

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS,
VICENTE LUIS MONTÉS,
ELÍAS IZGUIERDO MONTORO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD INDUSTRIAL

PRIORIDAD DE MARCA. *Tiene prioridad el uso de una marca aún no registrada, sobre la registrada posteriormente, si el usuario de la primera ejercita su acción antes de tres años de haberse realizado la inscripción de la segunda* (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1966).

Considerando: Que... la Jurisprudencia tiene declarado: a) que la prioridad de invención o uso es uno de los modos de adquirir el derecho a la marca, cuya concesión se otorga sin perjuicio de tercero, por lo que la inscripción a favor de otra persona, de la marca poseída por su dueño, puede ser anulada a instancia de ese tercero que justifique su dominio o posesión, si ejercita su acción antes de los tres años de haberse realizado aquella inscripción (sentencia de 25 de febrero de 1941); y b) que el Decreto de 3 de febrero de 1945, que modificó el artículo 120 del Estatuto, en el sentido de declarar obligatorio el registro de todas las marcas, «no excluye la posibilidad de que el Certificado de título de inscripción de una marca industrial concedido a persona o Entidad determinada que lo solicite pueda ser impugnado por un tercero, puesto que, según el artículo 12 del Estatuto, se otorgará sin su perjuicio, y la presunción *iuris tantum* de su propiedad, que el inscribiente tenga a su favor, mientras no consolide el dominio por el transcurso de los tres años siguientes a su inscripción, es impugnable e invalidable a instancia de quien se crea con derecho a tal distintivo y pruebe, de manera eficaz y conveniente, el uso extrarregistral por su parte» (sentencia de 8 de mayo de 1956).

OBJETO DE PATENTE. Para determinar lo que pueda ser objeto de patente, el legislador atiende, más, que al resultado o producto, al procedimiento para obtenerlos (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1966).

USO DEL APELLIDO COMO MARCA O NOMBRE COMERCIAL (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1967).

Considerando: Que .. es doctrina constante de esta Sala, que culmina en la sentencia de 13 de noviembre de 1965, que compendia y resume las anteriores, la de que nadie puede ser privado de su nombre propio o de sus apellidos en la designación de su ejercicio comercial, de sus marcas o del rótulo de su establecimiento en uso y disfrute del inalienable derecho a su filiación, si bien se ha declarado también (sentencia de 13 de diciembre de 1963) que ese derecho no es tan absoluto que cuando un nombre propio está ya registrado en el de la Propiedad Industrial a favor de determinada persona, pueda utilizarlo libremente, pero sí unido a otras palabras de fantasía que le hagan distinguirse lo suficientemente para evitar toda confusión y que no se produzca competencia ilícita con quien logró el acceso al Registro.

Nota.—Los Considerandos de la sentencia de 13 de noviembre de 1965, a que alude la que ahora insertamos, fueron recogidos en la página 1.597 del número 457 (correspondiente a noviembre-diciembre de 1966) de esta REVISTA, por entender que su doctrina es de verdadero interés.

CONSOLIDACION DE MARCA. El dominio de una marca se consolida transcurridos tres años desde su uso, quieto y pacíficamente y sin protesta alguna, conforme determina el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial, que no exige los requisitos de buena fe y justo título cuando concurra la consolidación, dado que en su redacción interpone la disyuntiva «o» entre ambas formas de adquirir el dominio de una marca, que equivale a determinar que una sola de ellas es suficiente para consolidar la propiedad (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1967).

NOMBRE COMERCIAL; SU ADQUISICION. VOLUNTARIEDAD DE SU REGISTRACION. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1967).

Considerando: Que. la posibilidad de obtener de los Tribunales ordinarios la declaración de propiedad de un nombre comercial, no depende en nuestro Ordenamiento jurídico de la circunstancia de que el demandante haya aportado o no a las actuaciones el Certificado a que alude el párrafo 2º del artículo 14 del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, porque su concesión, cuyos efectos reseñan las sentencias de esta Sala de 23 de marzo de 1945 y 26 de mayo y 17 de diciembre de 1956, únicamente provoca, en lo que atañe a las facultades dominicales y durante los tres primeros años de su vigencia, el resultado de crear una presunción *iuris tantum* de propiedad sobre la modalidad inscrita que, al poder ser destruida por cualquiera de los medios de prueba admitidos por el artículo 1.215 del Código civil y disposiciones concordantes, no enerva ni anula los derechos del mismo orden adquiridos

por personas extrañas a través de la prioridad de su uso (art. 1.º, párrafo 2.º) o de la usucapción (sentencias de 6 de mayo de 1955 y 8 de mayo de 1956) que, por consiguiente, pueden hacerse valer en juicio, incluso frente a futuros titulares registrales (sentencias de 5 de mayo de 1930 y 5 de junio de 1933), mediante la oportuna acción reivindicatoria ejercitable en el juicio declarativo que correspondía a su cuantía (artículos 13 y 267 y sentencias de 23 de septiembre de 1932 y 18 de marzo de 1960).

Considerando: Que la obligación de registrar las marcas impuestas por el párrafo 1.º del artículo 120 del repetido Decreto, modificado por el de 3 de febrero de 1945, no es aplicable cuando se trata de marcas, sino de nombres comerciales comprendidos en el 196 y siguientes, según expresamente se acordó en el artículo 8 del Convenio de París de 20 de marzo de 1883, revisado en La Haya en 1925, y se proclamó, en concordancia con tal precepto, por el párrafo 1.º del artículo 199 del Estatuto de la Propiedad Industrial (sentencia de 21 de noviembre de 1958), y porque aun cuando se entendiera otra cosa, la omisión de semejante requisito no afectaría a la virtualidad del derecho que hubiese sido adquirido al margen de la oficina registral, puesto que, a lo sumo, daría lugar a la imposición del correctivo previsto en el artículo 137 de la Ley de 16 de mayo de 1902, como con claridad expresa el párrafo 2.º del indicado artículo 120, y hace resaltar la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1956.

EFFECTOS DE LAS PATENTES CADUCADAS. En caso de patentes idénticas sucesivas a favor de la misma persona, la caducidad de la primeramente inscrita, con su consiguiente entrada en el dominio público, determina la nulidad de las posteriores. El artículo 162 del Estatuto de la Propiedad Industrial se refiere única y exclusivamente a las «marcas», y los «elementos» a que alude son aquellos que se consignan en los artículos 118 y 119, sin posibilidad, por la propia naturaleza e índole de los mismos de aplicarse, por extensión o analogía, a las «patentes» (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1968).

CUALQUIER PERFECCIONAMIENTO NO ES OBJETO DE PATENTE. La obtención de cualquier perfeccionamiento sobre lo ya conocido no es bastante para la consecución de una patente, según interpreta la jurisprudencia los artículos 115, número 1.º; 46 y 48, número 3.º, del Estatuto de la Propiedad Industrial (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1968).

INTERPRETACION DEL PARRAFO 1.º DEL ARTICULO 180 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1968).

Considerando: Que... la interpretación que debe prevalecer es la de que basta una de ambas circunstancias (no ser conocido, no ser practicado) para ser considerados nulos los modelos de utilidad, ya que, por la simple lectura del precepto, es de ver que la frase «no haberse conocido o practicado en España» se emplea con estricta referencia a la declaración que, a efectos administrativos, ha de hacer ante el Registro, quien pretenda la inscripción del modelo, cuya posterior anulación se inste, pero no

trata de condicionar con una doble exigencia la carga probatoria que pesa sobre quien solicitó aquélla; y basta para convencerse lo dispuesto en el artículo 174 del propio Estatuto, en el que se dice que no podrá ser objeto de utilidad todo aquello que esté incluido en las prohibiciones de los casos 3.º, 4.º y 5.º del artículo 48, relativas a las patentes de invención y los que *sean divulgados o hayan sido practicados en España*, pues la conjunción disyuntiva que al final se emplea es evidentemente demostrativa de que basta que los modelos de utilidad hayan sido divulgados o practicados en España, para que la inscripción de otros iguales lo sea «contra legem», y, por tanto, susceptible de ser declarada su nulidad, al ampro del número 1.º del artículo 180 del Estatuto, en relación con el precepto genérico del artículo 4.º del Código civil.

CONCEPTO DE «NOVEDAD» A LOS EFECTOS DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. ¿ES CUESTION DE HECHO O DE DERECHO? (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1968).

Considerando: Que... los problemas que se suscitan en estos procedimientos acerca de la novedad de las distintas modalidades comprendidas en aquel Cuerpo legal (el Estatuto de la Propiedad Industrial), entre las que figuran las relacionadas con el artículo 171 (sentencia de 23 de febrero de 1966) entrañan una cuestión de hecho (sentencias de 20 de octubre de 1965 y 30 de junio de 1966), por estar atribuida a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, únicamente pueden censurarse en casación por el cauce señalado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencias de 13 de febrero de 1960 y 14 de abril de 1961)... De acuerdo con el número 3.º del artículo 48 del mismo Decreto-Ley y sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1958, no obsta a la protegibilidad de tales innovaciones la circunstancia de que en su obtención se hayan empleado medios conocidos, puesto que, de aceptarse otra tesis, se desembocaría en el estancamiento de todo progreso industrial; y porque el perfeccionamiento perseguido con el modelo de utilidad que se discute constituye un esfuerzo intelectual, dirigido a mejorar una actividad anterior (sentencia de 25 de febrero de 1957), perfectamente encajable entre los requisitos que, para la aplicación del precepto indicado, se exige por la jurisprudencia de esta Sala, en sus sentencias de 25 de enero de 1965 y 23 de febrero de 1966.

Nota.—También la sentencia, anteriormente reseñada de 26 de abril de 1968, reitera que el concepto de novedad es cuestión de hecho.

LEGITIMACION PARA COMBATIR UNA MARCA REGISTRADA EL APELLIDO COMO MARCA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1968).

Considerando: Que..., en lo referente a la legitimación activa, es preciso advertir: A) Que no puede aceptarse—al menos con el carácter radical con que se expresa—la tesis de la Sala sentenciadora, limitando la legitimación activa, para demandar, con apoyo en los preceptos especiales del Estatuto de la Propiedad Industrial, a quienes sean titulares de una modalidad, de dicha propiedad, con anterioridad a la inscripción de la que pretenda anularse, pues aunque de ordinario se accione al amparo de esa inscripción registral anterior, no cabe desconocer la posibilidad de que así

no ocurra, desde que el artículo 1.º de la Ley proclama que la propiedad industrial la adquieren, por sí mismos, los inventores y descubridores, con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria y el productor, fabricante o comerciante, con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de su trabajo y añade que la Ley no crea, por tanto, la propiedad industrial, limitando su función a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de las formalidades que en la Ley especial se fijan, el derecho que, por sí mismos, hayan adquirido los interesados, por el hecho de la prioridad de la «invención», del «uso» o del «registro», según los casos; o sea, que no es el Registro quien únicamente confiere la calidad de propietario, ni él solo, motivo en que cabe apoyar una legitimación activa que puede derivarse algún otro título (invención o uso), a los que la Ley también adscribe la adquisición de la propiedad; de aquí que tampoco pueda aceptarse, con la generalidad que se expone, el punto de vista de que, al no haber inscripción anterior, no cabe accionar dentro del procedimiento especial, que se establece en los artículos 268 y 270 del Estatuto, ya que éste atiende, no a la «causa» de pedir, sino a la «finalidad» de la petición, y basta con que en juicio se solicite la nulidad de registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial, para que el proceso haya de acomodarse a las reglas establecidas en el artículo 270, si bien excluyendo del ámbito del juicio otras cuestiones, como las referentes a resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios que han de ser sometidos al juicio ordinario, según ya dijo la sentencia de 6 de abril de 1945 y la jurisprudencia posterior. B) Que, por ello, la sentencia de 16 de abril de 1966 proclama que es evidente que el ejercicio de la acción de nulidad no exige hallarse en las condiciones que determina el artículo 167 del Estatuto, sino la simple calidad de «perjudicado», con la extensión que, para las patentes, reconoce el artículo 115, el que debe ser interpretado, como lo hace la sentencia de 17 de diciembre de 1956, seguida por la de 7 de diciembre de 1964, en el sentido de que, si bien no se concede una verdadera acción popular al respecto, tampoco se exige, para deducir la impugnación, la prueba de un perjuicio real y efectivo, bastando con la existencia de algún daño o menoscabo, presente y futuramente previsible, en el orden normal de las circunstancias de las cosas, lo que se ofrecerá en caso de que el demandante ejerza una industria en la que puedan utilizarse los productos resultados de la modalidad inscrita, en sus variadas aplicaciones. C) Que, al centrar la cuestión en torno al caso concreto de autos, en el que falta el ejercicio de esa industria que pudiera ser objeto de lesión, al tener que referir ésta al simple uso de un apellido igual a la denominación de la marca inscrita, hay que examinar las circunstancias concurrentes, tanto en la petición de inscripción como en la persona del impugnante..., destacando, por consiguiente: Primero: Que el inscribiente no pretendió registrar como marca, ni su propio apellido (que no era el de la denominación inscrita), ni el de ninguna otra persona, explicándose la coincidencia por un hecho fortuito... Segundo: Que el demandante, por su profesión habitual, incompatible con el ejercicio del comercio y de la industria (1), aunque se considere perju-

(1) El demandante es Registrador de la Propiedad; pero a pesar de lo que dice el Tribunal Supremo, siquiera sea de pasada, no encontramos precepto alguno que prohíba, en nuestra legislación, a los Registradores de la Propiedad, el ejercicio del Comercio e Industria.

dicado, no acredita razonablemente la existencia, ni aún la probabilidad, del perjuicio, no siendo para ello suficiente la alegación de que, en un futuro imprevisible, pudiera ser obstáculo la inscripción de la marca, para utilizar como tal su propio apellido, si el mismo o sus descendientes quisieran ejercer el comercio, pues la reforma introducida en el artículo 124 del Estatuto, por el Decreto de 26 de diciembre de 1947, hace que los apellidos pierdan su carácter, al solicitarse como distintivo de marca, quedando sujetos como otra denominación comparativa cualquiera, al respecto, a la semejanza fonética o gráfica, con otros distintivos ya registrados, y, en el caso de autos, tal semejanza se desvirtúa, no sólo porque la marca está completada por una etiqueta en colores que, naturalmente, no existe en el caso del apellido del demandante, sino porque si tal semejanza existe con la palabra, aisladamente considerada, no se da si al primer apellido se añade el segundo del demandante, ya que es evidente que existen multitud de personas que ostentan el mismo apellido como primero, y por ello, para individualizarse, han de acudir a emplear un segundo que delimita la completa denominación de la persona de que se trate.

REQUISITOS PARA LA CONSOLIDACION DE MARCA (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1968).

Considerando: Que... la inscripción, unida al transcurso de tres años, no basta para consolidar el dominio de la marca, dado que dichos requisitos han de ir acompañados de la explotación no interrumpida de la misma o de su quieta posesión, con buena fe y justo título, necesarios para que la presunción *iuris tantum*, de propiedad concedida al titular por el hecho de la inscripción, se convierta *iuris et de iure*, haciéndose inatacable.

Nota.—Es de tener en cuenta la sentencia de 14 de febrero de 1969, que se reseña seguidamente.

CONSOLIDACION DEL DOMINIO DE UNA MARCA (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1969).

Considerando: Que la casi constante jurisprudencia de esta Sala viene declarando que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial, el transcurso de tres años, a partir de la publicación de la inscripción en el Registro de una marca, consolida su dominio, y deja a sus titulares inmunizados contra las acciones impugnatorias que los terceros puedan deducir contra ella, siempre que su titular no haya sido inquietado durante ese plazo y posea con buena fe y justo título, aunque la causa de nulidad esgrimida, sea alguna de las que, como prohibiciones para la inscripción, señala el artículo 124, ya que aquel precepto no hace distinción respecto a la causa de nulidad que sea invocada (sentencias de 26 de septiembre de 1963, 13 de mayo y 10 de diciembre de 1965, 21 de abril de 1966), entre otras.

Nota.—Recuérdese la sentencia de 29 de noviembre de 1968, anteriormente reseñada.

RECONSTRUCCION DE MURO MEDIANERO. Obligación legal ex. art. 576 del Código civil. Aplicación del art. 1902, carácter de la responsabilidad. Ybarra C. Pérez de Vera (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1968).

Resulta de la demanda que la actora es propietaria de una casa, lindante con otra de la demandada, separadas ambas por un muro divisorio medianero. El edificio de la demandada fue demolido y adaptado el solar a cinematógrafo de verano, mediante las oportunas obras de nivelación; como consecuencia de la demolición y de no haberse tomado las medidas técnicas pertinentes, el muro divisorio se halla en estado ruinoso, repercutiendo sobre las construcciones en el mismo apoyadas (edificio de la actora). Se había requerido a la demandada para que efectuara las obras necesarias de reparación; la demandada no adoptó ni en la demolición ni en la nivelación las medidas mínimas necesarias, dando lugar a la actual situación: se teme el desprendimiento y se han producido daños de entidad.

Se pide la condena de la demandada a efectuar las obras de reconstrucción y reparación necesarias en el muro y a abonar el importe de los daños originados en el inmueble propiedad de la actora, más daños y perjuicios a fijar en ejecución de sentencia.

Se contestó a la demanda que la casa citada fue demolida en virtud de su estado de ruina y porque así convenía a la demandada con todos los requisitos administrativos, técnicos y legales siete años atrás; que no se realizaron daños ni en el relleno (porque la pendiente de la calle es suficiente para verter las aguas ni en la demolición, como lo prueba la falta de protesta durante siete años; que, habiéndose efectuado las obras de demolición de acuerdo con los usos y costumbres y con toda clase de precauciones, los hechos no le eran imputables. Se pidió la absolución de la demanda.

En 1.ª Instancia se estima en parte la demanda, condenando a la demandada a efectuar obras de reparación y reconstrucción del muro medianero y a indemnizar los daños y perjuicios producidos en la casa de la actora, pero sólo en las habitaciones contiguas al muro (planta baja y primera).

En Apelación dicha sentencia fue íntegramente confirmada.

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

1.º Infracción, por violación, de la norma del art. 1.968 del Código civil. El Tribunal de Instancia considera que se trata de una acción dirigida a exigir el cumplimiento de una obligación legal (art. 576) y nos hallamos fuera del supuesto del art. 1.902 y, por tanto, el plazo prescriptivo es el general de 15 años que la Ley señala a las acciones personales sin plazo especial. Dicho punto de vista es erróneo: no se acciona aquí el cumplimiento de la obligación legal del art. 576 del Código civil, sino que se parte de la base de ese incumplimiento para pedir la indemnización de daños y perjuicios, que se traduce en la condena a realizar ciertas obras (indemnización específica) y la de abonar en metálico ciertas cantidades. Pero siendo aquí inaplicable el art. 576 del Código civil (que se refiere a un supuesto diferente), hay que atenerse a la general doctrina que rige la responsabilidad extracontractual o aquiliana, y no encontrándose aquí ante un pleito en que se reclame el cumplimiento de una obligación contractual o legal, sino tan sólo el resarcimiento de unos supuestos daños y perjuicios, la acción que se ejercita no puede ser otra que

la de indemnización del 1.902, prescrita por imperativo del 1.968 del Código civil.

2.º Infracción, por aplicación indebida, del art. 576 del Código civil.

Tal artículo no es aplicable porque, no ha habido en el presente caso renuncia a la medianería. Y, además, se da por probado que el derribo se efectuó siete años antes que la demanda; que la pared es medianera hasta determinada altura y propia de la finca colindante desde el segundo piso y que los daños no han sido consecuencia directa del derribo, sino de filtraciones (causas posteriores). Siendo el muro medianero sólo en parte, su régimen no puede ser determinado sólo por las reglas de la medianería; la renuncia a la medianería no responsabiliza más que por los daños que el derribo suponga por el hecho del derribo... y que existe una notoria contradicción al afirmar que la pared no es medianera y condenar a reconstruirla.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso con base en los siguientes Considerandos:

(Que el primer motivo no puede prosperar) porque ni la demanda inicial del pleito ni las decisiones de los juzgadores de instancia apoyan sus decisiones (en las obligaciones derivadas de culpa o negligencia del artículo 1.902), sino que tanto aquellas como éstas están puestas en directa e íntima relación con el incumplimiento de la obligación legal impuesta a los medianeros en el artículo 576 Código civil. regulada (además), por las disposiciones contenidas en el libro IV del mismo Código civil... entre las que se encuentra la sancionada en el artículo 1.101, que no está sometida al régimen de la responsabilidad aquiliana del 1.902... y está sometida al específico (plazo prescriptivo) del artículo 1.964...

Que se trata de un supuesto que es consecuencia de la obligación impuesta legalmente al medianero que renuncia a la medianería en el artículo 576 Código civil..., habiéndose declarado probado con una declaración que es firme a todos los efectos..., que dicha parte renunció a la medianería un tiempo existente, derribando el edificio de su propiedad, colindante y medianero con el de la actora y hoy recurrida, quien sufrió una serie de daños que son el resultado directo o indirecto de aquel derribo, base suficiente, según la Ley para obligar a la reparación, sin que esta obligación pueda quedar enervada por el hecho de que la demolición se efectuase siete años antes de que se reclamase, si como aquí sucedió, está acreditado que reside en la misma la causa de los referidos daños que paulatina e insensiblemente han podido ir acrecentándose hasta motivar el ejercicio de la acción y sin que el término «por aquella vez solamente» que utiliza el legislador pueda significar otra cosa que la referencia expresa a que los daños que se causan, al margen del tiempo que transcurra desde su producción, tendrán que ser reparados por una sola vez.

V. L. M.

DECLARACION DE PROPIEDAD DE FINCA RUSTICA. Presupuestos para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Doble titularidad registral: dominical y posesoria. Cuestión nueva que no puede tener acceso a la casación. Abono de los frutos percibidos o por percibir, derivado de la entrega de la cosa reivindicada.—A. C. S. contra el Ayuntamiento de V.. Ponente: don José Beltrán de Heredia Castaño (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1967).

Demanda.—Don A. C. S. era dueño de la finca rústica sita en término municipal de Barchín del Hoyo y denominada «Dehesa del Sabinar», dándose de-

talladamente su cabida, accidentes topográficos, linderos, según la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad y título de adquisición de la misma. Reseña para mejor conocimiento las sucesivas enajenaciones sufridas por la finca.

El 16 de junio de 1909 se verificó por personal de la Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral la operación de deslindar y amojonar los términos municipales de Barchin y Valverdejo, a cuyo acto acudieron representantes de ambos Ayuntamientos, reconociendo los mojones uno al octavo, ambos inclusive, y las líneas de unión entre los siete primeros, pero no entre el 7.º y 8.º, en que no hubo conformidad.

Los días 16 y 17 de marzo de 1943 se practicaron nuevas operaciones de reconocimiento de la línea de separación entre ambos términos, con asistencia de representantes de ambos Ayuntamientos y un funcionario de la Dirección General, reconociéndose los mojones 1.º al 7.º y desde el 18 con la disconformidad del Ayuntamiento de Valverdejo.

En el año 1940, el citado Ayuntamiento, sin títulos que justificasen su conducta, perturbó al demandante en el pacífico disfrute de su propiedad, ordenó su detención por talar pinos y contrató con la U. R. E., S. A. la resinación de 2.664 pinos del Sabinar, por un período de cinco años, por cuyo hecho se formuló por el demandante la correspondiente protesta que no surtió efecto alguno. El Ayuntamiento en 1941 cortó algunos pinos que se vendieron en pública subasta. Desde 1940 ha arrendado los pastos de parte de la finca «El Sabinar».

Aunque todos los propietarios de la finca disfrutaron sin interrupción del «Sabinar», desde que se adquirió en pública subasta hasta 1940, el Ayuntamiento de Valverdejo «no cesó de realizar actos atentatorios contra el derecho de propiedad del demandante». La denuncia por corta de pinos se sobreesayó provisionalmente, por entender que se trataba de una cuestión a dirimir en un procedimiento civil.

Pese a lo expuesto, la posesión total por el Ayuntamiento no ha sido hasta época reciente, aunque el demandado ha aprovechado labores de siembra, recogida de cosechas y pastoreo en los términos de litigio y pensando que don A. C. defendería sus derechos puso en juego el único procedimiento utilizable e inscribió la posesión de la tierra, que le brindaba el art. 26 del Registro Hipotecario entonces vigente, a virtud de certificación expedida por el propio secretario y con este procedimiento tan sencillo el Ayuntamiento se hacía poseedor registral de una finca cuya inscripción no podía rechazar el Registrador, porque la descripción que se formulaba no estaba en contradicción con asientos no cancelados, todo ello por virtud de las diferencias de linderos entre las descripciones de ambas fincas inscritas, en especial en lo referente al lindero Sur de la finca del demandante (que en parte coincide con la línea de separación de los dos términos municipales citados).

En agosto de 1948, nuevamente el Ayuntamiento taló y vendió en pública subasta 514 pinos, ignorándose el importe de dicha venta, y posteriormente se apropió de unos árboles, no sólo en la parcela discutida, sino también en la que el demandado reconoce como de su demandante; se denunció este hecho y se constituyó en depósito unos 300 pinos, hasta tanto que se resolviera sobre su propiedad.

El demandante, además de los intentos amistosos, ha instado procedimientos judiciales. El primero, por el cauce del 41 de la Ley Hipotecaria; se desestimó la demanda por no considerar adecuado el Juzgado tal procedimiento. El segun-

do, un declarativo ordinario de mayor cuantía en que se acogió por el Juzgado la excepción alegada por el demandado, de defecto legal en el modo de proponer la demanda y se fallo sin entrar en el fondo de la cuestión. Esta sentencia fue confirmada por la Territorial, al ser recurrida por el demandante. Han fracasado todas las tentativas iniciadas por el demandante, por lo que se pone de relieve la buena fe con que actúa.

Suplico.—Sentencia declarativa de que «El Sabinar», descrita en la demanda, pertenece en pleno dominio y, en su totalidad al demandante y tiene como lindero Sur la mojonera entre los términos de Barchin y Valverdejo, reconstruyendo el deslinde del año 1943, desde los mojones 23 hasta el 38. La nulidad de la inscripción de posesión practicada en el Registro en favor del Ayuntamiento de Valverdejo. Expresa declaración de temeridad y mala fe por parte del Municipio, a causa de los actos de perturbación y aprovechamiento de productos de la finca, reseñados. Condenar al demandado a estar y pasar por las declaraciones hechas y a que en lo sucesivo se abstenga de aprovecharse o perturbar al demandante en el libre ejercicio de sus facultades dominicales. Condenar al demandado al abono de 5.994 pesetas con los intereses correspondientes, por las resinas extraídas durante los años 1940 al 1944, ambos inclusive; 5.280 por los pinos cortados en 1944 y el valor de los 514 pinos también vendidos por el Ayuntamiento en 1948, cuyo precio de venta se desconoce y el valor de los pastos aprovechados indebidamente desde el año 1940, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, así como decretar la entrega al demandante de los 300 pinos depositados por orden judicial.

