817 del Código civil, el cual se dirige a la salvaguardia de la legítima del heredero forzoso, por lo que ha de partirse siempre de que el testamento ha dejado a éstos cantidad menor que la que legitimariamente les corresponde y les otorga la facultad de pedir el complemento de ésta, y este precepto legal es aquí inaplicable, pues para serlo habría de haber sido tenido en cuenta el heredero en el testamento y no le concedió la porción legítima, mientras que el artículo aplicado, 814, se basa en la absoluta omisión del heredero o herederos forzosos con la consecuencia anulatoria antes referida.

Comentario: La distinción entre preterición errónea e intencional, recogida en las Compilaciones catalana (art 141) y aragonesa (art. 122), ha tratado de ser aplicada por un prestigioso sector doctrinal al Derecho común (Cfr.: Roca SASTRE: *Notas al Tratado de Derecho civil de Ennecerus*, tomo V, vol. 2.º, páginas 287; DE LA CÁMARA ALVAREZ: *El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos*, «R. D. N.» núm. 7, 1955, páginas 7-88, especialmente págs. 64-81; VALLET: *El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los Derechos civiles españoles*, «A. D. C.», 1967, XX-1, págs. 3-116, especialmente págs. 49-52 y 91-95; ALBALADEJO: *Para una interpretación del artículo 814, párrafo 1.º, del Código civil*, «R. D. P.», diciembre 1967, tomo LI, págs. 1.023-1.048), si bien no ha faltado quien haya mostrado sus reservas (GARCÍA BERNARDO: *Preterición formal y material y nulidad de la institución*, «A. D. C.», 1969, XXII-2, páginas 313-381, especialmente, págs. 363-368), con la consecuencia de que la preterición errónea debería producir la nulidad *total* del testamento (no sólo de la institución de heredero) y la intencional, equiparada a la desheredación injusta, originaría únicamente la nulidad de las disposiciones que perjudicasen a la legítima del preterido. El profesor ALBALADEJO mantiene que el espíritu del artículo 814, párrafo 1.º, del Código civil no es el de anular toda la institución de heredero, sino sólo la parte que sea dañosa para el preterido; es decir, se

salva de la nulidad la parte de la institución que, según se deduzca de la voluntad del testador, se habría establecido aun habiendo instituido al preterido. Tal tendencia no ha triunfado en la jurisprudencia por el momento, ni parece pueda aplicarse sin distinguir los diversos supuestos según la concurrencia entre el legitimario preterido y los demás herederos, quienes, a su vez, pueden ser legitimarios o no, y en el primer caso, de preferente, igual o inferior condición que el preterido.

Por ello, conviene destacar que en el caso debatido el conflicto se plantea entre la única legitimaria, hija natural del testador, y un heredero voluntario. No se dice ni se desprende de la sentencia que el ejercicio de la acción de reconocimiento judicial se iniciase antes de otorgar el testamento o, al menos, en vida del padre, aunque en principio parece fácil que fuera esto último por el carácter excepcional del artículo 137 del Código civil. Quizá podría estimarse que la sentencia comentada choca con el carácter constitutivo de la sentencia relativa al reconocimiento del hijo natural y su eficacia irretroactiva (Véase ALBALADEJO: *El reconocimiento de la filiación natural*, Bosch, 1954; *Contenido, naturaleza y caracteres del reconocimiento de la filiación natural*, «R. D. N.», números 1-2, diciembre 1953, págs. 153-254, especialmente, págs. 241 y 249). Pero frente a ello cabe pensar que no hay absoluta unanimidad en estimarla constitutiva, que aun calificándola así, al poder ejercitarse después de la muerte del padre ha de ser con un interés, y éste puede ser muy bien la adquisición hereditaria, secuela de los deberes de la paternidad, que el Derecho hereditario es consecuencia ineludible del estado civil atribuido al hijo y, por último, que no hay incompatibilidad entre ese carácter constitutivo y la retroacción de los efectos sucesorios al momento de la apertura de la sucesión (Cfr.: DÍEZ PICAZO: *Reclamación de la filiación natural*, sentencia de 29 de noviembre de 1958, «A. D. C.», 1959, XXII-4, págs. 1.415-1.425; *De nuevo sobre reclamación de la filiación natural*, «A. D. C.», 1962, XV-1, págs. 205-232, especialmente pág. 224). Es posible entender que mientras está abierta la reclamación judicial por no haber caducado la acción correspondiente, existe un estado civil provisional, carente de firmeza, en cuanto sujeto a rectificación, impugnación o revisión; además, la sentencia que atribuye la paternidad lo hace teniendo en cuenta fundamentalmente hechos ocurridos y actos del padre realizados en un momento determinado, al cual no repugna extender la eficacia de consecuencias ulteriores (v. gr.: por muerte del mismo padre), siendo digna también de considerar la aplicabilidad del llamado reconocimiento incidental de la paternidad natural (Cfr.: F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, II-1, pág. 87; DÍEZ DEL CORRAL: *El reconocimiento incidental de la paternidad natural*, «A. D. C.», 1968, XX-3, págs. 551-577). En suma, no vemos razones suficientes y mucho menos las de índole exclusivamente dogmáticas, para no felicitarse por la decisión jurisprudencial que señala cauce abierto a la plena efectividad de los deberes paternos.

F. C. L.