Contestación.—Se niegan todos los hechos de la demanda que se opongan a los que por su parte se constatan. El Ayuntamiento es dueño de la finca que se describe, situada y delimitada, dando cabida y destino: producción de pinos. Desde tiempo inmemorial poseyó el Ayuntamiento esta finca a título de dueño, queta y pacíficamente. Esta finca se conocía por el nombre de los «Arenalejos».

En 1943, con ocasión del nuevo trazado de la línea divisoria entre los términos municipales, surgió en el señor C. la pretensión de hacerla suya. Dicha finca se halla perfectamente identificada, y aunque los archivos fueron destruidos en la última guerra, la situación real y documental es más que suficiente para justificar el derecho de la Corporación.

La finca descrita por el actor es totalmente distinta e independiente de los «Arenalejos» y conviene precisar que ésta es pinar y «El Sabinar», como su nombre indica, es tierra destinada solamente a pastos; las propiedades del señor C., que figuran catastradas bajo esta denominación, son de cereal, erial y leñas pajas. Las cabidas de ambas fincas son distintas y no cabe confusión. Ambas fincas son reales, con entidad y denominación distinta, teniendo los «Arenalejos» superficie en el término municipal de Barchin del Hoyo, razonándose también, en base de la situación de los respectivos rótulos de ambas fincas. La descripción de «Arenalejos» es real y moderna y con especies arbóreas distintas del «Sabinar». La «Dehesa del Sabinar» en su descripción más moderna reproduce unos límites de 1860 para lo cual ha debido hacerse «una operación quirúrgica con el primer asiento registral» y por ello, no es extraño que en la escritura de compraventa se renunciara por el señor C., expresamente, a los derechos de saneamiento y evicción, negándose, por todo lo dicho, la eficacia y validez al título esgrimido.

Es totalmente inexacto que la mojonera de 1860 coincida con el deslinde administrativo de 1943, por cuanto tal afirmación deberá probarse por quien la hace y en estos ochenta y tres años se han creado realidades patrimoniales y jurídicas que se apoyan en la realidad del deslinde de 1909 y así vino a resultar, catastralmente, punto de referencia para las propiedades privadas. Apoyado incluso en los documentos presentados de adverso adviene la inexactitud del correlativo y aporta, además, oficio dirigido por la Junta Provincial de Fomento Pecuario a la Junta Local de Valverdejo de 23 de julio de 1943.

La línea trazada entre los mojones siete a ocho ha venido siendo utilizada por el Catastro, por la Administración y por los propios particulares.

Se confunden, de adverso, datos con valoraciones personales y se manejan transcripciones parciales de los documentos.

Los actos de disposición, en relación con los «Arenalejos», son el fruto de su derecho, y el Ayuntamiento de Valverdejo no tenía que esperar el nuevo deslinde de 1943 para utilizar y disfrutar de su finca; suponiendo mucha casualidad que en todas las incidencias promovidas por el señor C. contra el Ayuntamiento, en la esfera penal, administrativa y civil, se haya dado la razón al Municipio.

El Ayuntamiento de Valverdejo ha realizado sus actos de disfrute y aprovechamiento en los «Arenalejos» y no en el «Sabinar», y «todas las entidades, autoridades y demás» entienden que los «Arenalejos» son del Ayuntamiento, salvo el señor C, a pesar de su renuncia al saneamiento y evicción, a pesar de haber comprado la finca en 1.000 pesetas, a pesar de no tener más de 39 hectáreas de extensión y a pesar de no tener pinos en sus títulos, entiende «incansable» que el «Sabinar» debe absorber a los «Arenalejos».

Se invocan, por el actor, nuevas razones, respecto a pleitos anteriores, con la pretensión de que se ha interrumpido la posesión del Ayuntamiento.

La finca del Ayuntamiento no ha variado en su descripción desde 1859 a 1960 y el problema consiste en demostrar que aquella finca de 89 hectáreas, puede en la actualidad absorber «Los Arenalejos» y duplicar su extensión. No fue trazada la línea de 1909 entre los mojones 7 y 8, pues lo cierto es que se trazó y viene siendo utilizada y respetada. La línea de 1943 es una confirmación y reconstrucción de la anterior y no coincide con el límite Sur de la «Dehesa del Sabinar» porque con tal conclusión la finca casi duplica su extensión y se convierte en pinar, estado agrícola distinto del reseñado en la escritura de adquisición en 1932. No es cierto que el lindero Norte de la finca del Ayuntamiento no existiera hasta 1909, aunque el señor C. quiera desconocer que las fincas siempre tienen cuatro linderos y también pretende ignorar la extensión de su finca.

Se pone de manifiesto la mala fe del actor, basándose en su aserto de querer justificar la buena fe y en la tenacidad con que pretendió resolver el reconocimiento de su derecho en los varios procedimientos instados a su causa.

Suplico.—No haber lugar a la demanda; se absuelva de la misma en todas y cada una de sus partes y se declare que el terreno de los «Arenalejos»—comprendido entre la línea tradicional del deslinde de 1909 y la definitiva de 1943, trazada por el Instituto Geográfico Catastral—pertenece al Ayuntamiento de Valverdejo por justo título que ostentó por prescripción ordinaria o extraordinaria en su caso, lo que se solicita por vía reconventional, con imposición de costas al actor.

Replica y duplica.—Se replicó suplicando sentencia desestimando las alegaciones del demandado, ampliando lo pedido en el número 5, absolviendo al demandante de la reconvencción y declarando no haber lugar a ella, por estimar la excepción de defecto legal en el modo de proponerla o por estimar la excepción de falta de acción del demandado-reconvigente y condenándole en las costas del procedimiento.

Se duplicó suplicando sentencia en la forma interesada en la contestación y ordenando la cancelación o modificación del asiento registral que sobre «El Sabinar» tiene el señor C. y con imposición de costas al actor.

Sentencia de primera instancia.—Estimación de la demanda y desestimación de la reconvencción. La finca denominada «El Sabinar» (descrita en el primer Resultando de esta Resolución) pertenece al actor en pleno dominio en toda su extensión y con los linderos que se describen, teniendo como lindero Sur, la línea de separación de términos entre Barchin del Hoyo y Valverdejo, reconstruida por el deslinde practicado en 1943 por el Servicio Catastral. Es nula la inscripción de posesión practicada a favor del Ayuntamiento de Valverdejo, el 19 de octubre en 1944, en base a la certificación expedida por el Secretario de dicho Ayuntamiento, y procede la inmediata cancelación del mismo. No ha lugar a la inscripción alegada por el demandado que poseyó de mala fe desde la fecha de la primera reclamación entablada por el actor.

Condenó al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a no realizar actos posesorios sobre dicha finca, debiendo abonar al actor los frutos percibidos y debidos percibir o su importe, más los intereses legales, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia.

Apelación.—Confirma la sentencia expresada, sin expresa imposición de costas de la segunda instancia.

Casación por infracción de Ley.—Fundado en los números 1.º, 3.º y 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y amparado en los siguientes motivos:

Primer.—Amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal *a quo* infringe por indebida aplicación el artículo 348 del Código civil, que se limita a establecer una «norma en blanco» que se rellena con la doctrina científica y, sobre todo, por la autoridad de la jurisprudencia, que, según la doctrina constante, donde verdaderamente se ha configurado la institución, considera esenciales los tres clásicos requisitos de: prueba de dominio por el actor, identificación de la finca reclamada y posesión de ésta por el demandado; citándose sentencias del Alto Tribunal al respecto. Que lo mismo que ocurre con los requisitos del artículo 1261, para la existencia de un contrato; estos tres requisitos se concatenan y cualquiera de ellos puede tomarse como básico, y, a su vez, resume a los otros dos, y sobre el actor recae la carga de la prueba, a tenor del artículo 1.214. El problema de la identificación viene aquí a convertirse en médula de todo el proceso reivindicatorio. La cosa reclamada debe fijarse inconfundiblemente en la demanda y cotejarse con la realidad física en el período probatorio. Aunque la identificación es *questio facti*, según reiterada doctrina de esta Sala, en principio entregada a la soberanía del Juzgador de instancia, es obvio que, por amplia que sea la estimativa de las probanzas, debe subordinarse a la *questio iuri* de los requisitos tipificadores de la *reivindicatio* que el Tri-

bunal *a quo* ha de respetar, sin relevar al actor de las obligaciones que le impone el 348 del Código civil, desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la demanda incumplió el actor la obligación *sine qua non* de determinar claramente el objeto de la reivindicación, y no precisa la parte que considera invadida y detenida por la Entidad demandada, para después identificarla sobre el terreno. Tan sólo de pasada, al pedir la nulidad del título del Ayuntamiento sobre la finca distinta (núm. 2 del Suplico), lo razona, diciendo que «su parte» coincide con su finca «El Sabinar», la de «Arenalejos», pero aparte de la contradicción de pedir la nulidad y cancelación del asiento registral, cuando sólo acusa colisión parcial, no fija ni delimita la parcela detenida. Ni el propio actor podía suplir esta omisión, en el periodo probatorio, ni el Juzgador de instancia podía dispensarle de tal obligación. El Juzgador de Primera Instancia pretende que las partes se hallan de acuerdo respecto a la parcela discutida, que nunca señaló el actor. En la misma dirección se mueve la sentencia de la Audiencia, como si cupiera en la acción reivindicatoria que el demandado, que niega ser detentador, vaya a hacerle al demandante, no ya la prueba de sus afirmaciones, sino la demanda clara y formal que él no hizo. Se considera inferior la titulación del demandado, por ser inmatriculación de posesión y se acepta, implícitamente, la tesis de que «Arenalejos» era una pura ficción registral, a pesar de constar en mapas y planos, bastantes anteriores al pleito, y ofrece una realidad física apreciable en el terreno, netamente diferenciada del «Sabinar», por su arbolado. Se resuelve la cuestión de la identificación, más por hipótesis y razonamientos, que por material percepción.

Segundo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho, demostrado por: la escritura del actor, título básico de su acción; certificado registral, con la completa historia de «El Sabinar»; acta de adjudicación en subasta de «El Sabinar», por el Ayuntamiento de Barchín de Hoyo, a cuyos propios pertenecía; mapas y planos aportados; certificación del Secretario del Ayuntamiento de Valverdejo y la registral relativa a su inscripción; certificaciones catastrales aportadas «para mejor proveer». Reitera las razones expuestas en la contestación a la demanda sobre: el linde señalado, con referencia a una delimitación de términos municipales; la existencia de «Arenalejos», en mapas y planos catastrales, desde antiguo; distintos cultivos de las fincas; el absurdo de comprar en 1.000 pesetas una finca que en el siglo pasado valía 2.600 pesetas y que la acción reivindicatoria no puede consistir en la comparación de titulaciones, sino en la identificación de lo reivindicado sobre el terreno.

Tercero.—Amparado en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 359 de la misma Ley, en cuanto la sentencia de la Audiencia confirma íntegramente la de la Primera Instancia, declara la nulidad y ordena la cancelación total de la inscripción de «Arenalejos», implicando el *suplico*, la nulidad y cancelación en cuanto sea terreno comprendido en la reivindicación.

Cuarto.—Amparado en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 359, en cuanto al condenar a la entrega de frutos e intereses legales, con tal incongruencia, concede más de lo pedido y acusa los defectos formales de la Primera Instancia no corregidos en la Segunda.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto al declarar la nulidad y ordenar la cancelación de la inscripción vigente se viola el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, especialmente en su apartado D), en relación con el 38 y los 79 y 80 de la misma Ley y con el 348 del Código civil, así como el 313 de Reglamento Hipotecario. La acción hipotecaria debe resolverse previamente a la reivindicatoria, pues en otro caso el artículo 38 seguiría siendo un obstáculo a la acción real; todo, pues, al contrario de como se pedía y se concede en la sentencia impugnada. Ni sobre el terreno, ni sobre la titulación registral se demostró jamás la existencia y determinación de una zona polémica. Como solución al problema, en el terreno civil pudo muy bien acudir al deslinde de los artículos 384 y siguientes del Código civil y en el hipotecario acudir al procedimiento del artículo 313 del Reglamento H. para demostrar la doble inmatriculación.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 21, 24, 26, 27 y 28 del Registro Hipotecario de 6 de agosto de 1915, en relación con el 3.º y 399 de la Ley Hipotecaria de 1.909, disposición transitoria 4 de la Ley vigente y artículo 206 de esta última Ley, por minimizar la importancia y valor del asiento posesorio, frente a la inscripción de dominio del actor.

Séptimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por condenar al pago de los frutos se infringe el artículo 455 del Código civil y los artículos 433, 434 y 435 del mismo Código, así como los 1.250 y 1.251. Aparece incongruencia entre lo pedido y lo concedido. Lo menos que puede pedirse al Juzgador es que se formule claramente la mala fe en la posesión y se deduzca del aparato probatorio ofrecido, pero que no basta una «mera impresión». Se releva al actor del «onus probandi» y precisamente se usa contra el favorecido por la presunción legal del artículo 1.250 una presunción del 1.253 que nunca será admisible y que ni tiene soporte de hecho para operar el raciocinio. Se impone una mayor cautela en el caso de autos, porque la buena fe presupone una conciencia que sería difícil atribuir a una persona jurídica, que sólo obra por medio de personas físicas y dentro de las normas de Derecho público. Parece difícil admitir la mala fe de quien posee amparado por título registral (hasta que esa inscripción se declare nula por los Tribunales) y con posesión judicialmente reafirmada en base de la «demanda de contradicción» interpuesta por el cauce del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

Octavo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al ignorar la sentencia recurrida las consecuencias de la sentencia estimatoria de la demanda de contradicción, firme por consentida por el actor inicial provocador. Infracción del artículo 1.252 del Código civil y doctrina legal correspondiente. El artículo 41 en sus causas de contradicción abre precisamente la discusión, a un tema típico de acción reivindicatoria. No es admisible someter a revisión lo ya decidido en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, porque en su fase de cognición es un verdadero juicio declarativo. No se pidió en la demanda la nulidad de tal sentencia que pudiera resultar contradictoria con la postulada en el nuevo juicio.

Considerando: Que dada la índole del defecto denunciado, debe primero examinarse el octavo motivo del recurso y se rechaza porque no se utiliza el procedimiento adecuado para alegarlo: que no es sino la vía 5.ª del artículo 1.692, habiéndose incumplido la alegación de esta razón en la primera y en la segunda instancia, por lo que supone una cuestión nueva que no puede tener acceso a

la casación, en base del número 5.º del artículo 1.729. Además, en su aspecto sustantivo, el párrafo último del artículo 41 de la Ley Hipotecaria nada tiene que ver con «interpretaciones dialécticas» a que dicho precepto no se presta.

Los demás problemas planteados en los restantes Motivos «de modo disperso», pueden sintetizarse así: 1.º, la validez del ejercicio de la acción reivindicatoria por parte del actual recurrido; 2.º, las repercusiones registrales de la misma, a causa de las dos titularidades inscritas, y 3.º, el abono de los frutos percibidos o por percibir.

Considerando: Para resolver la primer cuestión debe partirse del carácter típico de la acción reivindicatoria y de la finalidad perseguida por ella. La identificación del objeto que se reivindica constituye una pura cuestión de hecho que resultará de la prueba practicada, que en el presente caso dio un resultado positivo, según la valoración de los juzgadores de instancia, juicio valorativo que sólo podrá impugnarse por el cauce del ordinal 7.º del artículo 1.692. Se intenta así en el 2.º Motivo sin posibilidad alguna de estimación, porque ninguno de los documentos aducidos tiene carácter auténtico, a los específicos fines de la casación, en cuanto que fueron el objeto principal de la discusión entre las partes y de la posterior interpretación judicial, que valoró el conjunto de la prueba practicada, que no es posible desarticular en casación, por lo que al quedar incólume la base fáctica referente a la identificación, carece de todo fundamento la argumentación contenida en el Motivo 1.º.

Considerando: Asimismo, aparece acreditado en las presentes actuaciones el cumplimiento de los otros dos requisitos necesarios para la prosperidad de la acción reivindicatoria, que en este caso es preciso poner en relación con el funcionamiento del Registro de la Propiedad, ya que constan inscritos los títulos de ambos litigantes, de los que resulta, con toda evidencia, que el reivindicante-recurrido es un tercer adquirente, amparado por el principio de prioridad, en su doble sentido de material y registral, frente a lo cual la Corporación recurrente sólo puede alegar una inmatriculación de posesión, que, según la legislación en vigor se hacía «con reserva de mejor derecho de tercero», respecto de la cual ni se utilizó el medio permitido para convertirse en inscripción de dominio, ni se acreditó una posesión suficiente en tiempo y calidad para justificar la usucapión, declaración de los dos juzgadores de instancia que no ha sido impugnada en casación; lo que justifica que el Tribunal «a quo» no minimizó la inscripción del recurrente, sino que la valora del modo dispuesto en la Ley y obliga a la desestimación del Motivo 6.º.

Considerando: La solicitud de impugnación de la inscripción registral, por la propia esencia del sistema, no es un presupuesto del ejercicio de la acción, sino una consecuencia de ella, a los fines puramente formales de orden registral, por lo que puede hacerse previamente o a la vez, con el escrito de demanda, según se lee en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y se proclama por la doctrina de esta Sala, careciendo de base legal la exigencia de hacerlo siempre con precedencia. En consecuencia, debe desestimarse el Motivo 5.º, máxime si se considera que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria se refiere a la rectificación de asientos registrales y no a la nulidad propiamente dicha y que el juego de los artículos 79 y 38 de la misma Ley, para nada requieren la precedencia, sin que tampoco concorra el supuesto del artículo 80, ya que aquí no se solicitó la cancelación parcial, sino la nulidad total, no pudiendo sostenerse que era parcial, porque en sentencia dictada en un caso similar se dijo que la inscripción iba contra «la limpia legalidad registral y está en contradicción con la realidad física» y al acceder, en un todo, a la misma el Tribunal «a quo» no incurrió en la incongruencia alegada en el Motivo 3.º.

Considerando: El abono de los frutos es una simple consecuencia de la restitución de la cosa al legítimo dueño y forzosamente tiene que producirse por imperativo de lo establecido en el artículo 455 del Código civil, cuando la posesión del obligado a restituir es de mala fe. Ello ha sido impugnado por el recurrente a través de un doble e inadecuado procedimiento. En el Motivo 7.º, no siendo cierto lo alegado, porque la pertinente declaración de mala fe se hace de modo categórico en el Considerando 4.º y en el fallo de la sentencia de Primera Instancia, que la recurrida acepta y confirma completamente. En el Motivo 4.º se alega que el fallo concede más de lo pedido, cuando lo cierto es que coincide en un todo con lo solicitado en el pedimento quinto del suplico de la demanda, sin que la falta de petición de los «dejados de percibir», pueda ser un obstáculo a su concesión, dados los términos imperativos del artículo 455, por lo que se desestiman ambos Motivos y con ellos el recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales del artículo 1748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—No haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y condena al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido.

III. CONTRATOS

NULIDAD DE CONTRATO DE PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA POR USURARIO. *Doctrina legal sobre la admisión de los recursos de casación y sobre la constitución de depósito previo.*—L. I. R. contra don J. R. P. Ponente: don José Beltrán de Heredia y Castaño (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Demanda.—En la imposibilidad del demandante de pagar dos hipotecas por préstamos, de 425.000 y 75.000 pesetas, respectivamente, que gravaban bienes de su propiedad se procedió judicialmente por el acreedor y para evitar la subasta se obtuvo del hoy demandado la entrega del dinero preciso para la cancelación, lo que se realizó en 12 de febrero de 1960.

Ante el temor de perder las fincas, de valor muy superior al crédito por el que respondían, se aceptó la solución propuesta por el demandado de que en la misma Notaría y en el momento de la cancelación, el demandante hiciera venta a favor del señor R. por las cantidades figuradas respectivas y en el mismo día de otorgar la figurada venta se suscribió un documento privado de promesa de compraventa, y el demandante se comprometía a comprar el piso y la parcela de terreno por 700 000 pesetas, cantidad que venía a ser el importe del préstamo concedido para la cancelación, deducido el interés del 12 por 100 más 8.400 pesetas por pago de utilidades por lo que la cantidad líquida entregada al demandante fue de 607.600 pesetas.

Por tal documento privado el demandante venía obligado a pagar la citada cantidad de 700.000 pesetas en el plazo de un año, y si no lo hacía efectivo en dicho plazo, se le brindó la solución de dejar sin efecto el contrato privado y formular una escritura de hipoteca por un supuesto préstamo de 297.000, cantidad que no recibió el actor, gravando en la misma todos los bienes que se describían en la correspondiente escritura (de 24 de abril de 1961) y suscribir en

el mismo día y acto otro documento privado de promesa de venta, del piso y parcela de terreno por precio figurado de 550.000 pesetas con la condición que se transcribía.

Al término del plazo, el demandante no pudo cumplir las condiciones leoninas y de usura impuestas, y el prestamista en su trato personal fingió una extraordinaria amabilidad hacia el actor y le convenció de que el piso, que habitaba con su familia, daría dinero mas que suficiente para amortizar lo prestado e intereses. el demandante, deseoso de solucionar el asunto, entregó las llaves al prestamista «y en ese instante la trampa quedó cerrada», porque apareciendo compradores del piso que estaban dispuestos a pagar 900 000 pesetas, el señor R. no quiso venderlo, manifestando que podía obtenerse un precio mayor, y rotas las amables relaciones con la víctima, formuló demanda de ejecución en reclamación de las figuradas como prestadas, 297 000 pesetas.

Suplico.—Declaración de nulidad del contrato por usuario y en todo caso por carecer de los requisitos señalados en el 1.261: declaración de nulidad de la escritura donde consta el susodicho contrato y de las inscripciones registrales correspondientes y condena al demandado al pago de las costas

Contestacion.—Negación de los hechos de la demanda y sólo había una cosa cierta, la existencia del préstamo hipotecario, siendo todo lo demás «producto de la imaginación y malicia del actor». Adicionaba que éste era un caso típico de pretender rechazar un juicio ejecutivo mediante estratagemas y exponiendo los hechos, tal y como sucedieron, añadió que el burlado había sido el demandado.

Suplica.—Sentencia denegatoria de los pedimentos, con imposición de las costas al actor.

Replica y duplica.—En que se mantienen las alegaciones correspondientes.

Sentencia de la Primera Instancia.—Estimatoria que declara nulo el contrato de préstamo y de hipoteca y la inscripción registral correspondiente y condena al actor a devolver la cantidad de 150.000 pesetas al demandado, con expresa imposición de costas al demandado

Apelación. Confirmatoria de la Primera Instancia, salvo en cuanto a la devolución al demandado de 150.000 pesetas, cuyo extremo revoca y sin expresa imposición de costas causadas en la Segunda Instancia.

Casación por Infracción de Ley:

Motivo único—Amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación por aplicación indebida de la Ley de 23 de julio de 1908 y en concreto de sus artículos 1.º, párrafo 2.º y 2.º y 3.º ya que los hechos recogidos en ambas sentencias ponen de manifiesto: la existencia de una ayuda dineraria prestada por el recurrente a don L. I. y la personalidad de la presunta víctima, que es Agente de la Propiedad Inmobiliaria y por tanto hombre experimentado en operaciones de préstamo, en tanto que el recurrente es un médico; el juego de escrituras públicas, documentos privados, garantías hipotecarias, etc., han de reputarse en principio como de iniciativa de un Agente experimentado en estas lides. La Ley de 23 de julio de 1908 es una Ley excepcional, que da la máxima libertad a los Tribunales y presenta, por ello, un ac-

reso mas flexible a la casación. Se citan, al respecto su artículo 2.º y varias sentencias de esta Sala.

El Juzgado y la Audiencia han formado su convicción de anular el préstamo, con el análisis de unos antecedentes documentales dilatados y complejos y que han sido consentidos expresamente por la supuesta víctima, hoy recurrido, y la convicción se basa en un juego más o menos artificioso de estos antecedentes, porque el Juzgado y la Audiencia discrepan en el punto fundamental del contenido real de la escritura de préstamo. Para el Juzgado pese al durísimo concepto que forma del recurrente, existe una entrega real de 150.000 pesetas y condena a su devolución; para la Audiencia esa cantidad no se recibió y no se razona esa evidencia. A la vista de tal discrepancia y de la doctrina jurisprudencial que se cita, la Sala tiene plenas facultades para formar libremente su propia convicción, no se está en el caso de obligado respeto a la soberanía en la interpretación de las pruebas del Tribunal «*a quo*». El tema, pues, es replantear la cuestión ante la Sala y si no hay elementos de juicio, como postula el recurrente, para aplicar la Ley de 23 de julio de 1908, es evidente que la sentencia recurrida ha infringido los preceptos citados de tal Ley.

Considerando: En el único motivo del Recurso se alega aplicación indebida de determinados artículos de la Ley de 23 de julio de 1908, que después «ni se razona, ni siquiera se intenta justificar»; limitándose a recordar que el artículo 2.º de dicha Ley permite a los Tribunales formar libremente su convicción, facultad que se extiende al Tribunal Supremo, como proclamó la doctrina de la Sala que se cita y a la vista de la discrepancia de ambos juzgadores de instancia, el tema del Recurso es replantear la cuestión y «someterse a su apreciación», como si se tratase de una nueva instancia, olvidando la indole propia de estos recursos extraordinarios y la finalidad típica de la casación civil, correctora de infracciones legales, para cuyo examen, en esta materia de préstamos usurarios, existe indudablemente la facultad antes señalada, pero para cuyo funcionamiento se requiere de modo indispensable y previa la justificación de alguna de aquellas infracciones o la demostración de un error evidente de hecho o derecho en las apreciaciones probatorias, lo que al no hacerse aquí, conduce a desestimar el único motivo del recurso y a éste en su totalidad.

Considerando: La obligación de constituir el depósito preceptuado en el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere, exclusivamente, a los casos en que ambas sentencias de instancia sean conformes de toda conformidad, lo que no ocurre aquí, por lo que procede la devolución del constituido «*ad cautelam*».

Fallo.—No haber lugar al recurso de casación y condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

SEGURO DE VIDA A TERMINO FIJO, CON UN EFECTO RETROACTIVO DE TRES AÑOS Y ABONO DE LAS PRIMAS MEDIANTE ENDOSO A LA ASEGURADORA DE LETRAS DE CAMBIO DEBIDAMENTE ACEPTADAS POR LOS COMPRADORES DE LAS VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA SUBVENCIONADAS. Compañía Española de Seguros y Reaseguros «C., S. A.», contra don L. L. L. Ponente: don Francisco Bonet Ramón (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Demanda.—La Compañía Española de Seguros y Reaseguros, «C., S. A.», solicitó se decretase el embargo preventivo de don L. L. L., como propietario de

la entidad «Obras y Construcciones L.», por la suma de 2.298.365,97 pesetas, importe de diversas letras de cambio; y en 16 de noviembre de 1963 dedujo demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, dentro del término de veinte días siguientes a la práctica de dicho embargo, exponiendo: que el demandado se dedicaba a la construcción de viviendas de renta limitada subvencionadas, para la venta a particulares por pisos, incluso antes de estar terminados, suscribiendo contratos de compraventa privados y cuyo precio se abonaba por el adquiriente, generalmente de modesta situación económica, mediante entrega en el acto de una cantidad y la aceptación de letras de cambio libradas a su cargo y con vencimiento mensual; que el demandado las negociaba por medio de descuento endoso a otras personas o entidades; que un grupo de estas viviendas era el llamado poblado «Paradela», sito en . . . , que en el mes de mayo de 1961 el demandado propuso a la actora la contratación de una póliza de seguro, en la modalidad «seguro de vida a término fijo», con efecto de 23 de mayo de 1958, es decir, con efecto retroactivo, por 5.500.000 pesetas, que debía ser abonado al 27 de mayo de 1968 al titular, si viviese en aquella fecha, o a su esposa e hijos; la prima sería de 554.675 pesetas anuales, y el pago se verificaría por endoso de las letras de cambio aceptadas por los compradores de las viviendas mencionadas en el hecho anterior. Para prevenir el riesgo de insolvencia de los aceptantes, el demandado suscribió en 25 de mayo de 1961 una póliza de seguro con la Compañía «C. y C., S. A.», de la modalidad «Seguro de crédito contra el riesgo de pérdida por insolvencia» y con la misma fecha se suscribía por la misma Compañía otra póliza, complemento de la anterior, en la que se reconocía como beneficiario a la aquí demandante. Garantizaba así la posible insolvencia, el día 30 de mayo de 1961 se suscribió una póliza de seguro con el demandado a favor del mismo o de su esposa e hijos en su caso, por la que la Aseguradora se comprometía a satisfacer la suma de 5.500.000 pesetas en la indicada fecha. El pago de la prima se admitió en letras de cambio por un importe de 2.588.746,56, en las que se comprendían las anualidades del seguro de los tres años de retroactividad, la corriente y los gastos que se derivasen de la demora en la percepción de las cantidades representadas en las letras de cambio con vencimientos mensuales. El mismo día 30 de mayo el demandado remitió a «C. y C., S. A.» el detalle de la operación, para concretar el objeto del seguro y se reseñaban los nombres de los librados-aceptantes; el número de efectos a cargo de cada uno de ellos y su importe, diciendo expresamente «Resumen de las letras de cambio aceptadas por los compradores de viviendas que el asegurado entrega con esta fecha para su descuento por el beneficiario «C. y C., S. A.». Las letras estaban libradas, por «Obras y Construcciones, L. L.», como antifirma, por el propio demandado o por su hija y apoderada doña Sara L., a cargo de los compradores de las viviendas, aceptadas por ellos y endosadas a la actora, con vencimientos diversos y a razón de una por cada mes, para cada librado. Aceptado el pago de las primas en la forma expresada, con la reserva de ser abonadas por los librados a sus respectivos vencimientos, el demandado, en uso de la facultad concedida en las Condiciones de la Póliza y, en base al efecto retroactivo pactado, solicitó un anticipo el día 2 de junio de 1961 por 1.500.000 pesetas, que retiró de las cuentas corrientes de la actora en los Bancos Coca y Español de Crédito, mediante los talones números , acompañando el contrato de anticipo. Llegados los vencimientos las cambiales no se pagaron, en algunos casos porque no se les dio posesión de los pisos y aún algunos estaban sin terminar; en otros casos entregaron las cantidades comprometidas a requerimiento de los Juzgados en que se seguían procedimientos contra el hoy demandado; otros recibieron hasta tres efectos mensuales para su pago, en con-

tra del pacto de pago mensual y, al fin, otros no se hallaron en los domicilios expresados en las cambiales. Por todo ello se seguía el oportuno sumario y obligaron a la actora a protestar los efectos y requerir al demandado para que retirase los que habían sido protestados, sin conseguir más que evasivas. Por lo mismo se solicitó el embargo preventivo de los bienes del demandado, pues se tenía noticia de que estaba disponiendo de ellos y por ser un hecho notorio que el número de procedimientos instados contra él ascendía a cerca de cuarenta, aparte de los de carácter penal. Las letras de cambio protestadas por falta de pago acompañadas a las diligencias de embargo preventivo eran 2941 y sumaban un valor de 1911 108,36, habiéndose producido unos gastos de protesto y devolución que ascendían a 387 277,61. Estas cambiales y los gastos producidos por su impago constituían el objeto de esta demanda, con reserva del derecho de reclamar el importe de las que en lo sucesivo se dejaran impagadas.

Suplico.—Sentencia que, ratificando el embargo preventivo, condenase al demandado al pago a la actora, de 2 298.365,97, el interés legal devengado, desde la fecha de interpretación de la demanda y las costas cuasadas.

Contestación.—Que no era un seguro de vida lo interesado, sino un préstamo para poder continuar la edificación del citado grupo de viviendas y que los dirigentes de la actora le manifestaron que podían facilitarle dicho préstamo, simulando un contrato de seguro de vida, pagado con un paquete de letras de cambio y dándole efectos retroactivos para obtener «lo que ellos llamaban un anticipo sobre la póliza del seguro», lo que así se hizo. Que lo realmente ocurrido fue que recibió 1.500.000 pesetas y entregó para su cobro un gran paquete de letras de cambio endosadas por valor de 2.588.746,56. Que después de haber prestado solamente 1 500 000 pesetas en billetes de Banco, la actora pretendía reintegrarse de 2.298 365,97 reclamadas en la demanda, más el resto que ya tenían cobrado en las cambiales que se hicieron efectivas, más los gastos de protesto, intereses y costas. Que de lo expresado se deducía que estaba ante un contrato de préstamo simulado y de cuyo contrato había sido víctima el demandado. Que el contrato suponía recibida una cantidad mayor que la verdaderamente entregada.

Suplico.—Que se declarase que se trataba de un contrato de préstamo de pesetas 1.500.000, por el que se suponían recibidas, mediante un paquete de letras de cambio, el valor de 2.588.746,56 y que el repetido contrato era nulo, según el párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley y que la única cantidad reintegrable era la de 1.500 000, deduciéndose de ella, el importe de las letras cobradas por la actora, del expresado paquete y ordenándosele la devolución de dicho paquete, con imposición a la actora de las costas causadas en los protestos, la nulidad de los contratos de seguro que sirvieron de base a la simulación del préstamo, y con imposición de las costas del juicio y del embargo preventivo al demandante.

Sentencia de Primera Instancia.—Condenó al demandado a pagar a la actora 2 298 365,97 y el interés legal de esa suma desde el día de la presentación de la demanda. Sin expresa imposición de costas.

Apelación.—Confirmando la apelada y además absolvió al actor de las pretensiones de la parte demandada. Sin imposición de costas de la apelación.

Casación.—Por infracción de Ley. Amparado en los números 1.º y 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Motivos:

Primero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de hecho en la apreciación de las pruebas. El recurrente entró en tratos con la Compañía recurrida ante la angustiosa necesidad de terminar un vasto plan de viviendas subvencionadas y buscaba un prestamista y no un asegurador, como atisba tímidamente el Considerando 2.º del Juzgador «a quo». Se vería objetivamente lo ocurrido siguiendo el hilo argumental de la propia demanda de la aseguradora-demandante. El seguro debía tener ya, de entrada, un efecto retroactivo de tres años y en la póliza se estipulaba el pago, pese a no correr la aseguradora con el riesgo de muerte del asegurado en el pseudo-período de retroactividad pactado, de la prima anual integrándola en la prima neta, más el beneficio y gastos de gestión de la aseguradora, pero excluyendo de dicha prima neta los derechos de registro e impuestos. La prima neta así diseccionada en su estructura «succiona leoninamente» una prima de reserva matemática, sin pechar con el riesgo asegurado en el período retroactivo, pero además, al recurrente se le exigirá por la actora que suscriba una póliza para asegurar el riesgo de insolvencia y se designa como beneficiaria a la propia actora. Este seguro de crédito le hará mermar al recurrente el préstamo que obtuviese de la actora, sin contar la comisión que tuvo que pagar por conseguirlo, que también debió deducirse del citado préstamo. «Así preparada la trama» se le concede al «asegurado» el préstamo sobre la póliza retroactiva, como garantía en forma de anticipo sobre el capital a pagar en su día. Este anticipo o préstamo fue de 1.500.000 pesetas al 6 por 100 de interés anual y prácticamente se redujeron a 1.000.000, si se descuentan las mermas reseñadas anteriormente. En la demanda se piden 2.298.365,96 y fueron entregadas letras de cambio por 2.588.746,56, saltaba a la vista que se han cobrado por «C., S. A.», a los aceptantes de las referidas letras la diferencia de 677.638,20, lo que se le adeudaría en todo caso a la recurrida serán 822.361,90. De aquí los dos documentos que revelan objetivamente, si bien trascritos de un modo incompleto en el apuntamiento, que lo convenido fue un préstamo con la garantía adelantada: a) Informe del Sindicato Nacional del Seguro que dice que..., de acuerdo con la póliza, el asegurado don L. L. L. tenía derecho a solicitar un anticipo contra el importe de la reserva matemática, mediante un interés sobre la cantidad anticipada, y b) Recibo de «C., S. A.», a don L. L. L., por la entrega de 1.602.423,05, como importe de la prima de los tres años retroactivos, cuyo desglose por sumandos se especifica; c) Otro recibo de abono de la prima del año real vigente, 1961, por 597.684 pesetas de prima anual, que también incluye los gastos, por derechos de registro e impuestos como el anterior y cuyo desglose se especifica. A la vista de los datos numéricos aportados puede obtenerse el aproximado importe de la prima en función de los estrictos gastos de gestión y beneficio de la Compañía, excluidos la reserva matemática y los gastos por derecho de registro e impuestos. En conclusión, si con el informe aportado por el Sindicato del Seguro, a instancia de su afiliada la aseguradora, se dice que hay que «descontar el valor del riesgo de muerte no ocurrida en dichos tres años» y al «asegurado» se le cobra esa prima neta de tales años, según la constancia del recibo más arriba reproducido, es indudable que esa póliza, ya sea un préstamo o un tipo de póliza «sui generis», pertenece a las figuras contractuales que el Derecho General, la Ley de Usura o el Derecho de Seguro tachan de nulidad por encubrir relaciones jurí-

dicas leoninas, y se ha dicho Derecho General pensando en el Derecho Penal, como que pende un procedimiento de esta índole, hasta ahora sin procesamiento, incoado contra la prestamista o aseguradora.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil; manifestando que en el Motivo anterior quedó acreditado un hecho-base, para mayor objetividad con fundamento en datos numéricos e irrefutables, porque se aportó por la misma parte a quien pudiera perjudicar. Se referían a la carta de pago que acreditaba el abono a la aseguradora de las tres anualidades de primas retroactivas (de un llamado seguro de vida), corridas sin riesgo. A la vista de lo expuesto cabía razonar que, según las reglas racionales del humano pensar, las partes pensaron *ab initio* en un préstamo de intereses elevadísimos y en el que el prestamista (asegurador) quiere prestarle al prestatario, reversiblemente, lo que éste prestó antes a aquél, en letras, bajo la pseudo-cobertura de una póliza de seguro de vida. Algo de esto se intuye en la sentencia recurrida, cuando avizora la posibilidad del negocio fiduciario. Se podía objetar de adverso que la prima neta correspondía a una prima «media aritmética», pero esto no es conciliable con la naturaleza sinalagmática de la póliza y, además, si no hubiese habido únicamente mutuo, como lo hubo, se debió obtener ese valor medio de la prima entre los 10 reales o restantes siete años. La sentencia recurrida, ante la concomitancia de las fechas, intuye la posibilidad de la negociación simulada (Considerando 4.º). En conclusión si el hecho-base (pago de la prima neta de 1.486.550 pesetas, que se paga sin correr riesgo alguno, es dato indiscutible e indiscutido y se dan las concomitantes circunstancias, casi a escala de unidad de actos y tratos preliminares habidos [el 27-V-1961 se contrata la pseudo-póliza retrotraída al 27-V-1958; el 25 de mayo (dos días antes) se le hace asegurar el riesgo de insolvencia, y el 2 de junio de 1961 se le presta 1.500.000 de pesetas líquidas], el contrato «querido», hecho-deducido, no puede ser otro que un préstamo disimulado por una pseudo-póliza, que sería vedado por imperio del artículo 1.276 del Código civil, si bien atemperado por lo sancionado en el artículo 3.º de la Ley de Usura.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación de los artículos 4, párrafo 1, 1.275, 1.276, 1.895 y 1.896 del Código civil, en relación con la violación del 425, *a contrario sensu*, del Código de Comercio, y todos ellos en relación con la violación de los artículos 1.º 3, 8 y 9 de la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908. Aunque en el presente caso se está ante una nulidad absoluta, ínsita en el artículo 4 del Código civil, y propugnada como tal en la llamada Ley de Usura, no había inconveniente en calificar su nulidad desde el punto de vista de ilicitud de la causa, a que se refiere el también infringido artículo 1.275 del Código civil. La sentencia recurrida podía decirse que centraba sus argumentos diciendo que lo que se ejercita es una acción cambiaria por vía del juicio ordinario, y que la póliza en cuestión, pese a sus retroactivos efectos, era válida. En cuanto al predominio en exclusiva de la acción cambiaria, se oponía que la noción de causa de la letra de cambio era doble y podía referirse a la causa de las singulares obligaciones cambiarias o al puro y simple contrato subyacente. En el presente caso, el contrato usurario y la propia póliza *per se*, que sanciona la retroactividad sin riesgo.

van en contra de los artículos 425 del Código de Comercio y 1.124 del Código civil, que fijan la naturaleza *do ut des* del contrato de seguro de vida y acogen la excepción de *non adimpleti contractus*. El artículo 24 del Reglamento de 2 de febrero de 1912, letra d), se refiere a la ilegalidad, ambigüedad o lesividad de las condiciones de la póliza que dañan a los que contratan con las Compañías aseguradoras. Este Alto Tribunal, en base del artículo 9 de la Ley de Usura, fundamenta sus sentencias de 22 de julio de 1922 y 13 de abril de 1925. Si la relación fundamental (subyacente) no tuviese causa o fuese ilícita los contratantes inmediatos de aquélla, quedaban vinculados entre sí, sin que quepa aplicárseles la doctrina de la abstracción de la causa en la letra de cambio. En cuanto a la validez de la póliza, era insostenible, en base al informe del Sindicato, por ir contra la naturaleza del contrato de seguro y de las cosas, al afirmar que una prima pueda pagarse sin la contraprestación de un riesgo (que es un *príus* lógico) y lo que es peor: que deban pagarse intereses sin correr el tiempo que los justifique. La póliza era nula, en suma, fuera préstamo o póliza *sui generis*, porque vista como un préstamo (ventajoso desde el principio hasta el fin para el prestamista que recibe antes el capital en letras del prestatario y reversiblemente le devuelve una «liquidez» muy inferior) implica que la suma recibida es superior en 2/3 a la prestada, lo que sugiere un interés del 75 por 100 y a fuer del artículo 3.º de la Ley de Usura y concordantes, el repetido contrato es nulo y la única cantidad que se debía era la de 1.500.000 pesetas, deduciéndose el importe de las letras ya cobradas por la Aseguradora, del repetido paquete y ordenándose la devolución (del paquete de letras) que acompañaba el actor a su demanda.

Considerando: Que como medida necesaria para combatir el extendido mal de la usura, de ordinario encubierta, con acatamiento a la valoración asignada por la Ley procesal a los medios probatorios utilizados, la Ley de 23 de julio de 1908 dispuso, en su artículo 2.º, que los Tribunales formasen libremente su convicción, en cada caso, acerca de si el contrato es usurario.

Considerando: Que si bien una reiterada jurisprudencia ha extendido el uso de la especialísima facultad de resolver en materia a la usura, formando libremente su convicción, en vista de las alegaciones de las partes, hay que armonizar esa facultad discrecional con las exigencias y limitaciones propias del recurso de casación por infracción de Ley, y para que este recurso no se convierta en una 3.ª instancia «debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la Audiencia, en tanto que no resulten en manifiesta disconformidad con las circunstancias procesales apreciadas por ese Tribunal de instancia», con las amplias facultades concedidas por el artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908.

Considerando. Que declarado por el Tribunal *a quo* que el demandado (hoy recurrente) suscribió un seguro de vida a término fijo y nació un contrato con obligaciones perfectamente determinadas, lo que no se aviene con el concepto de contrato simulado, y que, además, si existiese un simple préstamo simulado, no hubiera sido preciso que la actora asegurase, a su vez, la póliza o sus consecuencias en otra Compañía de Seguros. La Ley de Usura no se refiere a estas relaciones contractuales, porque el contrato, para cuyo pago de primas se entregaron las cambiales impagadas, tiene sustantividad propia y supone un riesgo para la Entidad aseguradora, perfectamente definido y del que no puede sustraerse, por lo que decae el Motivo 1.º por

no tener el carácter de auténticos los documentos invocados para fundar el error de hecho, al no hacer prueba por si mismos, de su contenido, sin interpretaciones, analogías o hipótesis, aparte de haber sido ya apreciados por el Tribunal *a quo*. La misma suerte corre el Motivo 2.º, porque la infracción del artículo 1249 del Código civil sólo puede impugnarse por el cauce del número 7 del artículo 1.692, con lo que la deducción que de los hechos probados obtiene el Juzgador es completamente lógica. La improcedencia de ambos Motivos acarrea la del 3.º, al quedar privado de la indispensable base *de facto*, y ocasiona la desestimación íntegra del Recurso.

Fallo.—No haber lugar al Recurso y condena al pago de las costas y pérdida del depósito constituido.

MODIFICACION DE PRECIOS EN LAS VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA, ADJUDICADOS. A CAUSA DE LA REVISION GENERAL DE PRECIOS DECRETADA POR EL GOBIERNO. Recuperación, sin deducción de arras, de las cantidades originalmente entregadas. Contratos provisionales suscritos sin reserva o salvedad. Entrega de las viviendas antes de la calificación definitiva, a petición de los propios beneficiarios. Abono de una cuota mensual para incrementar las aportaciones. Caja de Ahorros de Bilbao y la Entidad Constructora Benéfica la «Sagrada Familia» contra don G. G. B y otros. Ponente: don Jacinto García Monge y Martín (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Demanda.—La Entidad Constructora fue constituida bajo los auspicios de la Caja de Ahorros, con el objeto de acometer la construcción de viviendas de renta limitada para la llamada clase media, y a tal efecto la Caja de Ahorros le cedió un terreno, en Deusto, a un precio inferior a la mitad de su cotización efectiva, haciéndose el pago mediante un crédito que la Caja abrió a la Constructora. Los Estatutos se hicieron llegar a los clientes y eventuales beneficiarios

Los proyectos fueron objeto de los expedientes que se reseñaban.

Iniciadas las obras, fueron a poco afectadas por la revisión general de precios decretada por el Gobierno, a partir de 1 de noviembre de 1956

En febrero de 1958 se adjudicaron 400 viviendas y se cursó a los beneficiarios una circular que se acompañaba. Desde el primer momento se apercibió a los beneficiarios que las obras realizadas podían modificarse en el precio, pues no era posible determinar el definitivo, y consideraban necesario reiterar, ante los solicitantes, que ningún compromiso habían adquirido y en todo momento podían recuperar, sin pérdida alguna, las cantidades originariamente aportadas. Se corrigió la omisión antes padecida, especificando la forma de pago de los precios de las viviendas.

Las restantes 261 viviendas se entregaron a medida de su terminación, con envío a los beneficiarios de la Circular y el contrato provisional, también suscrito sin ninguna salvedad ni reserva. La entrega de las viviendas antes de su calificación definitiva se debió a los requerimientos de los propios beneficiarios y a los anuncios colocados por Orden del Instituto de la Vivienda, en las obras, sobre fechas de terminación y ocupación. La entrega fue un acto de plena confianza en los ocupantes.

Poco después de la entrega de la mayor parte de las viviendas se pasó una

Circular a los beneficiarios para avisarles que no conociendo el precio definitivo de las viviendas, y no habiéndose recibido del Instituto más que la mitad aproximada de su anticipo sin interés, se cobraría una cuota mensual del 1,5 por 100 de la aportación inicial, con el preciso destino de incrementar dicha aportación.

Los primeros ocupantes llevaban más de un año en los pisos adjudicados cuando los Arquitectos-directores produjeron las liquidaciones definitivas, y aprobadas por la Junta del Patronato, se comunicaron por circular a los beneficiarios.

La totalidad de los beneficiarios satisfizo el primer recibo mensual, ajustado a las cifras de la liquidación definitiva, y unos 300 beneficiarios se dirigieron por escrito a la Constructora, en donde establecían las conclusiones que exponía al detalle Reunida la Junta para tratar del referido escrito, y dolida por dudarse de la corrección de las cifras de los precios definitivos, se remitió notarialmente a los beneficiarios circular, por la que se consideraba como renunciante a la vivienda a los que no aceptasen la liquidación definitiva, dándoles un plazo para la revalidación de sus derechos con apercibimiento de tenerlos, en otro caso, por renunciante al derecho de opción de compra.

Los que no aceptaron la invitación de la Circular promovieron recurso ante la Dirección General de Vivienda, quien envió a un Inspector Nacional, que realizó una doble inspección y se resolvió el recurso en los términos que se reproducían. La resolución de la Dirección General sólo se comunicó al primero de los firmantes del recurso, y la Constructora remitió notarialmente copia de la misma a todos los reclamantes, dándoles un nuevo plazo para revalidar su derecho, lo que obtuvieron la mayoría de ellos, pero 81 de ellos persistieron en su oposición. Ante esta actitud, la Entidad Constructora, considerándola contraria a los términos del contrato provisional y con buena fe, decidió promover los oportunos juicios en reclamación del cumplimiento de la cláusula E) del repetido contrato. Conociéndolo los disidentes, tres días antes de presentarse el primer acto de conciliación, se formuló requerimiento notarial a la Entidad Constructora para que les pasase los recibos de las cuotas impagadas, lo que no se aceptó por razones obvias, y se llevaron a cabo los correspondientes actos de conciliación, a los que se opusieron los beneficiarios, con las alegaciones que estimaron procedentes.

Por el traslado de la contestación a la demanda se conoció la presentación ante el Ministro de la Vivienda de recurso contra la resolución de la Dirección General, a pesar de la reiteración con que los disidentes sostuvieron la competencia de la jurisdicción ordinaria, la Entidad Constructora se mostró parte en los dos recursos de contenciosos-administrativos en calidad de coadyuvante de la Administración. El Instituto Nacional de la Vivienda produjo la calificación definitiva de las viviendas.

Al principio, los demandados se negaban al pago de las liquidaciones definitivas de los Arquitectos-directores, pero ni las cédulas de calificación definitiva, con todo lujo de detalles de precio, aumentos y demás circunstancias, lograron convencer a los disidentes.

Los disidentes ocupaban tres años tranquilamente sus viviendas, sin pago alguno, salvo la aportación inicial, sin consignar judicialmente lo que estimaran deber, mientras que la Entidad Constructora se veía obligada a una serie de gastos y amortizaciones que le producían grave perjuicio.

Recapitulaba los hechos y los repetidos intentos de conciliación

Suplico.—Sentencia declarando que los contratos provisionales suscritos vinculan a los demandados en sus propios términos y en todas sus partes, y deben cumplirse, salvo que los firmantes desistan de la opción de compra. Deberá pagarse el precio resultante de la liquidación definitiva, conforme al sistema y distribución de pagos previsto en los contratos, o, en su defecto, los que resulten aplicables, de acuerdo con las células de calificación definitiva.

En defecto de lo anterior, procede declarar caducada la opción de tales contratos.

De no haber lugar a la declaración de caducidad, procede declarar resueltos los contratos, con todas las consecuencias derivadas de su resolución.

En su defecto: declarar la nulidad de los contratos, con las consecuencias correspondientes.

Cualquiera que sea la petición aceptada, se declare la obligación de reintegrar a la Constructora todos los pagos realizados por cuenta de los demandados.

Condenar a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores, darles cumplimiento y pagar las costas del juicio

Contestación.—Para establecer los hechos verdaderamente atinentes a las cuestiones planteadas convenía concretar la actitud de los demandados ante la iniciativa de la Constructora de señalar, sin facultades para hacerlo, el precio de las viviendas. Los demandados estaban dispuestos, sin necesidad de pleitos, a pagar las cuotas mensuales de amortización, aunque lo estimaban erróneo y contrario a la Ley, y el pago se hacía a reserva de lo que resolvieran las Autoridades competentes sobre el precio de las viviendas adquiridas.

Suplico.—Sentencia absolutoria, con expresa imposición de costas a los demandantes.

Reconvención.—Se daban por literalmente reproducidos todos los hechos consignados en la *Contestación*.

Por carta del reconviniente, de 8 de diciembre de 1961, se comunicó a la Constructora su deseo de otorgar la escritura de compraventa; pero como no eran satisfactorias las condiciones propuestas, la escritura no se otorgó, haciéndose constar la cantidad que la Constructora había reconocido entregada por el reconviniente.

No era fácil saber el precio asignado a la vivienda, porque se barajaban varias y se exponían los diferentes criterios sostenidos por la actora, pero a efectos de la demanda se elegía el precio mayor y se consignaba sobre la mesa del Juzgado la diferencia entre dicho precio y la cantidad ya entregada.

Suplico.—Entrega y plena transmisión de la propiedad del piso referenciado y la copropiedad correspondiente del terreno sobre que dicha finca está edificada y demás elementos comunes y la parte proporcional de la copropiedad del resto de los terrenos no edificados, y condenando a la Constructora a hacerse cargo de la cantidad consignada, a reserva de lo que, en definitiva, se resolviera por la Autoridad administrativa y jurisdiccional competente sobre el precio del inmueble, con expresa imposición de costas a la Construcción, si se opusiese a la demanda reconvencional.

Réplica.—Mantuvo las alegaciones de hecho y derecho de la demanda y contestó a la reconvencción. Ratifico todos los hechos de su demanda. Admitió que el señor G. B. se dirigió a la «Sagrada Familia», manifestando lo que exponía el correlativo. Rectificaba el saldo deudor manifestado por el reconviniente y se extendió en consideraciones sobre su derecho.

Suplico.—Sentencia desestimatoria de la reconvencción y con expresa imposición de costas.

Duplica.—Se mantienen las alegaciones y el suplico de la sentencia, conforme tenía interesado.

Sentencia de la Primera Instancia.—Estimación parcial de la demanda y de la reconvencción. Los contratos provisionales son vinculantes y las partes están obligadas a su cumplimiento, con las modificaciones anotadas en el segundo. Considerando de esta resolución, por lo que los demandados deben satisfacer los precios respectivos fijados en las cédulas de calificación definitiva, más el importe proporcional del anticipo del Instituto, en cuyo pago podrán subrogarse los adquirentes que lo deseen. Los demandados reintegrarán a la Entidad las cantidades entregadas por ella en beneficio y el interés legal correspondiente; la determinación de lo cual se efectuará en ejecución de sentencia. Condena a los demandados a estar y pasar por lo declarado.

Declara bien hecha la consignación realizada por el reconviniente y condena a la actora a hacerse cargo de la cantidad depositada y otorgar a su favor escritura de compraventa, a reserva de lo que se resuelva por la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto a los precios consignados en las cédulas de calificación definitiva y sin expresa imposición de costas.

Apelación.—Sin imposición de costas de la alzada confirmó la de Primera Instancia, dejando a salvo la facultad de los demandados, salvo del reconviniente, de renunciar a sus derechos y desistir del contrato si no les conviniese el precio definitivo establecido por el Tribunal competente.

Casación por infracción de Ley.—Estableciendo los siguientes *Motivos*:

Primero.—Amparado en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción por razón de materia, ya que la competencia era del Ministerio de la Vivienda y de sus Organismos, y por ello los recurrentes plantearon como incidente de pronunciamiento previo las excepciones dilatorias de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia y de litis pendencia. El Auto judicial desestimó las excepciones dilatorias, pero aceptó sustancialmente el criterio de los recurrentes y a esta doctrina del Considerando que transcribía debió atemperarse el Tribunal *a quo*, pero al condenar la sentencia al pago del precio de las viviendas, no por las verdaderas calificaciones definitivas, al decidir sobre el pago del anticipo del Instituto Nacional de la Vivienda, resuelve sobre cuestiones administrativas.

Segundo.—Amparado en el número 10.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 28 y 30 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 1954 y los correspondientes de su Reglamento que debieron ser aplicados en semejante supuesto.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo único de la Ley de 2 de marzo de 1963, que no debe ser aplicado, porque las cosas son lo que son por naturaleza y no por el calificativo que se les dé. No se da el supuesto que la Ley establece para entrar en juego.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación indebida del artículo único de la Ley de 2 de marzo de 1963, que se limita a permitir el pacto entre el vendedor y comprador, para que éste asuma la obligación de pago o amortización del anticipo gratuito, con independencia del montante de la capitalización. La Ley no decreta la acumulación de importes de capitalización y anticipo, ni mucho menos la impone.

Quinto.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en apreciar las pruebas resultantes de documentos auténticos, porque la sentencia recurrida admite el hecho inexistente de un pacto entre la Entidad Constructora y vendedora y los adquirentes de viviendas. Las relaciones entre la vendedora y los compradores se contienen en los contratos provisionales, en cuanto no se opongan a la legislación de la vivienda y en las Cédulas de calificación definitiva y en ninguna parte se encuentra el supuesto pacto.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del principio *pacta sunt servanda* de los artículos 1.255, 1.258 y 1.281 del Código civil. Resulta tan claro y evidente, que no ha existido el pacto de que el precio de los pisos comprados sea el de capitalización de la renta bruta al 5 por 100, más el importe del anticipo gratuito del Instituto, habiendo de correr el pago o amortización de ese anticipo de cargo de los compradores, que insistir sobre este particular es reiterativo.

Séptimo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la anulación de las calificaciones definitivas de 3 de agosto y sustitución por las de 31 de enero de 1961, no constituye, como dice el Tribunal de Instancia, una simple rectificación de errores de hecho, materiales o matemáticos. Basta cotejar ambas calificaciones para ver que son sustancialmente distintas.

Octavo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por indebida aplicación del artículo 3.º del Reglamento de Procedimiento Administrativo. Se aplica dicho artículo por la sentencia recurrida, en base a la simple rectificación de errores de hecho en las calificaciones definitivas, por lo que, faltando tal supuesto, se aplica indebidamente tal artículo.

Noveno.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del *pacta sunt servanda* y de los artículos 1.254, 1.255 y 1.258, respecto a la demanda reconvenional. La Constructora entiende que el objeto de la compra se circunscribe a la materialidad de las viviendas con los elementos comunes. El reconviniente añade, además, la parte proporcional del terreno no edificado que en la prueba documental demostró pertenecer a la finca hipotecaria correspondiente. La sentencia recurrida yerra por tener sólo en cuenta el contrato provisional suscrito, ya que sobre

él se aplica como derecho necesario la legislación de viviendas de renta limitada, y así ha ocurrido respecto del precio, elemento esencial de la compraventa, cuya fijación es función del Instituto Nacional de Vivienda o de las autoridades en vía administrativa o contencioso-administrativa. En las calificaciones provisionales, los presupuestos se formaron comprendiendo los terrenos de las dos manzanas y sobre este presupuesto se calculó el precio. La hipoteca se constituyó sobre la totalidad de los terrenos y es obligada consecuencia que, si se paga la parte proporcional de terreno no edificado, se le entregue, sin que pueda retenerlo la Entidad Constructora.

Décimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en el sentido de que las cantidades líquidas no pueden dar lugar al pago de intereses

Primer Considerando. Primer Motivo: Planteada y decidida esta excepción dilatoria, fue resuelta mediante auto, que la desestimó, el cual, recurrido en apelación, ésta desistió de la misma, quedando así firme esta inicial decisión, la cual no es, por tanto, objeto de la sentencia dictada por el Juzgado de instancia ni por la recurrida. La acción no es una cuestión sobre materia administrativa, sino que esencialmente tiene un contenido civil y la sentencia no desconoce la eficacia, en su día, de las sentencias dictadas en procedimiento contencioso-administrativo sobre la determinación de los precios definitivos de las viviendas y se limita a resolver sobre la eficacia en este momento de las cédulas de calificación, en base de los pertinentes preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativos y Contencioso-administrativo.

Segundo Considerando: El segundo Motivo debe ser desestimado, porque la sentencia recurrida contiene una salvedad respecto a la eficacia de las resoluciones que dicte la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre los recursos planteados, acerca de las valoraciones definitivas asignables a las viviendas objeto del pleito.

Tercer Considerando. Tercer Motivo: El denunciado vicio no cabría encuadrarlo dentro de la aplicación indebida, porque el recurrente pretende su aplicación, atribuyendo al mismo una interpretación opuesta a la que el Juzgador le asigna.

Cuarto Considerando. Cuarto Motivo: No cabe impugnar este fundamento sin atender a los demás preceptos que en relación con el citado señala la sentencia impugnada. Además, no cabe olvidar el estrecho rigorismo formal de este extraordinario recurso en cuanto a la cita clara y precisa de la Ley o doctrina que se considere infringida y el concepto en que lo haya sido, y al no alegarlo así debe decaer el motivo.

Quinto Considerando. Quinto Motivo: Debe ser rechazado, porque lo combatido no es una declaración fáctica del Tribunal sentenciador, sino la interpretación de los contratos celebrados entre los litigantes y las cédulas de calificación definitiva efectuada por el Juzgador. Los documentos citados, como auténticos, carecen de este carácter a efectos de recurso, ya que han sido examinados y valorados en la sentencia. Lo combatido es la eficacia de dichas calificaciones, por razón de preceptos administrativos, materia extraña al preciso contenido de este motivo.

Sexto Considerando. Sexto Motivo: No se cita doctrina de la Sala referida al principio invocado. Respecto a los restantes preceptos, lo que se aduce

no es el verdadero concepto del alegado vicio de aplicación indebida, y al atacar la interpretación de los referidos contratos sólo cabe efectuarla por infracción de las normas sustantivas regidoras de la misma, de las que sólo se cita el artículo 1.281, sin precisar el vicio cometido, ni concretar a cuál de los dos extremos del artículo se refiere.

Séptimo Considerando. Séptimo Motivo: Los documentos invocados como auténticos no tienen tal carácter, han sido ponderados por la Sala sentenciadora, y su contenido no se refiere a la estricta contradicción a los hechos declarados, sino a la interpretación de las referidas calificaciones administrativas, todo ello ajeno al contenido fáctico a que debe acomodarse por este *Motivo*, que debe, por tanto, decaer.

Octavo Considerando. Octavo Motivo: Por el carácter meramente reglamentario-administrativo no es susceptible de servir de base al recurso y decae el expresado *Motivo*.

Noveno Considerando. Noveno Motivo: Al no invocar la infracción de alguna de las normas sustantivas de interpretación contractual (arts. 1.281 al 1.289 del Código civil), el *Motivo* carece de viabilidad.

Décimo Considerando. Décimo Motivo: Los términos del fallo que se ataca no pueden examinarse con abstracción del suplico y de los fundamentos del Juzgador, y así aparece en este caso que tales intereses no se solicitan en concepto de daños y perjuicios por el impago de cantidad ilíquida, conforme al artículo 1.108 del Código civil, sino que la sentencia recurrida, apartándose acertadamente de la calificación de la de Primera Instancia, sienta que la pretensión afecta al abono de los intereses devengados por el préstamo que los demandados debían pagar en concepto de amortización y no fueron satisfechos oportunamente, en base del artículo 1.106, y se decide así una pretensión fundamental, al estar dichos intereses inseparablemente unidos al préstamo, conforme a lo pactado, sin perjuicio de su determinación en período de ejecución de sentencia.

Undécimo Considerando: Desestimación del recurso, con las consecuencias del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—No haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley. Condena al pago de las costas causadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido.

COMISION DE ENCARGO DE REDACCION DE ANTEPROYECTO, PARA LA CONSTRUCCION DE UN HOTEL DE VIAJEROS, REALIZADA POR EL APODERADO. *Amplitud de poderes y ratificación por carta, del contrato celebrado por el apoderado.* A. H. R. contra V. S. O. Ponente: don Manuel Taboada Roca (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Demanda.—El demandado, por medio de su apoderado don J. G. M., había suscrito en Zamora, el encargo de la redacción de un Anteproyecto de Hotel de viajeros, denominado «Los Jamines», de primera categoría; encargo que había sido visado por la Delegación del Colegio de Arquitectos de Zamora, según acreditaba por la presentación del oportuno documento.

Se había cumplido dicho encargo de acuerdo en todo con los datos, planos y características que obraban en el documento número 2 presentado, visado asimismo, por el Colegio de Arquitectos.

De acuerdo con los Estatutos de los Colegios de Arquitectos, el Anteproyecto debería recogerse en el Colegio de Zamora, previo pago de su importe y a pesar de la reclamación de honorarios hecha por el Colegio, el demandado no había satisfecho cantidad alguna por tales trabajos y como al parecer con aquel Anteproyecto se iba a solicitar un crédito hotelero, el actor accedió a entregar tal documento sin desembolso alguno para la tramitación del oportuno expediente. El Ministerio de Información y Turismo había ordenado algunas rectificaciones al Anteproyecto, que se llevaron a cabo por el actor, según se probaba documentalmente y se dictó resolución ministerial declarando dicho Anteproyecto de «excepcional utilidad pública» y concediéndole un crédito de 8.100.000 pesetas y el plazo de un mes para presentar el Proyecto definitivo visado.

El apoderado, del demandado, después de recibido el oficio del Ministerio, lo encargó verbalmente al actor; lo que se confirmó después por carta del demandado rogando al actor «que personalmente con su apoderado, señor G., realice la entrega del Proyecto y pago de los honorarios correspondientes», tanto al demandante como al Colegio de Arquitectos.

El arquitecto acabó el Proyecto aún antes del plazo fijado, para salvaguardar los derechos del demandado y fue presentado a la Delegación de Zamora, comunicándolo así al propietario y a su apoderado. El Colegio notificó también tal presentación y reclamó los honorarios por diversos oficios, sin que se hubiera retirado el Proyecto ni satisfecho cantidad alguna, y el letrado del actor por carta certificada le formuló amistosa reclamación. Los derechos reconocidos y concedidos por el Ministerio de Información y Turismo, no debían haber decaído, por haber solicitado plazo, como ampliación del primero, para corregir defectos de titulación de la finca sobre la que había de construirse el hotel.

El Colegio Oficial, en vista de la conducta del demandado, tomó el acuerdo de entregar la minuta al actor para que formulase la reclamación correspondiente, cuya factura y cálculo no los hace el Arquitecto, sino el propio Colegio, de acuerdo con las normas que lo regulaban y la tarifa aprobada para los Colegios Oficiales de Arquitectos, por Real Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 1922, y en las que se determina que al redactar el Proyecto quedan absorbidos los honorarios del Anteproyecto.

Suplico.—Declarar la obligación de pago contraída por el demandado y condenarle al pago de la minuta girada por el Colegio Oficial, en concepto de honorarios devengados en la redacción del Proyecto y Anteproyecto correspondientes; con expresa imposición de costas al demandado.

Rebeldía.—Por contestada la demanda, se la notificó al demandado y se decretó la retención de bienes muebles y el embargo de inmuebles.

Sentencia de Primera Instancia.—Estimatoria de la petición, pero sin especial condena de las costas causadas.

Apelación.—Confirmando la sentencia dictada y sin expresa imposición de costas en ambas instancias.

Casación.—Por infracción de Ley, en base de los números 1 y 7 del 1692. Estableciendo los siguientes motivos:

Primero.—Al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incurrir la sentencia en error de hecho en la apreciación de pruebas, resultantes de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador y alega que su carta fechada en Olla de Alta en 3 de septiembre de 1963, se acredita en autos que es de 3 de octubre, como consta en el sobre certificado en que se contenía. Se reconoce su autenticidad en confesión por el propio recurrente y en las dos sentencias de instancia (2.º Considerando de la sentencia dictada por el Juzgado y 3.º de la sentencia recurrida). Dicha carta acusa recibo de una del Arquitecto, sobre los extremos «que ya me había informado mi apoderado y común amigo señor G., esperando de su atención que personalmente con él, realice la entrega del Proyecto y pago de los honorarios que corresponda, tanto a usted como al Colegio de Arquitectos, ajustándose a la realidad como tiene hablado, y para lo que confiero por la presente al señor G., el más amplio poder»... Acreditado el documento auténtico se ha infringido la doctrina de esta Sala contenida en numerosas sentencias..., que sancionan que hay verdadero error de hecho cuando se evidencia por el simple cotejo entre las afirmaciones de la sentencia y lo que dice el documento auténtico y cita abundante doctrina legal al respecto. Es evidente la infracción de esta doctrina legal de los preceptos del Código civil, en orden a la apreciación de la prueba y específicamente del artículo 1225. Se trataba de conseguir la concesión de los 8 100 000 pesetas autorizadas y como saben que el Proyecto no era viable por no disponer libremente de todo el polígono declarado en la memoria y planos del Anteproyecto, en la carta referenciada, dirigida al actor, advierte que se atengan a la realidad y espera un acuerdo, que es para lo único que le faculta. Lícitamente no se podrá disponer de los 8.100.000 pesetas, sin tener los 22 restantes, presupuestos para ejecutar la obra cifrada en treinta millones y se necesitaba una promoción capitalista, además de tener la titulación en regla, razón de las prórrogas solicitadas para que no caducase el plazo para la presentación del Proyecto. Lo único firmado por el recurrente es el poder a su apoderado y la carta al recurrido y no puede investigarse un consentimiento más lejos que dichos actos jurídicos tan claros y todo ello dentro de la buena fe, porque la mala excluiría toda relación contractual. Es la temida confabulación del recurrente de sentirse refraudado, o que esas sean las consecuencias de la gestión o tanteo oficial de las posibilidades crediticias de un viejo merendero-camionero para ser transformado en gran hotel turístico y moralmente el señor Arquitecto, su apoderado y al mismo tiempo técnico hotelero y el gestor, no podían ni pueden ser promotores con entusiasmo jurídico de semejante perjuicio. La redacción del Proyecto objeto de autos, era una conducta unilateral del recurrido y el documento auténtico está en abierta contradicción con la sentencia recurrida. Puede parecer que la apreciación intencional, juntamente con la material, no se ciñe al presente Motivo, pero la cuestión de hecho en la doctrina científica comprende no sólo la apreciación material, sino también la intencional, es decir la existencia y realidad del hecho, con todas sus circunstancias; a diferencia de la cuestión de derecho que es simplemente su significación y valoración jurídica; en resumen: es fundamental investigar si del documento auténtico, cotejado con la declaración judicial, existe el consentimiento para la confección y pago del Proyecto o si se condicionaba éste a esa «realidad» hablada de la que se olvida el juzgador.

En el presente recurso se hace caso omiso de la diatriba y se va al fondo del asunto con la mayor claridad y precisión, ante la dificultad de un condenado en rebeldía de llegar a una solución amistosa. El anteproyecto no cabe duda que

lo debía y su monto fue reclamado por el Arquitecto y después subsumido a la tarifa del Proyecto, por imperativo de las disposiciones pertinentes.

Segundo.—Amparado en el número 7º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con base en el artículo 1.225 y en la doctrina legal citada, ya que la cuestión relativa a la interpretación de los contratos es exclusiva de la soberanía del Tribunal «a quo» y sólo puede impugnarse en casación en la forma y con los elementos que autoriza el número 7º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 1.281 y siguientes del Código civil, ya que la declaración de voluntad contenida en la carta designada como documento auténtico, obliga al juzgador a interpretar dicho negocio jurídico y al no existir contrato sobre el repetido Proyecto, no existe un consentimiento expreso y puro, sino condicionado a la realidad como tienen hablado; que no se trata de un contrato de mandato, sino que se condiciona la existencia de cualquier obligación a una realidad que ha sido desconocida en este pleito y que no estaba facultado en modo alguno el apoderado del recurrente para vincularse así

Cuarto.—Amparado en el número 1º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 1.757. Quedó demostrado en la prueba de la 2ª Instancia que el recurrente nunca confirmó o ratificó el contrato que trata el actor de probar, respecto al Proyecto Los límites del mandato no eran contratar proyectos de valor superior al medio millón de pesetas las instrucciones al mandatario, simultáneas a las del Arquitecto, son llegar a un acuerdo basado en la realidad y no ratificar el pago de inmediato, al menos de un Proyecto que no podía producir los efectos queridos por todos, sin cumplir antes las condiciones necesarias respecto a la titularidad de todo el polígono y a la promoción del capital correspondiente.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de los artículos 1.261 y 1.262 del Código civil. La carta del recurrente dirigida al arquitecto-recurrido demuestra cuándo y cómo manifiesta la aceptación sobre la cosa; la actuación del arquitecto es un acto unilateral y el trabajo se presentó en la Delegación del Colegio de Arquitectos de Zamora, unos días después de la carta, lo que demuestra que no esperó el obligado consentimiento, sino que estaba dispuesto a realizar el Proyecto y todos los trabajos que llevaba consigo, sin la conformidad que suponía todo ello; se han infringido los preceptos citados, que no han sido tenidos en cuenta por el juzgador, y no es admisible el suplirlos en modo alguno, porque no existe ningún acto anterior ni posterior por parte del recurrente.

Considerando: Toda la tesis del presente recurso se asienta sobre la base de que del poder otorgado por el recurrente a don José G. y de la carta dirigida al actor-recurrido no puede deducirse el asentimiento necesario del poderdante para el negocio concertado, excediéndose del poder conferido.

Considerando: La carta aludida, de 3 de septiembre de 1963, que en realidad es de 3 de octubre, pues constituye la contestación a la de 26 de septiembre anterior, que le había dirigido el demandante, no constituye la comisión de un encargo a su apoderado para la construcción de un Hotel Turístico, y para que comprometa al poderdante, al pago de los honorarios devengados y con-

cierte con el Arquitecto la redacción de un Proyecto, Plano, Memoria y Presupuesto, porque no era viable tal Proyecto por no disponer el poderdante de la totalidad del terreno necesario requerido por el Ministerio, para conceder el crédito hotelero solicitado.

Considerando: En el recurso se sostiene que la carta no proclama lo que la sentencia estima y resulta evidente, una infracción de la doctrina legal y de los preceptos civiles en orden a la apreciación de la prueba, específicamente del 1225; pero aquí bajo la invocación de un supuesto error de hecho atribuido a la sentencia impugnada se esgrime una supuesta infracción de una norma valorativa de la prueba, que de existir sólo se podría argumentar como base de un error de derecho en la apreciación de la prueba, según declaración constante de esta Sala.

Considerando: La aludida carta, que hubo de ser corroborada por el oportuno dictamen pericial al negar su autenticidad el demandado, durante el pleito en el que permaneció en rebeldía no proclama clara y abiertamente nada contrario a lo admitido en la sentencia, y el juzgador ya la tuvo en cuenta precisamente para construir su sentencia condenatoria, por entender que la tal carta demuestra que el demandado tenía un perfecto conocimiento del encargo hecho por el señor G. al actor y por la misma confería a su apoderado el más amplio poder sobre el particular y para el pago de honorarios; entendiéndose que, por tal carta, el mandante ratificó el contrato concertado por el señor G., que ha de considerarse válido y eficaz «siendo evidente» que la efectividad de los honorarios no se encontraba sometida o condicionada al resultado de la gestión administrativa, que simultáneamente estaba realizando el mandatario para la obtención del préstamo. La Sala sentenciadora, en tesis de dicho recurrente, da a la repetida carta un alcance que no tiene y deduce de ella unas presunciones improcedentes, y sin embargo, se ataca esa interpretación o presunción, por la vía no adecuada del número 7.

Considerando: En el 2º Motivo se parte de la base de que la carta proclama claramente un encargo de redacción del Proyecto, condicionado a la obtención del crédito hotelero, que se destinaria al pago de la construcción y como esto no es así, sino todo lo contrario, pues la carta no establece semejante subordinación, la sentencia no infringe el precepto, sino que lo aplica correctamente.

Considerando: En el Motivo 3º por la vía adecuada combate la interpretación que la sentencia ha dado al contrato litigioso e invoca el artículo 1.281 y siguientes; sin especificar cual de las dos normas de dicho artículo se interpretaba erróneamente, a pesar de que recíprocamente son antitéticas y sin especificar cual de los «siguientes» es infringido.

Considerando: Aún salvando los insalvables defectos técnicos de formulación, para que prevaleciera la interpretación del poder y de la carta dados por el recurrente, tendría que demostrar cumplidamente que la interpretación de la Sala era ilógica, arbitraria o desusada y nada de esto pretendió probar; resultando correcta la interpretación del juzgador de instancia cuando en base de la carta y poder entiende conferido el encargo al Arquitecto, sin condicionamiento alguno, a la obtención del solicitado crédito hotelero.

Considerando: La improsperabilidad de los tres primeros Motivos impone la desestimación de los dos restantes, que se basan en tesis contraria a la admitida por la sentencia, sin demostrar que ésta era errónea. Califíquese el contrato de arrendamiento de obras o de servicios como el actor propugna en su demanda, o de mandato como la sentencia sostiene, siempre resultaría la ejecu-

ción de una obra o realización de un servicio y en ambos casos es indeclinable la obligación de retribuirlo.

Fallo.—No ha lugar al recurso y condena al pago de las costas

CALIFICACION DE SUBROGACION EN CONTRATO DE OBRA O DE TRATOS PREVIOS DE UN NUEVO CONTRATO. Pago de la parte de obra realizada. Realidad de lo acaecido y auténtica intención de las partes intervinientes, a través de la hermenéutica de los actos jurídicos contenidos en los documentos aportados por los interesados y sometidos a la apreciación judicial. M y G., S. A., contra don M. G. A. Ponente: don José Beltrán de Heredia y Castaño (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—La empresa actora era ampliamente conocida en el ámbito nacional como dedicada, desde hacía casi un siglo a instalación de ascensores, hallándose debidamente inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, en cuya capital radicaba su domicilio.

Hallándose en construcción por la empresa V. el bloque de edificios denominado Zona Residencial «Las Mercedes», sito en Valladolid, se interesó por la entidad la redacción de presupuestos para la instalación de 26 ascensores, de diversos tipos, en los edificios antes citados.

Estudiados los presupuestos formulados se formalizó en 14 de septiembre de 1962 la instalación de los ascensores referenciados, de las características y precio enumerados en el presupuesto número 620.314.

El pedido en firme fue aceptado por la Compañía actora en su integridad, incluso la bonificación de 30.000 pesetas sobre el importe global del pedido, en el que sólo restaba determinar el número exacto de ascensores de uno y otro tipo que habrían de ser objeto de instalación por el demandante.

Por medio de carta, que se acompaña como documento, se envió plano correspondiente al Proyecto de montaje del montacargas provisional que había de instalarse con la urgencia pretendida por el constructor en la escalera de la torre del bloque.

En este estado de cosas transcurrió hasta el 14 de marzo de 1963 en que se tuvo la noticia de haber quedado resueltas las relaciones entre el promotor de la obra y la empresa constructora V., a la que por carta del 14 de marzo de dicho año se le enviaron facturas por 170.000 pesetas, importe del montacargas instalado y en funcionamiento, y por 300.040 pesetas, importe del 10 por 100 previsto como primer pago a cuenta de las obras, en la carta de pedido de 14 de septiembre de 1962.

Por parte del representante legal de V. se manifestó a la actora que el pago de las facturas concernía exclusivamente al demandado señor G. A. y por este último en carta de 25 de mayo de 1963 se manifestaba la decisión de subrogarse en el pedido formulado por V. e interesaba el envío de nuevo contrato a su nombre.

En la precitada carta, junto con la novación subjetiva formulada, como de pasada, se aludía a una pretensión, aparentemente inocente: «confío que a la mayor brevedad remitiré dicho contrato para su firma, incluyendo en el mismo las modificaciones indicadas con fecha 20 del actual», pero esto constituía la primera y capital muestra de mala fe, porque esas «modificaciones» daban lugar, nada menos, que a redactar cinco nuevos presupuestos e implicaban una

modificación tan radical de los ascensores encargados que, en el mejor de los casos, suponía una diferencia de precio que oscilaba desde las 115.400 pesetas del presupuesto inicial, a 301.800 de precio unitario, para el tipo de ascensor a que ambos presupuestos se referían.

Se respondió con fecha 12 de junio mostrando su abierta contradicción con la postura inicial. En el intermedio, entre el 20 de junio y 23 de julio de 1963, se cursaron 5 cartas que no se contestaron por el demandado hasta el día 30 de julio (del mismo año) en que lo hizo por medio de la aportada con los documentos.

En relación con el montacargas instalado en la obra se reclamó su importe al hoy demandado y éste manifestó en carta de 26 de septiembre de 1963 no haberse hecho cargo del pago de dicho aparato y recababa fuera desmontado para instalar en su lugar el correspondiente ascensor, lamentando no haber llegado a una inteligencia con la hoy actora para el montaje de los ascensores del bloque de viviendas referenciado.

Con fecha de 14 de enero de 1964 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de «por intentado sin efecto».

Suplico.—Sentencia declarativa de la subrogación del demandado don M. G. A. en las obligaciones contraídas por V, del cumplimiento en la parte que le incumbe, por parte de la actora del contrato de arrendamiento obra, mediante la instalación y puesta en marcha del montacargas; del incumplimiento por el señor G. del contrato en que se subrogó, al no haber satisfecho el precio del montacargas instalado y de haber concedido, contravieniendo los compromisos contraídos frente a la actora, las obras de instalación de los 26 ascensores a persona ajena, de la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios cifrada en la cantidad líquida de 285.500 pesetas, importe del beneficio industrial no percibido por M y G. a consecuencia del incumplimiento contractual y por lo mismo, condenar al señor G. a: 1.º, estar y pasar por las anteriores declaraciones, 2.º, al pago del precio fijado por la instalación del montacargas; 3.º, al pago de la indemnización de daños y perjuicios cifrados a base del 10 por 100 del beneficio industrial correspondiente, y 4.º, la condena expresa en costas por su evidente temeridad y mala fe.

Contestación.—La actividad industrial del actor se hallaba gravada fiscalmente sin que se presentara con la demanda, como la Ley exige, justificante de hallarse al corriente en el pago del tributo correspondiente.

La empresa V comenzó el bloque y dicha entidad interesó de la actora los presupuestos correspondientes, que no fueron remitidos ni examinados por el demandado. El representante de V, establecía, en carta que se acompaña en la demanda, un compromiso de pago, pero contratando en nombre propio y sin aludir para nada al demandado. La aceptación de las propuestas no afectaba para nada al demandado. El plano de proyecto del montaje del montacargas era como se indicaba, textualmente, en el pedido de V. y para el servicio de esa empresa constructora, sin que figurara para nada el nombre del demandado. Toda la correspondencia lo fue con V., que debía pagar lo que había encargado.

Al señalar la gran diferencia de clase y precio entre los ascensores pedidos por V. y los que deseaba el demandado, se demostraba la alteración del objeto contractual, incompatible con una subrogación subjetiva y necesitado de un nuevo contrato.

La carta del demandado al actor, manifestaba que no le interesaban los ascensores por lo elevado de sus precios y preguntaba si los contratos suscritos con V. «cambiándolos a mi nombre siguen subsistentes con la diferencia de precios en más o menos que resulten por las variantes que puedan producirse en los mismos», lo que indica que el contrato con V. era puro y perfeccionado y el que se proyectaba era condicional, sin que por parte alguna aparezca la supuesta subrogación de que habla la demanda.

Tampoco las cartas, presentada de adverso, resolvían nada en orden a la perfección del contrato que se proyectaba.

Respecto al montacargas, en toda la correspondencia cruzada no existe ni un atisbo de que el demandado haya asumido obligación alguna de pago.

Suplico.—Sentencia desestimatoria, en su integridad, de la demanda, absolución de ella al demandado y con imposición de costas al actor.

Sentencia de Primera Instancia.—Desestimó la demanda. Sin expresa imposición de costas.

Apelación—Revocatoria en parte. Declaró que el demandado don M. G. A. está subrogado en la obligación de V., S. A., a virtud de la carta-contrato de 14 de septiembre de 1962, respecto al importe del montacargas instalado, rechazando las demás pretensiones y sin expresa condena de costas en ninguna instancia.

Casación por infracción de Ley estableciendo los siguientes Motivos:

Primero.—Amparado por el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción indebida del artículo 1.203 del Código civil. Al tratarse de una carta de subrogación de un contrato de suministro, sólo podía tener por objeto los ascensores, parte de la misma obra, pero no el montacargas que es elemento de trabajo de la obra. Es clarísimo el Código civil en su artículo 1.204 y la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 5 de diciembre de 1912; 9 de abril de 1920; 10 de enero de 1934 y 31 de diciembre de 1941, «de considerar la carta citada como aceptación de subrogación, pudiera ser obligatoria para que el propietario tuviera que hacerse cargo de todos los suministros de la obra, ya que en la misma no se concreta más que el deseo de hacerse cargo de un contrato, pero no con unas condiciones».

Segundo.—Amparado por el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1.257 del Código civil. El contrato, base de la demanda, nunca fue suscrito por el recurrente, que es sólo tercero y aunque intentó subrogarse, no lo aceptó el hoy demandante. En principio se intentó aceptar el contrato, pero determinado a datos y objetos concretos, de posible empleo en las obras, pero nunca a un objeto (montacargas, elevador de materiales) que sólo es útil al constructor de la obra, a lo que no se dedica el demandado. Resultan terminantes al respecto las sentencias de 15 de noviembre de 1905 y 20 de mayo de 1903.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por infracción de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil. La carta de 25 de mayo de 1963, objeto y base de la sentencia recurrida, está mal interpretada, ya que sólo se concreta a los ascensores y no al montacargas. Ello es lógico: el demandado no se dedica a la construcción y al cesar el constructor primero contrató con otro la realización de las obras y no le interesaba el montacargas. En cambio la carta se considera como «subrogación de parte de con-

trato» La sentencia recurrida ha infringido, además, la doctrina de sentencias de 13 de noviembre de 1906, 14 de diciembre de 1907 y 13 de enero de 1927.

Cuarto.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de hecho en la apreciación de la prueba. El contrato suscrito en 26 de febrero de 1963 ante Notario es el que determina la liquidación del contrato de obra, entre las partes y se determina en cuanto a los compromisos adquiridos por suministros que serán examinados por los señores arquitectos, dando cuenta a la propiedad, y si resultasen aconsejables deberán subrogarse. La subrogación sólo será aceptada, pues, si los arquitectos primero y la propiedad, después, la aprueban. No se puede interpretar de otra forma el contrato cuando existe documento auténtico que dicta las normas oportunas y el Tribunal sentenciador ha desconocido, así, los artículos 1.203 y 1.261 «y además del Código civil».

Considerando. Toda la cuestión debatida consiste en saber si al terminar la relación jurídica primitiva entre el propietario, hoy recurrente, y la empresa V., S. A., plasmada en documento público de 26 de febrero de 1963, el referido dueño asumió o no la obligación de pagar un montacargas suministrado por la casa M. y G., S. A., para cuya solución es preciso tener en cuenta la realidad de hecho verdaderamente acaecido y averiguar la verdadera intención de las partes a través de la correspondiente operación de los actos jurídicos contenidos en los documentos aportados hermenéuticamente y sometidos a apreciación judicial.

Considerando. En el Motivo 3.º se impugna la interpretación dada por el Tribunal «a quo» de estos documentos, pero se hace de modo improcedente porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deberá expresar en casación civil con precisión y claridad, no sólo el párrafo del artículo 1.692 en que se halla comprendido y la Ley o doctrina legal que se cree infringida, sino el concepto en que lo haya sido, requisito éste que aparece incumplido; lo que de acuerdo con la constante jurisprudencia de esta Sala (especialmente contenida en sentencias de 31 de diciembre de 1940; 29 de mayo de 1946, y 9 de febrero de 1960, entre otras muchas), lo hace incurrir en la causa de inadmisión del número 4 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el actual trámite decisorio lo es de desestimación.

Considerando: Para atacar la base de hecho en que se apoya la sentencia recurrida se formula el Motivo señalado con el número 4. El Tribunal «a quo» interpretó dicho documento dentro del conjunto de la prueba practicada. «lo que le priva del requisito de autenticidad a los fines de casación, lo presenta como insuficiente para evidenciar el error alegado y obliga a la desestimación del motivo en que la alegación se hace».

Considerando. Al quedar incólume el supuesto de hecho en que se basa la sentencia recurrida y no haber sido eficazmente impugnada la interpretación de la Sala sentenciadora, es incuestionable que ambos deben prevalecer, impidiendo la prosperabilidad de los dos primeros motivos, porque están haciendo supuesto de la cuestión, consistente el primero en la existencia o no de la subrogación y referida en el segundo a la condición de tercero o de parte de dicho recurrente; perecimiento de los dos motivos que acarrea la del recurso en su totalidad con los obligados pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallo.—No haber lugar al recurso interpuesto y condena al pago de las costas a la parte recurrente.

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS, POR MUERTE DE UN VIAJERO EN TRANSPORTE COMBINADO. *Accidente ocurrido al cambiar de vehículo y ser atropellado por otro de la misma Compañía. Calificación de culpa contractual o extracontractual.* N. L. G. y doña I. M. R. contra M. del R. P. Ponente: don Emilio Aguado González (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda—El 12 de febrero de 1964, con ocasión de un viaje efectuado por don F. L. H., esposo y padre, respectivamente, de los actores, utilizó los servicios de transporte de viajeros de la Empresa demandada y falleció en accidente de tráfico. El accidente, ocurrido en el momento en que desde un vehículo de la expresada demandada, que se estacionó en ruta frente al ramal secundario que enlaza la carretera general entre Zamora y Salamanca con el pueblo de Jambrina, para ir a ocupar otro que se hallaba estacionado dentro de este ramal (el de acceso a dicho pueblo), para lo cual era forzoso atravesar la calzada, en cuyo momento tuvo la desgracia de ser atropellado por otro vehículo de la empresa. Fueron causas del accidente el exigir a los viajeros un transbordo innecesario, pudiendo verificarse el transporte directo al pueblo; la falta de la más elemental vigilancia de prevención, ya que los viajeros tenían que atravesar la calzada para coger el segundo coche, la negligencia del operario que atendía la maniobra del vehículo y que conocía la necesidad de transbordar de los viajeros, por lo que debió aminorar la marcha limitándola al paso de un hombre e incluso estacionarse detrás del primer vehículo hasta que éste reanudase la marcha, quedando la calzada libre de obstáculos. Por el hecho referido se instruyó sumario, que fue sobreesido. La víctima contaba con setenta y nueve años de edad, hallándose en el más completo vigor físico, hasta el punto de atender personalmente al desenvolvimiento de su hogar, y a consecuencia de su muerte ha quedado en la más indigente situación la viuda, debiendo ser atendida por su hijo N.

Suplico—Sentencia condenando al demandado a satisfacer a los actores la indemnización civil en la cuantía que se fijará en este Juzgado, de modo discrecional, o, en último término, la que se determine en período de ejecución de sentencia: daños y perjuicios sobrevenidos a consecuencia de la muerte ocasionada y pago de los intereses legales y de las costas.

Contestación.—En las diligencias sumariales quedó bien patente que la víctima murió por su negligencia inexcusable, por lo que en momento alguno fue atropellado el día de autos, el primero de los autocares se detuvo al llegar al cruce con la carretera de Cazorra, para que los viajeros transbordaran a otro vehículo de la misma empresa situado en la carretera citada. Para transbordar, los viajeros debían cruzar la calzada; varios de ellos lo habían hecho ya y habían subido al vehículo que esperaba y en este momento el autocar que iba en segundo lugar, después de hacer su conductor varias veces uso de las señales acústicas y sin obstáculo que lo impidiera, efectuó el adelantamiento al autocar detenido, y cuando iba a rebasarlo, salió de la parte delantera de éste un viajero para atravesar la calzada, sin apercibirse del vehículo que adelantaba, yendo a estrellarse contra el mismo, de cuyo golpe fue despedido sobre la zona asfaltada del pavimento, resultando gravemente herido. La empresa no tuvo culpa alguna por un transbordo autorizado en la concesión y del que tenían conocimiento todos los viajeros; la víctima tenía setenta y nueve años, pero no puede admitirse que estuviera en el más

completo vigor físico, pues según el informe de la autopsia tenía deformes sus manos por un reumatismo deformante, y tampoco puede admitirse ese desamparo de que habla la demanda.

Suplico.—Sentencia que estime la excepción que se alega y desestime la demanda, absolviendo de ella al demandado y para el supuesto de entrar en el fondo del asunto, igual absolución, con imposición de costas a los actores.

Sentencia de Primera Instancia.—Por la que, desestimando la demanda, absolvió libremente de la misma al demandado, sin haecr imposición de costas

Apelación.—Por la que revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia y condenó a M. del R. P. a que pague 129.000 pesetas a doña I. M. R. y don N. L. G. en concepto de indemnización civil. Sin hacer condena de costas en ninguna de las dos instancias.

Casación por Infracción de Ley:

Unico motivo.—Fundado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto el fallo de la sentencia recurrida ha incidido en aplicación indebida de los artículos 1.101 y 1.104 del Código civil. La sentencia recurrida en su tercer considerando viene a decir que la muerte sobrevino en la ejecución de un contrato de transporte, yendo el viajero en su itinerario y sin perder contacto con el transporte, por lo que el atropello a un viajero y no a un peatón no puede enjuiciarse como culpa extracontractual. La jurisprudencia, interpretada en el artículo 1.101 del Código civil, estima necesario que en primer lugar se produzca un daño, que en este caso no cabe discutir, por haber ocurrido la muerte de una persona y el perjuicio subsiguiente en sus derechohabientes. En segundo término, es preciso que en el cumplimiento de la obligación contractual, la parte que deba ser condenada por incumplimiento haya incidido en dolo, negligencia o morosidad y, por último, que entre el daño o perjuicio y el dolo, negligencia o morosidad se dé una perfecta relación de causalidad. La sentencia recurrida entiende que es aplicable el artículo 1.101 del Código civil, al establecer en su considerando tercero que se han de indemnizar los daños y perjuicios por cuanto no se trata de un caso de culpa extracontractual, ya que el accidente sucede mientras se está ejecutando el contrato de transporte. No cabe duda que este hecho, declarado cierto por la sentencia recurrida, es intocable. Ahora bien, la calificación de culpa no es cuestión de hecho y sí es cuestión de definición jurídica. El contrato de transporte consiste en transportar desde Zamora hasta Jambrina a unas determinadas personas, y, bien de ordinario o por excepción, el día de autos se precisaba el transbordo de viajeros, al llegar al empalme, de un autobús a otro. No por ello pierde su condición de viajero en el instante de realizar el transbordo, pero lo importante es definir si se da o no dolo, negligencia o morosidad en la actividad de los transportistas y si la actividad de este viajero rompe o no la relación de causalidad. La Sala de instancia no dice, en modo alguno, que el transportista incidiese en dolo, culpa o morosidad. Y lo que es sumamente importante, que esta culpa o morosidad no se derive de la actividad del viajero, por cuanto si ésta se debe a una tercera voluntad ajena a la del transportista, automáticamente desaparecerá la responsabilidad de éste. En el caso

presente se les dice que el fallecido, F. L., fue el último en bajar; dejando el coche y pasando por la parte delantera, fue golpeado por el ómnibus propiedad de la misma empresa. La explicación del artículo 1.101 requiere una morosidad o negligencia en el cumplimiento del contrato de transporte. Se entiende que nos hallamos ante el supuesto del 1.902 de nuestro Código civil, por cuanto el supuesto del 1.101 es el supuesto general, no aplicable al caso controvertido, para darse el caso especial de los artículos 1.902 y 1.903. Por último, no se puede olvidar que el transbordo efectuado el día de autos es el reglamentario para dejar y tomar viajeros, pues la concesión administrativa no es entre Zamora y Jambrina y sí desde Empalme de Cazorra y Jambrina.

Considerando: En el único Motivo del Recurso no hay impugnación alguna de los hechos que detalla la sentencia recurrida y tales hechos se han de respetar íntegramente, no obstante, en el desarrollo del motivo el recurrente se basa en observaciones propias y no muy conformes con las que sienta la Sala sentenciadora, tanto sobre las condiciones del transporte concertado, como de las circunstancias en que el hecho luctuoso se produjo; más concretando las razones de oposición a la sentencia, expuestas en el recurso, no aclarado en el acto de la vista por no asistir el recurrente, y dado por descontado que el problema a resolver se desenvuelve dentro del ámbito de la culpa contractual, como la Audiencia entiende y el recurrente reconoce en principio al decir que tal punto es «intocable», la sustancia del recurso es obvio que se apoya en dos argumentos fundamentales: 1.º Que la sentencia recurrida no dice que el transportista incidiese en dolo, culpa o morosidad, requisito fundamental para la aplicación del artículo 1.901; pero esto es una gratuita afirmación del recurrente, porque en la relación de hechos que ofrece la Sala sentenciadora aparecen bien destacadas las condiciones del transporte, del que era una incidencia impuesta por la sola conveniencia de la Empresa, regentada por el demandado, el transbordo en ruta a otro coche; y las circunstancias del hecho, en que destaca la total ausencia de precauciones, por los servidores de la Empresa, para que el transbordo se efectuase en las mínimas condiciones de seguridad y puntualizándose como el coche que venía detrás de aquel que abandonaban los viajeros, avanzó al costado de éste al tiempo que salía el último de los viajeros y precisa con toda claridad como «debíó cerciorarse el chofer, antes de avanzar, si no quedaba ningún viajero por hacer transbordo y el cobrador u otro agente, prestar ayuda y orientación en cruce tan peligroso», por lo que no hay duda de la correcta aplicación de los preceptos legales, atendido el modo de suceder del evento dañoso, tal y como se describe en la fundamentación de la sentencia y sin impugnación de su elemento fáctico por el recurrente, y 2.º Que al aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.903 del Código civil no cabe aplicar el 1.101, con lo que parece, pese a lo dicho, querer derivar el caso hacia la culpa extracontractual, pero el argumento no ofrece solidez, pues cualquiera que sea la calificación de la culpa, la responsabilidad alcanza a los actos propios y a los de aquellas personas de quienes se debe responder, por hechos en el cumplimiento material del contrato en las prestaciones necesarias para la consumación del mismo, lo que ocurre en el transporte colectivo de personas o cosas, con carácter habitual y profesional, como en el caso de autos.

Considerando: Todo lo dicho es suficiente para resaltar la falta de eficacia de los argumentos del recurso, por lo que se impone la desestimación del

mismo, con los pronunciamientos pertinentes, entre los que establece el artículo 1.748 de la Ley Procesal civil.

Fallo.—No haber lugar al recurso y condena a dicha parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en el recurso

EJECUCION DE CONTRATO DE OBRA. Sobre reclamación de cantidad. Para el recurrente el negocio concertado ha sido un contrato de obra por unidades de medida. La sentencia impugnada proclama que fue un contrato de obra a precio alzado y que la obra convenida no se ejeculó con arreglo a lo estipulado, ni se entregó en condiciones de recibo, ni siquiera se entregó. Pecaría de incongruente la sentencia que recogiera una petición que no se hubiera hecho de manera clara y concreta en el suplico.—(T. E. C., S. A.) contra don M. L. Y. Ponente: don Manuel Taboada Roca (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—La actora era una Sociedad dedicada a la construcción y estaba ejecutando diversas obras en el Aaiún y con tal motivo el demandado entró en relaciones con ella, para que ésta le construyera un edificio destinado a Cinematógrafo, Bar, Cafetería y Bar-Restaurante, todo ello con arreglo a unos proyectos y presupuestos de un Arquitecto; estudiada la propuesta por los técnicos de la Sociedad recurrente y después de una subasta de tipo particular, en orden a los precios que pudieran convenir al demandado, se suscribió en 12 de marzo de 1962 un contrato de ejecución de obras, por el que la actora se comprometía con su personal y material a realizar por cuenta y a cargo del demandado el edificio referido, con arreglo a los planos, memorias y presupuestos y a las condiciones estipuladas en dicho contrato, que dichas obras se ejecutarían en el terreno que al efecto pondría el propietario a disposición de la empresa constructora; se estipulaba que se podían introducir las modificaciones que exigiera la buena marcha de la obra; la Empresa constructora llevaría la dirección técnica de los trabajos pero, además, el demandado había llevado la dirección por medio del proyecto primero y después por medio de otro Arquitecto; la ejecución se había contratado con arreglo a los precios unitarios de proyecto y presupuesto y no por tanto alzado, admitiéndose la posibilidad de introducir otros precios unitarios no comprendidos en el proyecto; en el contrato no se había fijado el precio total de la obra, lo que evidenciaba que nunca se había tratado de hacerla por una cantidad alzada, debido a los múltiples y complejos factores que las continuas alteraciones de circunstancias provocaban y a las variaciones que de las unidades de obra proyectada pudieran hacerse, que el importe total de la obra ejecutada era de 3.335.629,53 pesetas, en cuyo precio se incluían las obras concertadas posteriormente, así como otros gastos efectuados por cuenta del demandado, habiéndose pagado a la actora solamente 2.219.954,54 pesetas, debiendo el resto, que era lo reclamado en la presente litis: que dentro del plazo convenido y su prórroga, se había ejecutado tanto la obra concertada primeramente, como los locales comerciales encargados posteriormente y para los que regirían los mismos precios unitarios que los señalados para la obra primera, según se desprendía «de su simple lectura» (de la correspondencia cruzada entre demandado y actora); también se desprendía de ella el encargo de la construcción de los referidos locales, la vigencia de los precios unitarios que regían para el cine-

matógrafo y la prórroga del plazo de su construcción para efectuar antes la de los locales comerciales.

Las bases y Memoria para la construcción del edificio a que se refería el contrato, el proyecto y presupuesto, firmados por un arquitecto, se acompañaban a la demanda y se hacía constar que dichas obras estaban terminadas y entregadas al demandado, quien siempre había tenido conocimiento de la marcha de las mismas, así como de las variaciones introducidas y que estaban prevenidas en la cláusula segunda del contrato, como se acreditaba con las cartas aportadas. La Empresa constructora demandante no había ejecutado todas las obras referentes al Cinematógrafo, pero el coste de las realizadas era inferior al que figuraba en el presupuesto correspondiente, como se acreditaba documentalente. El demandado había encargado a la actora la construcción de los locales comerciales mediante proyecto y por los mismos precios unitarios que los presupuestados para el cine, se acompañaban certificaciones que evidenciaban que la actora había trabajado a los precios unitarios marcados en el Proyecto y Presupuesto, que restaba un saldo a favor de la actora de 1.115 662,99 pesetas; que las cantidades pagadas por el demandado no cubrían ni siquiera el importe de las obras del cinematógrafo, estando pendiente de liquidar éste, así como las demás ejecutadas y gastos causados con ocasión de ellas. La conducta del demandado, desde enero de 1963, «no podía ser más dolosa, ni arbitraria, incumpliendo sus obligaciones y creando una situación que no tenía más solución que plantear el presente litigio», ya que antes la actora había agotado todos los medios de llegar al cobro de lo adeudado, como la denuncia a la primera autoridad de la zona, el requerimiento notarial al demandado, que «evidenciaba la conducta dolosa» al incurrir en evidentes contradicciones, manifestando a la vez que la construcción que se había interesado se hacía por precio alzado y que los locales posteriores se harían por los precios unitarios fijados para la obra anterior; que aún admitiendo, a efectos dialecticos, que la obra se pactó a precio alzado aún no había terminado de pagar el cine, por lo que menos aún habría pagado los locales comerciales construidos; que en cuanto a lo dicho en la contestación al requerimiento de que las obras no se habían realizado con arreglo al Proyecto, se decía que habían sido inspeccionadas por el arquitecto, por lo que las modificaciones hechas, a su dirección facultativa eran debidas; que el presupuesto se concertó a precio alzado se desmentía a la simple lectura del contrato; que la obra no se había ejecutado dentro del plazo se debía a que el demandado había interesado que se construyeran preferentemente los locales comerciales, habiendo accedido a una suspensión en la construcción del cinematógrafo. El demandado había dilutado con notoria mala fe y graves perjuicios para la actora, el pago de las obras ejecutadas, alegando que no estaban realizadas con arreglo al Proyecto y que para zanjar este problema la actora accedió a la medición total de la obra realizada por un arquitecto nombrado por el demandado, verificada en 23 de septiembre de 1963 y aceptada por la actora, como se demostraba documentalente, pese a lo cual el demandado no había realizado el pago, causando graves perjuicios a la actora, por la importancia de la cantidad adeudada (más de un millón) y por las circunstancias actuales de la constante subida de precios, en materiales y salarios, que habían producido una crisis económica en las Empresas del carácter de la actora; la fijación de daños y perjuicios era difícil de hacer, pero estimaba que se condenase al demandado al pago de 150 000 pesetas por este concepto. La actora instó acto de conciliación que se había celebrado sin comparecencia del demandado.

Suplico.—Condena al demandado a pagar 1.115.672,99 pesetas, debidas por trabajos de construcción de unos edificios destinados a cinematógrafo, bar, cafetería y bar-restaurante y 5 locales comerciales anejos al cinematógrafo y a la suma de 150.000 pesetas por los daños y perjuicios causados, más los intereses de la demora y las costas causadas y que se causasen, por la conducta dolosa del demandado, quien había obrado con notoria mala fe y temeridad en el cumplimiento del vínculo contractual que le unía con la actora.

Contestación.—Negaba los hechos expuestos en cuanto no se coformasen con lo expuesto en los siguientes. Que en mayo de 1961 se le había sugerido por las Autoridades de el Aaiún la conveniencia de construir y explotar un cinematógrafo, dada la falta de medios de esparcimiento existentes. Ante la insistencia de las autoridades locales el demandado estudió la cuestión y concluyó opinando que sólo mediante una obra nueva en su totalidad y sobre un terreno que no encareciese la empresa, podía lograrse éxito: planteada la fórmula al Gobernador, la aceptó sacando a subasta un solar de 1.700 m.² con la carga de su destino de cinematógrafo, cuyo acto tuvo lugar en septiembre de 1961, siendo adjudicado al demandado, que lo aportó a una Sociedad formada por él mismo, el señor P. y el Ingeniero señor B. H., como se acreditaba documentalmente. Se encomendó la redacción del Proyecto a un Arquitecto y se presentó a la aprobación del Gobierno General del Sahara, que había promovido la empresa. Las obras se comenzaron por el señor B. H., que asumió la tarea de realizarlas, pero comprobada la necesidad de no escatimar en obra «se pensó en requerir la colaboración de una Empresa Constructora de solvencia y rápida» que realizase el Proyecto en los plazos y las calidades que fueran de desear. Se remitieron a varias firmas unos pliegos de condiciones y aunque los presupuestos recibidos «tenían pequeñas diferencias», como el Director de la Empresa actora era amigo personal de un socio del demandado se le adjudicó dicha obra. Al iniciarse el trabajo se levantó la oportuna acta de constancia de lo efectuado por el ingeniero señor B. H., documento que se acompañaba juntamente con la carta del arquitecto-proyectista que adveraba el cambio de Empresa. El demandado pagó al ingeniero todos los trabajos realizados, como se acreditaba documentalmente. De la Sociedad constituida se habían separado el señor P. y el señor B. H., quedando como único propietario el demandado, como también se acreditaba documentalmente. En septiembre de 1962, a pesar de que la obra proyectada tenía que concluir el 31 de julio anterior, se habían recibido del Arquitecto certificaciones de las primeras realizaciones y de que tanto él como sus auxiliares percibían sus honorarios puntualmente. El Arquitecto-director fue nombrado para un cargo oficial y debió designarse otro nuevo, que fue el propio de la Sociedad actora. A partir de dicha fecha se recibieron las certificaciones de obra firmadas por el Aparejador y no por el Arquitecto, por lo que el demandado se vio obligado a visitar personalmente las obras «para ver lo que estaba ocurriendo, vista la demora en la conclusión de la obra encargada». El demandado había comprobado que «la obra estaba atrasadísima, no habiendo en ella ni Arquitecto ni Aparejador, ni apenas obreros», por lo que protestó telefónicamente a la sede central de la Empresa en Madrid y se le manifestó que enviarían a un Arquitecto, que resultó ser «un simple encargado de obra». Era evidente el total abandono de la obra y su incumplimiento, sin embargo, las certificaciones se seguían pagando puntualmente, habiéndose pagado 2.371.215,39 pesetas, que era la totalidad de la obra presupuestada, con un exceso superior al 5 por 100. La obra no se había hecho en su totalidad y «lo efectuado era de deficiente calidad». Ante-

tal estado de cosas se pidió la intervención del primer Arquitecto, que propuso la solución de entregar la obra a otra Empresa, para su terminación mediante contrata, todo a costa del demandado, justificándose esto documentalmente. En vista de la catástrofe económica que se avecinaba, el demandado, en unión de colaboradores de su confianza estimó que sólo con un gran esfuerzo económico se podía acabar la obra realizada de forma «tan desastrosa y a ritmo tan lento». La actora ante el temor de que el demandado dejase de pagar por haber cumplido el presupuesto con exceso y visto su enfado, había suspendido las obras, como acreditaba documentalmente. El demandado para no verse arruinado y en la imposibilidad económica de terminar el proyecto del cine, buscó un socio que aportase más capital «cediendo así algo que tenía que haber sido sólo suyo, por la actuación de la Empresa actora». Con todo esto se llegó al mes de abril de 1963 y el demandado formuló requerimiento para concretar la actitud de la actora con respecto a la construcción del cine, y el representante de la Empresa contestó que continuaba trabajando en la obra, cuando en realidad no había ni un solo obrero, como se comprobó por el notario autorizante; se destacaba que en dicha acta nada se decía sobre pagos pendientes, por lo que de manera evidente se desprendía que en abril de 1963, el demandado estaba al corriente en ellos. Después de esta fecha no se efectuó trabajo alguno, por lo que nada podía cobrarse por este concepto. La realidad de la temeraria demanda era evitar el pago de los cuantiosos daños que, con su actitud había ocasionado al demandado. Este tuvo que acabar la obra mediante créditos y la aportación del socio citado y entonces fue requerido por la actora, contestando que estaba dispuesto a practicar una liquidación de daños, ya que había perdido los ingresos de un año por el funcionamiento del cine y había tenido que elevar el presupuesto de éste, en más de un millón, por la conducta de la actora y además tuvo que admitir un socio. Al inaugurar el local el suelo se hundió y las paredes se agrietaron, a causa de la mala construcción y expresamente se reservó la acción pertinente para exigir daños y perjuicios. En cuanto a lo manifestado, de adverso, de la mala situación financiera de la Constructora, no era de extrañar a la vista de su actuación en el negocio del demandado.

Suplico.—Absolución de los pagos citados por la actora.

Sentencia de Primera Instancia.—Absolvió al demandado Sin expresa condena en costas

Apeación.—Confirma la del Juzgado Sin expresa condena de costas.

Casación.—Por infracción de Ley, en base a los números 1.º, 3.º y 7.º del artículo 1.692, estableciendo los siguientes motivos:

Primero—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de la doctrina contenida en los artículos 1.544 y 1.546 del Código civil, en relación con el número 1 del artículo 1.555 de la misma Ley, porque la sentencia afirma que la actora se encargó de la construcción de todos los edificios a que se refiere la demanda, por un ajuste alzado y no por medidas o unidades de obra y en cambio es evidente que se está frente a dos contratos de ejecución de obra completamente diferentes: el primero suscrito el 12 de marzo de 1962, obliga a la Empresa a construir un edificio..., con arreglo a un Proyecto formulado por un Arquitecto, y el otro, de 16 de junio de 1962, encarga a la Sociedad recurrente la construcción de loca-

les comerciales anexos al cine de el Aalún, que están construyendo y en la cláusula 5.ª del primer contrato se expresa que la contrata de las obras es «a los precios que figuran en el Presupuesto», incorporado al contrato. Por ello se contrae a lo presupuestado el cinematógrafo, cafetería y bar. En cambio, los cinco locales comerciales tendrán los precios unitarios del cinematógrafo. La sentencia recurrida admite que el contrato de 12 de marzo de 1962 se hizo por unidades, pero de los actos coetáneos y posteriores de los contratantes se deduce que el contrato fue a un tanto alzado porque la adjudicación de la obra se hizo mediante concurso y que, durante la ejecución se cobró lo ejecutado mediante certificaciones a lo que se une la baja, en lo que afecta para la adjudicación. La cuestión debatida se enmarca dentro del 1599, lo que evidencia la violación de los preceptos invocados, porque ni del contrato, ni de la práctica de la construcción, se celebran actualmente contratos para realización de obra en un tanto alzado, salvo en aquellos en que la propiedad es de la Administración pública. En los dos contratos se estipula la ejecución de obra por unidades, siendo de aplicación el artículo 1592 y tal es la manera en que se contrató. Aunque en la sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1900 se declaró no aplicable a los contratos por ajuste la doctrina del artículo 1592 en cuanto a los aumentos de precio (lo que no tiene fundamento porque las unidades parciales son simples resultados a efectos de entrega y pago y de otra suerte la garantía por vicios debiera ser también fraccionada), los contratistas corrientemente incluyen en sus contratos una cláusula de revisión de precios para ponerse a cubierto de consecuencias ruinosas, especialmente en épocas de inestabilidad económica y del mercado, como ocurre actualmente, y todo ello les veda para convenir una obra a tanto alzado. La múltiple jurisprudencia de esta Sala (7 de noviembre de 1947 y 20 de noviembre de 1959 entre otras), aplican la cláusula «*rebus sic stantibus*» y mitigan el rigor en la contratación aún a riesgo y ventura del contratista.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de la doctrina del artículo 1.592. En íntima relación con el anterior. Se firman dos contratos diferentes, pero la sentencia recurrida incluye los locales comerciales dentro del precio que asigna el Juez de Primera Instancia como alzado, para la obra ejecutada, según el primer contrato, no teniendo más afinidad con el cinematógrafo que haberse construido sobre unos terrenos colindantes y por los mismos precios que regían para éste, pero—en modo alguno—que por el precio de una obra se construyera otra, pues de ser así, la Sociedad recurrente regalaba al recurrido 5 locales comerciales que son independientes, según consta en las certificaciones. Aceptando, a efectos dialécticos, la tesis de la sentencia recurrida, de la construcción por precio alzado, de 2.230.000, del cinematógrafo y cafetería, no puede incluirse en dicho precio el importe de los locales comerciales, lo que supondría para la recurrente la pérdida de casi un millón de pesetas, precio aproximado de la construcción de dichos locales y un enriquecimiento del recurrido. En la confesión de éste se establece la distinción entre unas obras y otras. La doctrina del artículo 1.592 ha sido infringida. Las declaraciones de los testigos del recurrido manifiestan la compra de locales comerciales y que el cinematógrafo está en pleno funcionamiento y rendimiento, lo que evidencia que las obras fueron terminadas y entregadas y, de conformidad con el precepto citado, se exige el pago al recurrido, según las certificaciones obrantes en autos, habiéndose subsumido los dos contratos de ejecución de obra diferentes por uno solo, en la sentencia recurrida.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del 1.599 del Código civil, en relación con el 1.592 y 1.591. En el primer contrato se estipula la forma de pago «mediante certificación mensual, a buena cuenta de la liquidación definitiva» y al rechazar la pretensión de la demanda resulta que procedería a liquidar dichas obras, cuando quedan pendientes de abono las cantidades reclamadas. A tenor del artículo 1.599 hay que concluir que su aplicación será cuando no exista pacto en contrario, lo que no ocurre en el caso de autos y al ser entregadas las obras, según se demostró por aplicación de la doctrina del artículo 1.592, se debe abonar lo adeudado. La obra no se halla mal ejecutada, pues de ser así, ni el cinematógrafo ni los locales comerciales hubieran tenido utilidad para el recurrido, que se está beneficiando de su explotación, con el consiguiente enriquecimiento y a costa del recurrente.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea del artículo 1.599. Motivo en íntima relación con los anteriores. El precepto exige taxativamente la entrega de la obra y así se hizo en debida forma y consta en autos que el cine funciona y los locales comerciales fueron vendidos. Al no aceptar la sentencia impugnada la correlación entre la entrega de la obra y el pago del precio interpreta erróneamente el precepto invocado. Es cierto que la Constructora, en un momento determinado suspendió las obras (según consta en los requerimientos obrantes en autos), pero no por las razones expuestas en la sentencia recurrida, sino por el temor racional y fundado, como el tiempo transcurrido ha demostrado, de que el propietario no pagaba la obra que se ejecutaba. La sentencia aprecia que la construcción era deficiente, pero si así fuera, los técnicos del recurrido o éste mismo, se hubieran opuesto al empleo de tales materiales o a la deficiente construcción. Lejos de ello el recurrido insistió en que se activasen las obras del cinematógrafo para inaugurarlos en 14 de abril de 1963. El Secretario General del Gobernador declara que el cine no había dejado de funcionar desde su inauguración. En la técnica de la casación está vedado analizar los hechos referidos, pero se traen a colación para evidenciar el problema jurídico que se plantea en el presente motivo, en razón a que se concluye que la obra no fue entregada y por tanto ha de rechazarse la pretensión de pago. Figura un dictamen pericial de un perito que no fue nombrado en forma legal, según se hizo constar por el recurrente en el escrito de Conclusiones y cuya apreciación no fue lo objetiva que esta prueba requiere, pero pese a ello no puede negarse que el cinematógrafo se encuentra en pleno funcionamiento.

Quinto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de la doctrina del 1.256 del Código civil en relación con el 125. (Texto Refundido de la Ley y Tarifa de los Impuestos de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes), ya que en el primer contrato se establece el pago a cargo del recurrido y en auto del Juzgado de 30 de mayo de 1964 se acordó proceder a liquidar el documento de referencia y, aunque el pago correspondía al recurrido, se abonó por el recurrente en la Delegación de Hacienda de Madrid, en cantidad de 76.717 pesetas, según consta por la correspondiente carta de pago e interesando se incrementara la cuantía de la *litis* en dicha cantidad. Al no recoger la sentencia recurrida la condena de dicha cantidad se violó la doctrina del artículo 1.256, por cuanto se dejó al arbitrio de uno de los contratantes lo establecido en el contrato de 12

de marzo de 1962 y si la recurrente cumplió lo ordenado por el Juzgado y lo abonó fue, exclusivamente, para que continuara el procedimiento en reclamación de cantidad.

Sexto.—Amparado en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no contener la sentencia recurrida declaración alguna de las pretensiones deducidas en el pleito en el momento oportuno. La sentencia no contiene pronunciamiento respecto al pago del impuesto por cuenta y a cargo del recurrido. Al formular el escrito de réplica, en los fundamentos jurídicos se manifestó que en base al artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ampliaría el importe de la reclamación en la cantidad (desconocida entonces) que se giraría por Hacienda, con la reserva de concretarla en su momento oportuno, lo que se hizo en escrito de 4 de noviembre de 1964, por lo que se unió a autos la oportuna carta de pago.

Séptimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 1.157 del Código civil. Se había probado el cumplimiento. Las certificaciones que figuraban en autos no habían sido pagadas y aún admitido, a efectos dialécticos, que se tratase de un contrato de ejecución de obras a tanto alzado, se concretaría al contrato de 12 de marzo de 1962, pero en modo alguno al de 16 de junio, del mismo año, referente a los 5 locales comerciales, que ejecutados por la recurrente han sido vendidos por el recurrido sin haberse pagado su importe.

Octavo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.101, 1.102, 1.106 y 1.269 y la doctrina de esta Sala (de 2 de noviembre de 1943, 13 de enero de 1944, 8 de enero de 1946) que establece que la no aplicación de una norma equivale a su violación. Alega los daños y perjuicios causados (al recurrente) y la conducta dolosa (del recurrido) para concertar la construcción de los 5 locales comerciales por su carta-contrato de 16 de junio de 1962. El resarcimiento comprende el daño positivo y la ganancia perdida y aunque el problema de los daños y perjuicios es uno de los más discutidos en este ordenamiento se está ante un supuesto claramente definido que no se ha tenido en cuenta por la sentencia recurrida. Para ejecutar las obras toda contrata hace grandes desembolsos pecuniarios que por la restricción de créditos, subida de salarios y materiales y crisis actual de las Empresas Constructoras les veda hacer nuevas inversiones de maquinaria, fianzas para acudir a otras obras..., problemas de tipo económico que no pueden tener un resarcimiento de igual naturaleza. La conducta del recurrido se enmarca en el concepto de *dolo*, lo que no ha sido considerado por la sentencia recurrida. El concepto de *dolo* ha sido expuesto, entre otras, en las sentencias de 18 de junio de 1955 y 20 de mayo de 1959. El *dolo* es contrario a la buena fe y supone malicia y la doctrina general exige la conjunción de 1), un incumplimiento culpable de la obligación; 2), que exista daño resarcible, y 3), la correspondiente relación causal. En la conducta del recurrido concurren los requisitos citados, tanto desde el aspecto teórico, como positivo y como afirma la sentencia de 6 de junio de 1962 es necesaria la relación de causalidad, doctrina corroborada por las de 9 de febrero de 1956, 9 de noviembre de 1930, 31 de diciembre de 1930, 16 de mayo de 1946, 27 de mayo de 1949, 10 de marzo de 1950 y 17 de febrero de 1951. La recurrente ha sufrido el daño emergente y el lucro cesante, a consecuencia del impago de las certificaciones de obra de los 5 locales comerciales y de la liquidación o resto del cine-

matógrafo, bar y cafetería-restaurant. La indemnización, como establece la sentencia de 15 de diciembre de 1950, comprende ambos conceptos porque su finalidad, proclamada en sentencias de 7 de enero de 1944 «debe tomar por base la diferencia entre el estado del patrimonio después del incumplimiento y el que sin éste presentaría». El daño causado a la recurrente ha producido un enriquecimiento en el recurrido «producido aparentemente de una manera conforme a Derecho», pero en el fondo sin causa ni justificación, cita en su apoyo las sentencias de 29 de junio de 1920 y 22 de marzo de 1946.

Noveno.—Amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de hecho en la apreciación del contrato de 12 de marzo de 1962 y la carta-contrato de 16 de junio de 1962, dirigida por el recurrido en respuesta a la de 10 de junio de la Administración de la Empresa recurrente. La sentencia ha considerado los 2 contratos como uno solo, al incluir dentro del precio que fija como alzado (para la obra convenida en 12 de marzo), la que se encargó después (en 16 de junio), habiendo incurrido en error de los citados documentos auténticos, que no han sido impugnados de adverso, ni en autos aparece prueba que destruya la fehaciente de los mismos.

Décimo.—Amparado en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de la doctrina del 1225. El recurrido en la absolución de posiciones reconoce como auténticos los documentos citados «y con ello convierte a dichos documentos en la categoría de públicos y por tanto auténticos». Son dos contratos distintos y no se ajustan a un tanto alzado, porque expresamente se estipulan unos precios unitarios, al resultado de sus mediciones, admitiendo la modificación, haciéndose la valoración por el sistema de precios contradictorios. El propio recurrido en su carta-contrato ha supuesto la realización de una obra distinta a la que se estaba ejecutando y se determina que para su construcción se aplicarán los precios unitarios fijados para el cinematógrafo, lo que no quiere decir que dentro del contrato del cine se incluían todas las obras que se encargaron como nuevas.

Considerando: Que todos los motivos del recurso se dirigen a combatir la sentencia partiendo de unas afirmaciones completamente contrarias a las que sirven de fundamento a ésta. Para la recurrente el negocio concertado ha sido un contrato de obra por unidades de medida y habiéndose ejecutado todas las unidades convenidas, con sujeción a lo estipulado y entregado al recurrido, debe ser condenado éste al pago de 1.115.672,99 pesetas. La sentencia impugnada proclama que el negocio concertado fue un contrato de obra a precio alzado, la obra no se hizo, según lo estipulado, no se entregó en condiciones de recibo; ni siquiera se concluyó ni entregó de ninguna manera, pues, incluso, se negó a desalojarlas.

Segundo considerando: Que para impugnar con éxito la calificación que la sentencia otorga a un contrato es necesario demostrar cumplidamente o que los supuestos fácticos de tal calificación no son ciertos (desvirtuándolos por la vía adecuada), o que aún siéndolo no se hallan subsumidos en la norma que contempla el juzgador, la cual resulta indebidamente aplicada, pero debiendo además puntualizar cual era la que debía ser actuada y no lo fue.

Tercer considerando: Que el recurrente sostiene insistentemente que ambos contratos lo fueron por unidades de medida y no a tanto alzado.

Cuarto considerando: Que ni los razonamientos del recurrente guardan relación con los preceptos que se dicen violados, ni estos pueden servir de apoyo al recurso de casación, ya que ambos preceptos son de contenido programático «nada tienen que ver con que el convenio que ha unido a las partes, fuera uno o fueran dos, y lo fueran a tanto alzado o por unidad de medida, o uno lo fuera de una forma y el otro de otra», por lo que en ninguno de tales supuestos se habían violado ninguno de esos preceptos.

Quinto considerando. Motivo segundo: Para que el precepto resultara efectivamente violado, tendría que haber estimado la sentencia recurrida, o demostrarse por vía adecuada, que lo contratado había sido la ejecución de una obra por piezas o medidas y que se había entregado la totalidad de las contratadas y en perfectas condiciones de recibo que son, exactamente, los supuestos contrarios a los que la sentencia proclama.

Sexto considerando. Motivo tercero: Parte también de supuestos contrarios a los admitidos por la sentencia, sin haber demostrado que éstos no eran exactos.

Séptimo considerando. Motivo cuarto: Se parte otra vez de los mismos supuestos y por si fuera poco no se ataca por la vía adecuada, las afirmaciones de la sentencia combatida respecto a que la obra ejecutada era deficiente y que no fue recibida.

Octavo considerando. Motivos quinto y sexto: Alegaciones de los mismos.

Noveno considerando: Para desestimar el quinto basta tener en cuenta que en los fundamentos de la réplica se invoca lo expuesto, para ampliar la cuantía de la reclamación, pero en la súplica no se refleja tal pretensión.

Décimo considerando: También perece el sexto porque no se invoca la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene carácter sustantivo y porque esa pretensión se esbozó en los fundamentos de derecho de la réplica, pero no en el Suplico, por lo que pecaría de incongruente la sentencia si la hubiera acogido.

Undécimo considerando: Explanación de lo expuesto en el Motivo séptimo.

Duodécimo considerando: Este motivo tampoco prospera porque la sentencia recurrida proclama que «la parte actora se encargó de la construcción de todos los edificios a que se refiere la demanda, por un ajuste alzado y no por medidas o unidades de obra» y además, ni las obras han sido acabadas, ni eran de recibo, ni tampoco fueron entregadas, por lo que no habían sido eficazmente desvirtuadas tales afirmaciones y calificación, no puede sostenerse la violación alegada.

Decimotercero considerando. Motivo octavo: Al no haber prosperado ninguno de los otros motivos y permanecer inalterable la calificación del contrato como de obra a tanto alzado, y la afirmación de que lo ejecutado no era de recibo ni fue entregado, cae por su base la argumentación esgrimida.

Decimocuarto considerando. Motivo noveno: Exposición de las alegaciones y reiteración de los argumentos ya esgrimidos.

Decimoquinto considerando: Con la invasión de tales documentos se pretende desvirtuar la apreciación conjunta que de la prueba hace el Juzgador de instancia (lo que no es lícito en casación) y atacar la interpretación que de esos documentos realizó la sentencia que proclama que aunque de la literalidad del documento de 12 de marzo de 1962 parece deducirse que la obra se contrató por unidades, termina por reconocer que acudiendo a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, que, según el artículo 1.282 es norma

de interpretación contractual, la conjunta apreciación de la prueba ., conducen a la conclusión de que la obra se convino por un precio alzado.

Decimosexto considerando. Motivo décimo: Pese al documento de 16 de junio de 1962 la Sala Sentenciadora del conjunto de pruebas practicadas y de los actos coetáneos y posteriores deduce que la contrata se convino «por un precio alzado» y esta interpretación no se ha combatido por la vía adecuada.

Decimoséptimo considerando: Aunque se hubiera logrado desvirtuar la calificación de la Sala y se proclamara que la ejecución de la obra se concertó por unidades o por medidas (tesis del recurrente), tampoco podría producir la casación de la sentencia impugnada, porque permanecen inalterables sus declaraciones relativas a que ni las unidades ejecutadas eran de recibo, ni fueron entregadas. Estas afirmaciones no fueron combatidas y no se podría condenar legalmente al pago de las mismas.

Fallo.—No haber lugar al recurso. Condena al pago de costas al recurrente y pérdida del depósito constituido.

INSCRIPCION CONJUNTA DE DOS FINCAS URBANAS CONTIGUAS. Único titular arrendatario de una de ellas. Omisión del requisito de la notificación de la transmisión de una de ellas. EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO POR EL UNICO ARRENDATARIO TITULAR. F. S. P. contra A. F. V. Ponente: don Federico Rodríguez Solano y Espín (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—El demandante era arrendatario de la finca urbana número 96 de la calle Sepúlveda. El demandado, según informes obtenidos, figuraba como actual propietario de la expresada finca, aunque se hacía constar tal circunstancia con toda reserva, pues nada se le había comunicado en tal sentido. La noticia de la transmisión de la finca sorprendió al demandante, quien como arrendatario único del inmueble se hallaba facultado para ejercitar el tanteo y retracto señalados en la L. A. U. Llevadas a cabo las oportunas gestiones para fijar los motivos de falta de notificación, se informó de que la finca número 96 de la calle Sepúlveda, no se hallaba nominalmente inscrita en el Registro de la Propiedad, sino que lo era conjuntamente con la señalada con el número 98 de igual calle. Tal inscripción conjunta de los dos inmuebles resultaba, totalmente arbitraria por las razones que exponía detalladamente. Según lo establecido en la Ley Hipotecaria cada finca debía tener un número diferente y correlativo, por lo que dos fincas urbanas contiguas no podían ser nunca inscritas como una sola. Ni los vendedores le hicieron la notificación legal, ni el comprador la efectuó tampoco y tal omisión había sido posible merced a la anómala situación registral apuntada. Interesaba destacar que ambas fincas habían pagado por separado la contribución urbana y demás contribuciones e impuestos de tipo estatal y municipal. La presente demanda se ejercitaba a la vista del nulo resultado de los requerimientos efectuados al demandado.

Suplico.—Sentencia que declarase la existencia de dos fincas totalmente independientes la anulación de la inscripción única en el Registro de la Propiedad y la inscripción por separado, que el demandante era el único arrendatario de la finca número 96 y como tal tenía derecho de retracto en los términos legales correspondientes y que se condenase al demandado a estar y pasar por

tales pronunciamientos, notificando al demandante la adquisición de la finca número 96 de la calle de Sepúlveda, en la forma y mediante los requisitos que fija la legislación especial y con imposición de las costas al demandado.

Contestación.—Que la finca número 96 siempre había figurado bajo los números 96 y 98. El demandado era propietario de la finca 96-98, sin que le cupiera al actor reserva sobre dicho extremo, que ya conocía incluso antes de formalizarse la escritura notarial y que tan pronto como se formalizó el compromiso de compra, el administrador de los vendedores le notificó por escrito su cese como tal por cambio de propietario y según manifestó en el requerimiento que se le practicó en 1 de agosto de 1963, recibió dicha carta, por lo que ahora no puede alegar ignorancia, extendiéndose en consideraciones sobre este conocimiento y la mala fe que demuestra el afirmar que no conocía la compra verificada. Además, si tenía reservas sobre el carácter del propietario, no se comprende como le citó de conciliación como tal propietario. Que había dejado pasar el plazo para ejercitar el retracto y no podía alegarse que formulaba un declarativo, porque los plazos para ejercitar el retracto y las acciones declarativas de dicho derecho eran plazos de caducidad. El demandante no era único inquilino de la finca, como demostraba con los documentos que acompañaba. La casa número 96, de policía urbana, no tenía existencia propia, ni jurídica, ni física como finca independiente, ni la tuvo jamás, reiterando los razonamientos expuestos en hechos anteriores. Que no existía norma legal alguna que obligara al dueño de una finca a segregar la finca registral que siempre había sido una.

Suplico.—Que los números 96-98 de la calle Sepúlveda, y 99 de la calle Viladomat, constituían una sola y única finca, sin independencia alguna entre sí, que procedía confirmar la inscripción registral de ambos números como una sola finca, según aparecía en el Registro de la Propiedad desde el año 1887. Que el demandante no era el único arrendatario de la finca número 96, por no tener dicha finca existencia propia. Que el actor no había tenido derecho de retracto en la compra efectuada el día 7 de octubre de 1963 por el señor F. a los señores S. O., por lo que procedía ratificar en todo dicha adquisición y alternativa, para el improbable caso de que no fueran admitidos estos pedimentos, que se declarase que el demandante tuvo pleno conocimiento de la transmisión (a favor del demandado) en el mes de noviembre de 1963 o, en otro caso, que lo tuvo en la fecha en que se lo notificó el auto declarando contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria iniciado por el señor S. para el ofrecimiento de rentas a los señores S. O. e ignorados propietarios de la finca número 96-98 de la calle Sepúlveda. En otro caso que el demandante fue notificado fehacientemente de la transmisión y circunstancias de precio y forma de pago, el día 20 de abril de 1964, en virtud del acto de conciliación celebrado sin avenencia. Que la demanda declarativa interpuesta el día 15 de julio de 1964 es una demanda de retracto interpuesta fuera del plazo legal y que no reúne el requisito legal de consignar el precio conocido, ni la fianza, ni la promesa de consignarlo cuando se conociere, que exige el artículo 1.618, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil o que se declare: que siendo el arriendo del actor sobre un patio y local, no está el contrato sujeto a la legislación especial, sino a la Ley del Suelo, y no tiene el demandante derecho de retracto. Que se condene al actor a estar y pasar por lo suplicado.

Sentencia de Primera Instancia.—Admitiendo la demanda.

Apelación.—No haber lugar a ninguna de las peticiones de la demanda. Sin imposición de costas en ninguna de ambas instancias.

Casación.—Por infracción de la Ley y en base a los siguientes motivos:

Primero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 48, párrafo 2 de la L.A.U., aprobada por Decreto de 13 de abril de 1956.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 48, párrafo 2 de la L.A.U., aprobada por Decreto de 13 de abril de 1956.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 48, párrafo 2 de la L.A.U., en relación con el artículo 1.518 del Código civil.

Cuarto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 48, párrafo 1.º, en relación con el 47, párrafo 2.º, ambos de la L. A. U.

Quinto.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación de los artículos 1.232, 1.240, 1.218 y 1.225 del Código civil.

Sexto.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del último inciso del apartado 2.º del artículo 48 de la L. A. U.

Séptimo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por violación del artículo 4 del Código civil en relación con el artículo 8 de la Ley Hipotecaria y párrafo 1.º del artículo 8 de R. H.

Considerando: Que dirigida la demanda a obtener una declaración de reconocimiento del derecho de retracto, que el actor cree ostentar sobre la finca litigiosa y a conseguir la notificación en forma legal de la transmisión realizada a favor del demandado y rechazados ambos pedimentos en la sentencia recurrida, por entender el juzgador que había transcurrido el plazo de caducidad, establecido en el párrafo 2.º del artículo 48 de la L. A. U. y que no se consignó el precio en la forma exigida por el número 2 del 1.618 de la Ley Procesal, no puede dudarse que dicho acuerdo infringió esos preceptos en armonía con los 1.518 y 1.524 del Código civil, porque ni el cómputo del término comienza antes de la notificación fehaciente al locatorio de la enajenación efectuada (según sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1962), ni semejante requisito puede instituirse (según pretende la resolución impugnada) por el simple conocimiento del retrayente, aunque éste lo hubiera adquirido parcialmente en la contestación obtenida a un requerimiento practicado en acto de conciliación (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1949), ni es aplicable al presente caso el número 2 del 1.618 por no tratarse de un precepto sometido a las normas enunciadas en el Título XIX del L. II de la Ley de Trámites, en relación con el artículo 126 de la Ley de 22 de diciembre de 1955, sino de un juicio ordinario de mayor cuantía, ni en todo caso deben ignorarse las pretensiones

del recurrente, después de reconocerle en la sentencia el derecho que desea hacer valer ante el Tribunal, dada la naturaleza de la finca de que es arrendatario, por lo que han de prosperar los Motivos 1.º, 2.º, 3.º y 6.º del presente recurso, sin que sea preciso entrar en el análisis de los Motivos 4.º y 5.º.

Considerando: Debe desestimarse el 7.º, porque del pedimento a que se contrae fue absuelto el otro litigante en la sentencia del Juez de Primera Instancia y como el recurrente actual no formuló recurso de apelación y dicho pronunciamiento, quedó firme, al amparo del artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede desvirtuarse en el estado actual de las actuaciones, por no admitirse en este Ordenamiento jurídico el principio de la *«reformatio in peius»*.

Fallamos.—Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso interpuesto, salvo en lo referente al Motivo 7.º que se desestima y, en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sala. Sin expresa imposición de costas.

Segunda sentencia.—5 de octubre de 1967. No habiendo comparecido el demandante y recurrido.

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede:

Considerando. Que por las razones expuestas en dicha sentencia y por las consignadas en la dictada por el Juez de Primera Instancia, debe confirmarse esta última en su totalidad.

Considerando: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe por parte de los litigantes, al efecto de la imposición de las costas en la segunda sentencia.

Fallamos.—Confirmando la sentencia del Juez de Primera Instancia: debemos declarar y declaramos que el inmueble número 96 de la calle Sepúlveda, constituye a los efectos aquí discutidos finca independiente, de la que es único arrendatario don F. S. P., por lo que don A. F. V. deberá notificarle la adquisición de dicha finca, en la forma legal ordenada por la L. A. U., absolviendo a éste señor de los demás pedimentos de la demanda y sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

COACCION EN EL CONSENTIMIENTO PRESTADO AL CONTRATO DEBATIDO. Presunción de la libertad del consentimiento, salvo prueba en contrario. Apreciación de los hechos ocasionantes de la coacción compete a la Sala de Instancia. No admisión de «cuestión nueva» en la casación. Don L. Z. F. contra don S. F. V. y su esposa, doña A. T. y D. R. Ponente: don Antonio de Vicente-Tutor y de Guelbenzu (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1967).

Demanda.—En el año 1950 don L. Z. F., propietario de la granja «Capitol», de Madrid, adquirió en traspaso de don A. M. L. la granja «Neguri», de esta misma capital; adquisición que en 2 de marzo de 1951 se formalizó mediante escritura pública. Anteriormente el 1 de marzo de 1950 don L. Z. F. suscribió con la propiedad del inmueble el oportuno contrato de arrendamiento, como consta en la escritura. El importe de la adquisición fue satisfecho íntegramente por don L. Z. F., como único adquirente, a su costa se hicieron las obras necesarias en el local y a su nombre se extendió el documento relativo a la explotación del negocio por un nuevo dueño, de lo que se acompañó copia en la

demanda El actor colocó en su negocio como dependiente a su primo, el demandado-recorrido, don S. F. V., que desde 1944 estaba a su servicio en el restaurante «Capitol», señalándose la remuneración mensual correspondiente y confirándole, por razón de parentesco y confianza, la condición de encargado. En junio de 1951 don S. F. V. dispuso de algún dinero y pidió a don L. Z. F. que le colocara en el negocio 160.000 pesetas, coincidiendo esta solicitud con otra análoga del tío de ambos, don M. F. G., éste con 250.000 pesetas. Don L. Z. F. accedió a las dos pretensiones y nació así un contrato de cuentas en participación, recibiendo cada uno de los aportantes el tercio de los beneficios líquidos obtenidos. Dichas cantidades fueron devueltas por don L. Z. F. a don M. F. G. de una sola vez en 1954 y a don S. F. V. en dos veces, a razón de 80.000 pesetas cada una, con motivo de la compra de un coche.

En agosto de 1961 adquirió don L. Z. F. un local, en donde montaría luego la primera de las cafeterías de su exclusiva propiedad, que llevaría el nombre de «Manila». Para los gastos derivados de esta adquisición obtuvo del Banco Español de Crédito 750.000 pesetas mediante una póliza de crédito de 250.000 y una letra de 500.000, habiéndose admitido el aval de su tío, don M. F. G. Dicho crédito se amortizó por sus propios medios y toda la documentación se extendió exclusivamente a su nombre. En 1956 comenzó a instalar otra cafetería, también denominada «Manila», en la calle del C., para lo que obtuvo de la citada entidad bancaria un crédito de 750.000 pesetas, siendo en estos momentos cuando el recorrido don S. F. V. concibió la idea de apoderarse de la cafetería «Neguri», y el 20 de enero de 1956 comparece ante Notario para requerir a don M. F. G. sobre los siguientes extremos: a) que entre los tres montaron por partes iguales la granja «Neguri», siendo ésta su participación en los gastos y en los beneficios; b) que al apoderarse del negocio el requerido vendió su participación a los señores Z. y F., por partes iguales, quedando ambos dueños del negocio; c) que desde la fecha de instalación de «Neguri» hasta el requerimiento, la única persona que ha estado y está al frente del negocio es el requirente. d) que con los beneficios obtenidos de «Neguri» por ambos señores, Z. y F., y con el crédito de dicho establecimiento se ha montado por ambos la cafetería «Manila», de la calle S, aunque figura exclusivamente a nombre del primero; e) que para montar «Neguri», requerido y requirente aportaron, además de sus iniciativas y trabajos, dinero en efectivo, lográndose por tales aportaciones la situación floreciente que produjo beneficios para liquidar al requerido su participación y poder instalar la cafetería «Manila», de la calle de S. Don M. F. G. compareció en la Notaría acompañado del suegro del señor F. V., Letrado don G. T., manifestando ser ciertos los extremos mencionados, contestación que según manifestó el señor F. G. a presencia judicial, se ajustó en su contenido y forma a lo que dicho Letrado le dictó.

Con base en este requerimiento, en junio del mismo año, formuló don S. F. V. denuncia ante el Juzgado de Instrucción contra don L. Z. F., acusándole de no rendir cuentas de «Neguri», apropiarse de las liquidaciones y proyectar el traspaso del negocio, afirmando que lo aportado por el denunciante para la creación de dicho negocio había sido 590.000 pesetas. Por dos veces declaró en dicho sumario don M. F. G., dando por válidas las imputaciones. Igualmente, puestos de acuerdo don S. F. V. y don M. F. G., se solicitó por el primero amplia y detallada información policial sobre la conducta del denunciado y don M. F. G. suministró unos datos totalmente falsos en los que no se omitió ni una sola imputación que pudiera perjudicar en todos los aspectos a

don L. Z. F. En esta coyuntura don Luis es invitado a una entrevista con su denunciante y el suegro de éste, y se le conmina para la cesión de «Neguri», amenazándole, en caso contrario, con solicitar del Juzgado de Instrucción una información bancaria acerca de su situación económica, lo que motivaría el conocimiento por estas entidades del procedimiento criminal seguido contra él por apropiación indebida. Así, coaccionado don L. Z. F., en 4 días se ve forzado a los siguientes actos:

A) El 24 de octubre de 1956 anula el contrato de arrendamiento con la propietaria de la finca donde se hallaba la Cafetería Neguri y se otorga otro nuevo a favor de don S. F. V. B) El 25 se otorga escritura por don Luis y don Segismundo mediante la cual, «al fin de resolver las diferentes disensiones de carácter comercial e industrial, deciden practicar una liquidación completa de los negocios que tienen en común y: a) se reconoce la exclusiva propiedad de dicha Granja a favor de don Segismundo, refiriéndose después al nuevo contrato de arrendamiento de que ya se ha hecho mención y el abono a don Luis de 650.000 pesetas en la forma que se especifica como su participación de esta Cafetería; b) don Segismundo reconoce que la Cafetería «Manila» de la calle de S. es de la exclusiva propiedad de don Luis y que no ha tenido participación en ningún otro negocio ajeno a los mencionados en este documento; c) don Segismundo se obliga a dar órdenes a su Procurador para que cese en su intervención en el sumario ya referenciado. C) En la tarde del 25, cuando no se había presentado el escrito de apartamiento del sumario, don Segismundo exige a don Luis la entrega de 600 000 pesetas, so pretexto de necesitar 500 000 para seguir trabajando en «Neguri» y 100 000 para pago de la minuta de su abogado y padre político don G. T., y por las mismas razones que se otorgó la escritura don Luis accede y comparece al día siguiente 26, junto a don Segismundo, para constituir hipoteca mobiliaria, por la que don Luis presta a don Segismundo 600 000 pesetas con la garantía de «Neguri». El sumario se sobreescribió. Con fecha 2 de julio de 1958 don M. F. G. «por exclusivas razones de tranquilidad de conciencia, en aras de la verdad y de la armonía familiar», dirige a don Luis una carta manifestando las maquinaciones de su sobrino don Segismundo para despojarle de «Neguri», reconociendo que don G. T., suegro de don Segismundo, fue el autor de las contestaciones que dio al requerimiento y de las declaraciones que prestó en el sumario, todas ellas falsas, pues la única aportación de don S. F. V. en «Neguri» fue de 160.000 pesetas y no tuvo parte alguna en «Manila», y acaba su carta lamentando los graves perjuicios ocasionados, «pero no quiero que me creas responsable de ello», ya que todo es obra de otras personas que estaban decididas a apoderarse de «Neguri» «como fuera». Ante lo terminante de la cuestión don Luis promovió querrela contra el mismo por falsedad en documentos públicos, falso testimonio, amenazas y coacciones, que se amplió contra don Segismundo; en dicho sumario ratificó y aclaró cuanto había manifestado en la carta. La Sala segunda del Tribunal de Justicia casó la absolutoria de la Audiencia y condenó a don Medardo como autor de un delito de falso testimonio, a la vez que confirmó la absolución de don Segismundo.

Suplico.—Sentencia declarando nula la escritura de 25 de octubre de 1956 y ordenando, en consecuencia, la restitución de los bienes con el abono de los frutos e intereses del negocio durante el tiempo de su explotación por los demandados y para el supuesto, cuya petición se hace en forma alternativa, de que recayese sentencia condenatoria y no pudiese tener efectividad la relvin-

dicación de la titularidad dominical del «Neguri», se condene al pago de los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia y con imposición de costas al demandado por su manifiesta temeridad y mala fe

Contestación.—En la demanda se silenciaba que desde 1949 don L. Z. F. y don S. F. V. pensaron en la instalación de un negocio análogo al que el primero tenía en marcha, de cafetería, en el edificio Capitol, explotado con su tío don Medardo, y en 1950, presentada la ocasión de traspaso del «Neguri», se decidió la compra y se estipuló un contrato verbal entre los tres, como condueños por terceras partes, en el negocio, don Medardo aportó 250.000, don Segismundo, 500.000, y don Luis, 200.000, quedando aplazado el resto, hasta 400.000, para su abono en años sucesivos. El importe de las obras también se abonó en plazos posteriores a la apertura del negocio y los tres socios decidieron, en prueba de confianza, que el nuevo establecimiento figurase a nombre de don Luis, publicándose anuncios en «A B C»: «L. Z. F. Cafetería Capitol-Neguri», lo que originó la primera desavenencia entre éste y don Segismundo; es en absoluto incierto la condición de dependiente y representante del actor atribuida al señor F. V. en la Cafetería «Neguri»; no se niega la relación cariñosa entre don Luis y don Segismundo propia del parentesco y correspondida por don Segismundo durante su empleo en la Cafetería «Capitol», rindiendo con celo infatigable una jornada de doce horas diarias. Don Segismundo no disponía, en la ocasión referida, de «algún dinero», sino de un capital que ascendía a dos millones de pesetas. Don Luis adquirió después otro hotel en la calle de S. para instalar la primera Cafetería «Manila» y pudo obtener los créditos aludidos, pero utilizando también la Granja «Neguri» como garantía de los mismos, disponiendo además de todos los beneficios de ese negocio de muy considerable importancia: que desde su instalación la única persona que ha estado al frente del negocio es don Segismundo; que con base en el requerimiento hecho a don Medardo, don Segismundo formuló denuncia por apropiación indebida contra don Luis, y don Medardo ratificó en el sumario sus contestaciones al requerimiento y concretó la cantidad aportada por don Segismundo que ascendió a 590.000 pesetas: que la base del sumario no estaba sólo en las manifestaciones de don Medardo, sino en otras de gran relevancia hechas por testigos con razón de ciencia irrecusable, formando un cúmulo probatorio de la más completa eficacia; que es durante la tramitación del mismo cuando surge el acuerdo entre querellante y querellado, que se concreta en la escritura de 25 de octubre de 1956, otorgada con plena libertad y justicia y con la intervención del Letrado de don Luis y sin las coacciones ni amenazas alegadas en la demanda y que ya el Tribunal de lo Criminal declaró inexistentes, y que la escritura de 26 de octubre es la ratificación de la del día anterior, el reconocimiento de la propiedad de «Neguri» en don Segismundo, pudiendo afirmarse que éste no exigió ni solicitó el préstamo referenciado en la demanda; en cuanto al episodio más asombroso del litigio, la retractación de don Medardo, uno de los testigos más veraces reveló las confidencias de don Medardo y su temor a la reacción de don Luis si no se retractaba, pudiendo llevarle a la ruina, con sólo ejecutar la sentencia obtenida contra «Bucaro SC»; que con base en la carta de dicho señor se formula querella con el resultado ya aludido en la demanda. Niega que don Segismundo piense traspasar «Neguri».

Suplico.—Sentencia desestimando la demanda en todas sus partes, la absolución de los demandados y la imposición de costas al actor.

Sentencia de la Primera Instancia.—Estimando la demanda formulada declaró nula la escritura referenciada, condenando a los demandados a la restitución de «Neguri» al actor, debiendo éste devolver a aquéllos 650.000 pesetas, con los intereses legales desde el otorgamiento de aquella escritura y quedando la referida Cafetería y las relaciones de los interesados, respecto a tal negocio, como antes de la repetida escritura Sin expresa condena en costas.

Apelación.—Revocó la apelada, excepto la determinación sobre las costas, y absolvió a los demandados; sin especial condena en costas de las dos instancias.

Casación por infracción de Ley.

Motivos:

Primero.—Amparado en el número 7.º del artículo 1.682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber incurrido la sentencia en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documento auténtico, consistente en el testimonio sumarial obrante en autos No se infringe la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual no son documentos auténticos para la casación civil los testimonios sumariales ni las resoluciones de la jurisprudencia criminal, porque los dos testimonios sumariales no se citan como documentos auténticos para demostrar que cuanto en ellos se consignó fuese verdadero, sino como demostración de que el sumario fue el instrumento intimidatorio empleado para conseguir la escritura de cesión de «Neguri». En este sentido la alegación del sumario, como documento auténtico, se cree perfectamente posible. Se reseñan los particulares más importantes de este sumario: 1.º Denuncia de don Segismundo, que dio origen al sumario. 2.º Escrito solicitando una completa investigación policial. 3.º Informe de la Dirección General de Seguridad, a petición del querellante, no omitiendo ni una sola imputación que pudiera cubrirle la vileza y degradación en todos los órdenes: político, moral, social, religioso y familiar. 4.º Escrito de querrela en el que se aduce como importante elemento probatorio el requerimiento notarial practicado a don Medardo 5.º Escrito apartándose de la querrela, con fecha 27 de octubre: dato muy significativo si se tiene en cuenta que el 25 anterior se otorgó la escritura de cesión de «Neguri» que se impugnaba y el 27 la de préstamo mutuo de las 600.000 pesetas que había recibido don Luis como consecuencia de la primera de tales escrituras, con la garantía hipotecaria del mismo «Neguri». 6.º Auto de 24 de enero de 1957 de sobreseimiento provisional del sumario, conforme al número 1.º del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esto fue (aparte de la declaración de ciertos testigos, todos designados por el querellante y que también han depuesto en este litigio) el mecanismo hábilmente montado por don Segismundo para alcanzar sus propósitos. Aceptado en esta forma no hay la menor duda de que el testimonio referido es un documento auténtico en el sentido que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Sala, en la sentencia recurrida, no desconoce la existencia del sumario referido y el nervio de su conclusión desestimatoria es la infravaloración de la amenaza y del mal que suponía Para la comprobación fáctica del carácter antijurídico de las amenazas hay que tener en cuenta: 1.º Que el sumario fue sobornado porque efectivamente no existía tal delito. 2.º Que don Medardo, principal coautor de los hechos intimidatorios, fue condenado por la Sala segunda del Tribunal Supremo, por el delito de falso testimonio en causa criminal. 3.º Que los informes sobre don Luis, solicitados en forma tendenciosa por don Segismundo y suministrados falsamente por don Medardo quedaron

totalmente desvirtuados por el expediente seguido en la Dirección General de Seguridad, a instancia de don Luis y reconociendo don Medardo la falsedad de las informaciones dadas anteriormente a instigación del hoy recurrido y de su suegro el letrado don G. T. Finalmente es obligado examinar el nexo causal correspondiente, absolutamente necesario para anular el contrato por estar basado en la intimidación; el problema puede ofrecer dificultad en el caso de la amenaza de futuro, pero se impone cuando era simultánea al contrato y por así decir de tracto sucesivo, de tal forma que una vez creada (procedimiento criminal contra don Luis) sólo podía cesar por voluntad del sujeto activo, por el mal inminente y grave (informes a los Bancos y el mismo proceso criminal iniciado sobre unos hechos totalmente falsos). La amenaza se inició con la denuncia de 29 de junio de 1956 y acabó con el escrito de apartamiento del sumario de 27 de octubre, 48 horas después de otorgada la escritura de cesión y 24 después de otorgada la de préstamo. El nexo causal queda, pues, perfectamente establecido.

Segundo.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de aplicación de los artículos 1.265 y 1.267, párrafos segundo y tercero del Código Civil y doctrina legal referenciada.

Tercero.—Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interpretación errónea de los artículos 1.265 y 1.267, párrafos segundo y tercero del Código civil y doctrina legal ya citada. Se formula «ad cautelam» para el caso de desestimar el motivo anterior.

Considerando: Para prosperar el primer motivo sería preciso que tal error resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, o sea, de documentos que por sí mismos y sin necesidad de ser interpretados así lo acrediten, sin que sea lícito hacer un examen de los distintos elementos probatorios empleados para sacar consecuencias de ellos, que convertirían en una tercera instancia el recurso, en contra de la taxativa regulación legal a que está sometido y como quiera que el recurrente para demostrar la coacción a que fue sometido no señala ningún documento, y se limita a interpretar y sacar deducciones de determinadas diligencias sumariales y de la sentencia recaída en causa criminal seguida por el delito de falso testimonio, que ya fueron valorados por la Sala, y aun cuando se estimara que se alegan como documentos acreditativos del error denunciado, carecería de viabilidad tal motivo, al no tener dichos documentos carácter de auténticos a efectos de casación, como tiene constantemente declarado la jurisprudencia y el propio recurso reconoce.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina parecen los otros dos articulados, ya que desaparece la sustentación fáctica en que se apoyan, máxime si se considera que la jurisprudencia de esta Sala tiene sancionado que siempre se presume la libertad del consentimiento, salvo prueba en contrario, y que la apreciación de los hechos ocasionantes de la coacción o causas que lo invalidan compete a la Sala, que negó su concurrencia en el caso de autos.

Considerando: Que tampoco puede prosperar el recurso basado en el abuso de derecho, por ser cuestión nueva, como el propio recurrente reconoce, y porque no concurre elemento alguno que acredite su existencia.

Fallo.—No haber lugar al recurso interpuesto, sobre reivindicación de titularidad dominical y otros extremos, y, condena al pago de las costas al recurrente.

E. I. M.

RETRACTO. Edificio dividido y accesorios en común. Retracto sobre los accesorios. (Comuneros-Coherederos). Peláez C Villarino y Gómez Dacal. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1968)

El actor es dueño de una parte del bajo de un edificio, adquirido por herencia de su madre, en la que se adjudicó a un hermano otra parte del bajo, el piso 2.º y el desván del mismo edificio. Este hermano vendió al demandado «todos los derechos que le correspondan en la herencia de su madre sobre el citado inmueble». De esta compraventa tuvo noticia el actor, a través de los actos de posesión del comprador, hoy demandado, quien manifestó tener derecho a una parte del bajo que se hallaba en posesión del actor, por considerarlo accesorio de su local de negocio: una carbonera y un patio con construcciones accesorias. Considera el demandante que los derechos del comprador-demandado no habiendo el testamento de la citada madre de tales elementos, comprenden la tercera parte indivisa de dichos accesorios (pues eran tres los herederos adjudicatarios de la partición del edificio). Se ejercita (dice la demanda) el derecho de retracto sobre dicha tercera parte, sin perjuicio de hacerlo sobre la totalidad, en el caso de que el comprador pretendiera haber adquirido la totalidad.

Se pedía en la demanda que se declarase su derecho a retraer el piso 2.º, el desván, y los derechos que en la herencia de su madre pudieran corresponder al vendedor, hermano del demandante, en la planta baja del inmueble, condenando a los demandados a subrogar a los demandantes en los derechos adquiridos.

En la contestación se alegó fundamentalmente que el demandante había tenido conocimiento anterior de la compraventa, puesto que todos los bienes le fueron ofrecidos por el vendedor, habiendo además comparecido el demandante a un acto de conciliación entablado por el demandado contra su hermano (vendedor), ante la posibilidad de que el demandante hubiese adquirido los bienes, ya vendidos en contrato verbal al demandado. Se rechaza que un juicio de contrato pueda ser el marco adecuado para determinar los derechos que a cada uno corresponden sobre la planta baja, ya que el retracto opera sobre bienes o hechos determinados. Y que habiéndose aceptado desde hacía tiempo la partición por los herederos, no existía ninguna situación comunitaria que hiciera viable el retracto. Alegó excepciones de falta de legitimación activa y carencia de acción, al no existir posibilidad de retracto en la propiedad horizontal y caducidad de la acción. Se pide la absolución de la demanda.

En Primera Instancia, se absolvió a los demandados, desestimando el retracto.

En Apelación, se confirmó la sentencia de Primera Instancia.

Se interpone recurso de casación por infracción de Ley, con apoyo, entre otros, en los siguientes motivos:

· Infracción, por falta de aplicación, del artículo 1067 del Código civil; infracción por falta de aplicación del artículo 396 (antes de la reforma) en relación con el artículo 3.º del Código civil; infracción por aplicación indebida del artículo 396 (antes de la reforma).

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, con base, sustancialmente, en los siguientes Considerandos:

Que el artículo 1067 del Código civil es contemplado en la resolución recurrida, que partiendo de hechos referidos a la práctica de la división de la heren-

cia de la causante, y de la aceptación de dicha partición por los herederos, llega a la consecuencia de la carencia de virtualidad del alegado fundamento, y ello determina..., que no desvirtuados los hechos afirmados por la sentencia respecto a la falta de aplicación de dicho precepto legal, ha de decaer el motivo que se examina, carente en todo caso de eficacia, puesto que al mantenerse la declaración de caducidad de la acción, habría de subsistir la resolución recurrida.

V. L. M.

V. SUCESIONES

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS Artículos 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y 1.º de la Ley de 4 de mayo de 1949 (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1968).

Los descendientes legítimos desplazan a los legitimados por subsiguiente matrimonio, aunque éstos pertenezcan a mejor línea o grado, cuando se impone como condición sucesoria la legitimidad de origen en el Real Decreto de concesión o en escritura de fundación del mayorazgo que lo complementa.

Acreditada la existencia de un orden regular en la sucesión del título, en el que no se exige la legitimidad de origen, es preferente el descendiente legitimado por subsiguiente matrimonio que proviene de la línea masculina al descendiente legítimo por línea femenina.

Discutido el mejor derecho a la sucesión en determinados títulos nobiliarios, formulada reconvencción y apelada por ambas partes la sentencia del Juzgado número 13 de los de Madrid, el Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, resuelve los dos recursos de casación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de la Sala segunda de lo civil de la Audiencia Territorial de Madrid, declarando haber lugar a los mismos; y en la segunda sentencia declara el mejor derecho del actor a los títulos cuyo Real Despacho de creación o documentos complementarios contienen cláusulas de irregularidad y el preferente derecho de la demandada —legitimada por subsiguiente matrimonio— en aquellos otros títulos que carecen de tal cláusula.

Considerando: Que en el primero de los motivos de casación de los formulados por el demandante don J. G. y H., al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia el error de derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción del artículo 340 de la misma Ley, y doctrinas legales correlativas, infracción que la hace consistir en «haber negado eficacia probatoria a los documentos traídos a los autos por acuerdo del Juzgado, como diligencias para mejor proveer, obrantes a los folios doscientos treinta y cinco a doscientos sesenta y tres de los autos», fundándose, para ello, en dicha sentencia, en supuestos motivos formales, que obligaban a que no se tomaran en cuenta tales documentos respecto a la *existencia de la irregularidad en la sucesión del Condado de L.*

Considerando: Que para la desestimación de este motivo, basta observar: Primero, que el artículo invocado como base de la infracción, contiene distintos

preceptos, y no se puntualiza cuál de éstos es el que se supone infringido, y segundo, que en el aludido artículo, no existe ningún precepto que contenga normas valorativas de pruebas, que vinculen al juzgador en determinado sentido, y por tanto, frente a las pruebas aportadas para mejor proveer, el órgano jurisdiccional goza de la misma libertad de apreciación, que frente a cualquier otra prueba aportada por la iniciativa de las partes en el momento procesal oportuno, por lo que, al invocar el recurrente un supuesto error de derecho en la apreciación de la prueba, y no señalar concretamente cual era la norma valorativa infringida, el motivo resulta deficientemente formulado, y tiene que decaer.

Considerando: Que en el motivo segundo, y también al amparo de ese número séptimo del artículo 1692 de la Ley Procesal, se ataca la sentencia recurrida, atribuyéndola error de hecho en la apreciación de la prueba, alegándose en justificación, de tal motivo, que el *Real Decreto de Concesión del Condado de L* que obra testimoniado en autos, remite expresamente las *condiciones de la sucesión*, a las contenidas en la *escritura de fundación del Mayorazgo*, en las cuales se establecía el requisito de la *legitimidad de origen* para suceder en él, y cuya exigencia, entiende la Sala sentenciadora, que por no figurar en el Real Despacho de creación de la merced, no rige en la sucesión del Condado de L.

Considerando: Que, efectivamente, y como en el motivo se sostiene, en el Real Despacho de creación del Condado de L., otorgado a don F. J. de Z., que obra por testimonio fehaciente al folio ciento sesenta y cuatro de los autos del Juzgado, se afirma terminantemente «He venido a concederos la merced de título de Castilla que solicitásteis. Por tanto, y porque por escritura que otorgásteis en la propia Ciudad de La Habana, en 24 de enero de este año ante Ignacio de Ayala, mi Escribano., ha constado tenéis hecha la mejora..., de vuestros bienes en favor de uno de vuestros hijos de primer matrimonio, en quien después de vuestros días recayere la citada merced de Título de Castilla como mayorazgo en la forma regular y con las otras condiciones contenidas en dicha escritura», y en esta escritura de 24 de enero de 1775, que obra al folio doscientos cuarenta y uno y siguientes de aquellos autos, se hace constar por el referido don F. J. de Z., que tiene «impetrado del Rey Nuestro Señor la gracia para que me confiera un título de Castilla para mí, mis herederos y sucesores..., y caso que llegue el de conseguirse, he deliberado el sustituirlo y legarlo a..., uno de mis cinco hijos varones de mi primer matrimonio..., para que desde ahora, y para siempre, después de mis días lo haya y goce a título de mayorazgo con agregación al de Castilla, en el orden, forma y condiciones siguientes: Primera, ante que el hijo sucesor en el citado título ha de tener y gozar por sus días, la referida mejora..., y después de su fallecimiento, ha de recaer la tal mejora con el mencionado título en sus hijos, herederos, sucesores legítimos..., que, según *rerum natura*, puedan venir y suceder, siendo legítimos y de legítimo matrimonio procedidos».

Considerando: Que, por tanto, cuando la Sala sentenciadora proclama que el requisito de la legitimidad de origen para suceder en el título de L. no figuraba en el Real Decreto de creación de la Merced, y no advertía esa remisión expresa y fundamental a la escritura de fundación del mayorazgo, ha incurrido en un evidente error de hecho en la apreciación de la prueba, que impone la casación de la sentencia en este particular relativo al Condado de L.

Considerando: Que en el tercer motivo de su recurso, don J. de G. H., también con amparo en el referido número 7.º del artículo 1692, imputa a

la sentencia recurrida, error de derecho en la apreciación de la prueba, al no otorgar a aquel *Real Despacho y a la escritura de mayorazgo y mejora que lo complementa*, la fuerza probatoria que les concede el artículo 1.218 del Código civil, invocado, el cual determina que los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.

Considerando: Que lo mismo el Real Despacho referido, que la escritura de mejora que alude, son documentos públicos que condicionan la sucesión en el Condado de L., a que se posea la legitimidad de origen, o sea a que vengan de legítimo matrimonio «procedidos» y al no reconocerlo así la sentencia recurrida, ha infringido, también el artículo 1.218 párrafo 2.º del Código civil, por lo que, igualmente procede su casación, en ese particular referido al Condado de L.

Considerando: Que la sentencia recurrida, infringe también, por violación, el artículo 13, último inciso de la Ley de 11 de octubre de 1820, en relación con el artículo primero de la Ley de 4 de mayo de 1948, en cuanto establecen que el orden de suceder en los títulos nobiliarios, es el prescrito en las concesiones, escrituras de fundación y otros documentos de su procedencia, ya que tanto el título de fundación, como la escritura de mayorazgo que, expresamente la complementa, pues a ella se refiere el Rey, exigen el requisito de la legitimidad en los aspirantes a la sucesión en el Condado de L., y, consiguientemente, la sentencia recurrida, al no entenderlo así, viola aquellas normas que no condicionan los requisitos de la sucesión solamente a lo que se determina en el Real Despacho de creación del título, sino que permitan de manera explícita, establecerlos, por vía de remisión, en otras escrituras y documentos de su procedencia, y viola, igualmente, la doctrina legal invocada en el motivo 6.º del recurso por el señor de G. y H., al no aplicarla al caso debatido, en que tiene que observarse la condición de legitimidad de origen prescrita en el Real Despacho y en la escritura complementaria, que las sentencias de 31 de mayo de 1912 y 19 de enero de 1924 declararon era exigible cuando aquellos documentos la prescribían.

Considerando: Que la cuestión que en el motivo 5.º de su recurso, plantea el señor de G. y H., referente a que el Real Despacho de creación del Condado de L., concede al primer concesionario un poder, disposición del Título en favor de cualquiera de sus hijos, pues dice que se otorga «con la calidad de poder disponer de él a favor de uno de vuestros hijos, al cual, por vía de vínculo, mejoráis en cincuenta mil pesos», es la primera vez que se plantea en el proceso, y resulta extemporáneamente alegada, además de que, su examen y resolución, ya no alteraría el resultado de la casación que, por otros motivos, viene impuesta, respecto al Condado de L.

Considerando: Que el motivo 7.º del recurso formulado por don J. de G. y H., no puede prosperar, porque, para patentizar el error de interpretación de las normas legales que cita, invoca solamente una sentencia de este Supremo Tribunal, que, por ser única, no constituye doctrina legal vinculante.

Considerando: Que el primer motivo del recurso interpuesto por la demandada - reconviniente, doña F. R. H. y D., invoca la interpretación errónea de la doctrina legal establecida por las sentencias que indica, a tenor de la cual, según dicha recurrente, los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, se consideran como legítimos a todos los efectos y tienen acceso a la sucesión de las mercedes perpetuas que ostentaron sus padres, pero dicha doctrina legal, sólo se refiere a los supuestos en los que el Real Despacho de

creación o las escrituras y documentos que legalmente lo complementan, se refieren únicamente a la descendencia legítima en general, y no a aquellos otros casos en que, como ocurre con el Condado de F., con el de L. y con el Marquesado de C. F., se impone por los medios oportunos, como condición sucesoria, la legitimidad de origen, y en los cuales los que ostentan esa cualidad, prefieren y desplazan a los que carecen de ella, aunque éstos procedan de la línea presmada o llamada en mejor lugar, o estén en grado más próximo con el primer considerando.

Considerando: Que en el segundo motivo de este recurso, se denuncia la violación de la doctrina legal que, según la recurrente, otorga preferencia al orden sucesorio impuesto por el Despacho de concesión de la Grandeza de España, sobre el que legalmente viniera establecido en la sucesión del Condado de F., al cual tal Grandeza se agregó

Considerando. Que aunque, efectivamente, la Grandeza de España constituye una merced nobiliaria de rango superior a los títulos, no por ello la concesión de ella otorgada al Condado de F. puede tener la virtualidad de alterar el orden de sucesión de este Condado, en primer lugar, porque en autos no se ha acreditado que el orden sucesorio de tal Grandeza, fuere distinto del que venía rigiendo en el Condado de F., y, en segundo lugar, porque tal Grandeza se concedió como aneja al dicho Condado, y habría de seguir el orden sucesorio de éste, si no se impuso otro.

Considerando: Que en el tercer motivo del recurso de la demandada reconviniente, se alega un supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que se quiere evidenciar invocando los documentos números nueve y diez acompañados a la contestación el primero de ellos, que es una fotocopia autenticada de la minuta de dictamen emitido por la Sección del Ministerio en 12 de mayo de 1819, estimando que procedía acceder a la solicitud y conceder al referido don G. de H., Conde de F., los honores de Grande, para sí, sus hijos y sucesores en su casa de Herrera», y el segundo, que es la transcripción fehaciente del asiento del Decreto, que dice: «Concesión a don G. y J. de H., Conde de F., los honores y tratamiento de Grande de España, para sí, sus hijos y sucesores en la Casa de Herrera.

Considerando: Que tales documentos, por sí solos, sin empleo de las conjeturas y deducciones que pretende hacer la recurrente, nada demuestran respecto a que se haya alterado el orden irregular de la sucesión en el Condado de F., ni a que se haya establecido un orden distinto en la sucesión de la Grandeza, que el que venía rigiendo en la Casa de Herrera, y, consiguientemente, al entenderlo de otra manera la Sala sentenciadora, no ha infringido ningún precepto valorativo de prueba respecto a los documentos invocados, ni incidió en la inaplicación de las normas que en los motivos cuarto y quinto se atribuyen por la recurrente.

Considerando: Que en el motivo 6.º, y al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia dicha recurrente, la apreciación errónea de la prueba relativa al Marquesado de B. V., que evidencian los documentos obrantes a los folios 304, 308, 380, 397 y 399 de los autos del Juzgado, demostrativos de la existencia legal del Título y la regularidad de la sucesión en él, y denuncia también la violación, por inaplicación de los preceptos valorativos de dicha prueba documental pública.

Considerando: Que, efectivamente, y como la parte demandada-recurrente sostiene, aquellos documentos no acreditan la existencia de un orden irregular en la sucesión del Marquesado de B. V., que, por tanto, debe seguir el regu-

lar, en el cual no se exige la legitimidad de origen, y entran generalmente los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres, y al no entenderlo así la sentencia recurrida y no proclamar la preferencia genealógica de la demandada sobre el actor, por provenir ésta de línea femenina y aquella de línea masculina, desconoce la fuerza probatoria de los invocados documentos, y vulnera, por inaplicación, las normas valorativas de la prueba, que se contienen en el artículo 1218 del Código civil

Considerando: Que en el motivo 7.º del recurso formulado por dicha demandada, se hace referencia a las peticiones tercera y cuarta de la reconvencción, relativas a la pretendida nulidad de las cesiones o renunciaciones que hubiese otorgado don J. M. H. A., padre de la demandada, o cualquier otro ascendiente de ella, sobre los Títulos y Grandeza litigados, y a la también solicitada nulidad de la cesión de derechos que, respecto al Título de conde de F. con Grandeza de España, ha hecho doña E. H. A. a favor de su hijo don J. G. y H., dicho motivo, sostiene que la sentencia recurrida, al desestimar el tercero de aquellos pedimentos incide en una inoficiosidad manifiesta, al no haber tenido realidad los supuestos alegados, con lo cual viola la doctrina legal sobre aplicación del principio de *litis consorcio* pasivo necesario, deducida de las sentencias que cita dicha recurrente, la que también entiende ha sido violada al desestimar la sentencia recurrida la pretendida nulidad de la cesión de derechos realizada por la madre del actor respecto al Condado de F., fundándose en la falta de citación a juicio de la aludida cedente

Considerando: Que la sentencia recurrida, en el último de sus razonamientos predeterminantes del fallo, proclama que no pueden prosperar las dos últimas pretensiones de la reconvencción, no por las razones que aduce el Juez de Primera Instancia, sino porque entiende que se produce una falta de *litis consorcio* pasivo necesario, cuando no son traídas a este juicio, como debieran haberlo sido, aquellas personas que hicieron la renuncia o cesión de los expresados títulos a favor de los litigantes o de sus causantes, y sin cuyo requisito formal, no es posible pronunciarse en esta Resolución con respecto a tales pedimentos, que por ello han de ser totalmente desestimados; y después de sentar esas afirmaciones que reconoce le impiden pronunciarse sobre tales pedimentos, sin embargo, concluye desestimándolos y absolviendo de ellos al actor reconvenido.

Considerando: Que el *litis consorcio pasivo necesario*, constituye un presupuesto procesal que exige que varios intervengan conjuntamente en el proceso de tal modo que la pretensión que es objeto de él, no pueda ser válidamente propuesta más que contra todos ellos a la vez, encontrándose su razón de ser, bien en una expresa que así lo establezca, o bien en el principio de que la indivisibilidad o inescindibilidad de una cierta situación jurídica procesal, no permita un tratamiento separado con relación a los diversos sujetos que en ella concurren, es decir, siempre que se puedan producir unos fallos separados contradictorios entre sí, sobre la misma relación, en todas cuyas hipótesis, el órgano jurisdiccional ha de abstenerse, no de decidir, pero sí de entrar en el fondo de lo reclamado, limitándose a pronunciarse así, o a absolver simplemente en la instancia

Considerando: Que en el caso de autos, por las razones que el Juzgado expone en el penúltimo de los fundamentos de su sentencia, no existe la falta de ese presupuesto procesal, respecto a las peticiones que se postulan; y además, en cuanto a las del Condado de F. con Grandeza, al estimarse la preferencia genealógica del actor, sobre la demandada, ya se pone de manifiesto

que ésta está desprovista de acción para impetrarla, y, con referencia a las otras cesiones a que alude el pedimento tercero de la reconvencción, al no haberse demostrado que hubieran tenido realidad, tampoco la demandada tiene acción, y su pretensión debe ser desestimada.

En la segunda sentencia se dice:

Considerando: Que con relación al Marquesado de C. F., existe cláusula de irregularidad análoga a la del Condado de L., por lo que resulta preferente el derecho genealógico del actor respecto a la demandada, a poseerlo y ostentarlo.

Considerando: Que en cuanto a los Títulos de Marqués de C. C. y Marqués de B. V., aparece, en cambio, ser preferente el derecho genealógico de la demandada, sobre el del actor, por no haberse acreditado exista cláusula irregular de sucesión ni en el Real Despacho de creación ni en los documentos que pudieran complementarlos, y por derivar el actor su derecho, de línea encabezada por una hembra, hermana del padre de la demandada.

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. Prohibición de enajenar. Artículos 675, párrafo 1.º, y 811 del Código civil. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1968).

Los testamentos han de interpretarse teniendo en cuenta la totalidad de la declaración de voluntad.

Discutido por las partes en sendos recursos el alcance que deba darse a la cláusula contenida en un testamento ológrafo, la cual no se transcribe y que la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona interpretó en el sentido de que el actor es heredero universal de su padre sin otra limitación que la de que los bienes raíces objeto de la herencia no podrán ser enajenados por él hasta que haya contraído matrimonio, tenga hijos legítimos y estos hayan cumplido la edad de quince años, y mientras no concurren estos hechos, la prohibición de enajenar que se declara deberá constar debidamente anotada en las inscripciones de las fincas en el Registro de la Propiedad en expectativa del principio de troncaldad y a favor de los demandados, para el caso de que falleciere el heredero sin haber ocurrido los triples hechos reseñados y sin haber dispuesto *mortis causa* de los bienes hereditarios en favor de hijos legítimos, y si llegaran a cumplirse dichos hechos quede como heredero libre, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos, en virtud de la siguiente argumentación

Considerando: Que contra la sentencia impugnada se han formulado dos diferentes recursos, siendo el primero de ellos el interpuesto por la representación de la que es parte actora en el pleito, y el segundo el formalizado por los demandados oponentes, sustentándose cada uno de esos recursos en dos motivos, estando todos amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, de donde se desprende que, al no acudir ninguno de los recurrentes a la vía que ofrece el ordinal séptimo del antes mencionado precepto de la Ley Procesal, las apreciaciones probatorias y las afirmaciones o negaciones fácticas, consignientes, de la Sala sentenciadora, tienen que ser íntegramente respetadas, y, por ende, la decisión de los dos recursos ha de ceñirse a las cuestiones en los cuatro motivos planteados y al examen de las infracciones o

errores denunciados en los mismos, debiendo estudiarse, con prioridad el primero de los interpuestos.

Considerando: Que en el primero de los motivos de dicho recurso inicial se acusa la infracción, por aplicación indebida, del artículo 811 del Código civil, ya que, en tesis del primer recurrente, el mencionado precepto legal versa sobre transmisiones hereditarias que van de descendiente a ascendiente, etc., supuesto que no se produce en el caso de autos, más al respecto, debe señalarse, en primer lugar, que realmente no existen en la sucesión de que se trata herederos forzosos de clase alguna y que, admitiendo desde luego el sentido restrictivo con que ha de interpretarse siempre el mentado artículo 811, de acuerdo con reiterada y conocida doctrina de esta Sala, debe, no obstante, destacarse que el propio Tribunal *a quo* (a tenor del fundamento octavo de la sentencia recurrida), ha proclamado de manera paladina, analizando la cláusula final del testamento ológrafo otorgado por don A. D. y B, que ni se trata de una reserva ordinaria regida por los artículos 968 al 980 del Código civil, lo que es de toda evidencia, ni tampoco de la extraordinaria o troncal definida en el artículo 811 del mismo Código impuesta, precisamente (*sic*) al ascendiente que heredar de su descendiente, lo que no ocurre en el caso debatido, y, por eso, la anotación que se ordena en la parte dispositiva, en las correspondientes fincas en el Registro de la Propiedad, en expectativa del principio de troncalidad, no se basa ni apoya en una imposición del artículo 811, sino en una disposición testamentaria contenida en forma explícita en la cláusula antes aludida, es decir, no en la Ley, sino en el cumplimiento de la voluntad del testador, según la interpretación dada al testamento por la Sala sentenciadora, respondiendo con ello a un principio jurídico de tradición española, aunque éste sea esporádico en el derecho común, todo lo que explica la desestimación de este motivo, puesto que la Sala no aplica, debida ni indebidamente, el tan citado artículo del Código civil.

Considerando: Que en el segundo de los motivos del mismo primer recurso por idéntico cauce procesal que el anterior, se denuncia la infracción del artículo 675 en relación con los artículos segundo y cuarto, ambos del Código civil, preceptos que se dicen infringidos por el concepto de interpretación errónea, aduciéndose en suma que si bien es verdad que es voluntad del testador dejar su herencia a su hijo ilegítimo y afectar sus bienes raíces a una posible reserva troncal, no es menos cierto, en opinión de este recurrente, que tal manifestación última y parcial de la voluntad testamentaria (*sic*) es contraria a derecho, concretamente al artículo segundo en relación con el cuarto del Código civil», ya que, sigue diciendo el impugnante, para que fuera posible dicha reserva tendría que ser el ascendiente el que heredara de su descendiente, pero este motivo segundo, que la misma parte recurrente estima ser «un corolario o submotivo del primeramente expuesto», se apoya en una tesis ya rechazada al analizar el precedente, cuando se alega la aplicación indebida del artículo 811 del mismo Código, pues dicho queda que este precepto legal ni siquiera ha sido aplicado por el Juzgador de instancia, más, por otra parte, no sólo tiene este segundo motivo un enunciado harto confuso, sino que en modo alguno se justifica la infracción del artículo segundo del Código civil, que viene a consagrar el antiguo aforismo «ignorancia *juris non excusat*», aunque dicho precepto pretende relacionarse con el artículo 675 del mismo Código, y, además, tampoco resulta apropiado el concepto alegado de «interpretación errónea» de los artículos que se mencionan como infringidos, pues tal modo de infracción supone una norma legal, que aún siendo aplicable al caso concreto, no se le ha dado su verdadero sentido, o, en otras palabras, parte de un error acerca del contenido de la norma, supuesto,

que, evidentemente, no se da en cuanto a los citados artículos segundo y cuarto del Código, pero, además, en orden al puro problema interpretativo que se plantea, tampoco ha incurrido el Tribunal *a quo* en equivocada o errónea interpretación del artículo 675 del mencionado Código, pues aún si resultase dudosa la última parte de la cláusula testamentaria a la que, con cierta vaguedad, se alude, en lo que concierne al punto debatido, el acuerdo siempre surge de la imposición testamentaria, y, conforme al citado precepto, en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el temor del mismo testamento, y eso es lo que, en definitiva, ha hecho el Tribunal *a quo* con su ponderada labor hermenéutica, sin vulnerar ninguna prohibición legal (contra lo arguido sobre este punto por la parte recurrente), armonizando la voluntad del testador con las reglas del derecho necesario y dando efecto a lo por aquel dispuesto, razones todas por las que tampoco puede prosperar este segundo motivo y, consiguientemente, debe declararse no haber lugar al primero de los recursos, sin adoptar acuerdo con relación al depósito, por no haber sido necesaria su constitución.

Considerando: Que en el segundo recurso, ostentando los recurrentes una posición antagónica a la sostenida en el formalizado por el actor, se articulan también dos motivos, amparándose el primero en igual ordinal del antes citado artículo 1692, en cuanto a la sentencia recurrida se comete infracción, por violación, de lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 665 del Código Civil, cuyo texto reproduce incluso cuando este precepto establece que en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento, sosteniendo, en síntesis, los impugnantes que el Tribunal *a quo* no respeta la disposición testamentaria, al referir la condición, en tesis de los mismos, sólo a la *prohibición de enajenar*, siendo así que el testador impone esta prohibición como limitación a su hijo Augusto, a quien le prohíbe enajenar incondicionalmente, absolutamente y para siempre (no podrán ser enajenados por él) porque quiere que no salgan de la familia, del tronco de que proceden, porque son su reserva, lo suyo de hoy y la esperanza de mañana

Considerando. Que, en primer lugar, la Sala sentenciadora no desconoce la existencia y subsistencia de la norma invocada, ni yerra en la determinación de su alcance, debiendo señalarse, además, que conforme a constante y reiterada doctrina de esta Sala, corresponde a los Tribunales de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su criterio sobre el del recurrente, siempre que no aparezca evidenciado el error de aquéllos en términos que contraríen la voluntad expresa del testador de modo manifiesto, pero en el presente caso, para mantener los recurrentes la interpretación que propugnan, comienzan con un minucioso examen analítico, separando con letras no los párrafos, sino las diversas frases que, en su conjunto, componen la cláusula debatida, sin buscar una interpretación sistemática, cuando muy reiteradamente tiene dicho esta Sala que *los testamentos*, así como los demás negocios jurídicos, *no se han de interpretar tomando sólo en consideración palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad*, que es lo que hace acertadamente el Tribunal *a quo*, advirtiendo que en casos de duda, cual ya queda expuesto, debe observarse lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento, disposición ésta que el Tribunal de instancia indudablemente ha cumplido con buen sentido lógico, mas, por otra parte, justo es destacar la manera excluyente con que se produce el testador en su testamento ológrafo al decir sin otra limitación que «estos bienes raíces y en particular

la casa y Coto de Villabona no podrán ser enajenados por él...», advirtiendo que al referirse los impugnantes a la ambigua frase «posesión de su propiedad» omiten la palabra «plena», que la matiza («y no entrará en plena posesión de su propiedad hasta...»), frase íntimamente ligada con la conjunción y a la limitación de no ser enajenado por él, lo que indudablemente se contrae a una facultad dominical insita en el derecho de la propiedad, que en este caso el nombrado heredero no tendrá plenamente, es decir, con libre facultad de enajenar los bienes raíces, hasta que ocurran los acontecimientos previstos por el testador, pues es visto que la voluntad de éste en orden a la limitación sólo se orienta y proyecta sobre parte de la facultad genérica de disponer no enajenar, sin que en modo alguno se haya ordenado por el causante que tales bienes raíces permaneciesen en poder de ciertos familiares ínterin no se cumpliera lo previsto en el testamento, razones todas que derechamente conducen a la desestimación del motivo examinado.

Considerando: Que desechado ese primer motivo del mentado recurso, también decae y perece el motivo segundo, en el que se sostiene que la sentencia impugnada infringe por violación el artículo 1.114 en relación con el 691, ambos del Código Civil, pues la tesis básica en este motivo propugnada viene a asentarse en la interpretación subjetiva dada al testamento del causante por los propios recurrentes, y esa tesis ha sido rechazada al examinar y decidir el motivo anterior, por lo que falta la necesaria base para la aplicación de los preceptos que se dicen violados.

TESTAMENTO OLOGRAFO. NULIDAD. FIDEICOMISO DE RESIDUO. LEGÍTIMA. Artículos 691, 782 y 813 del Código civil (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1968).

La irregularidad procesal de no haber rubricado el Juez ni el Secretario las hojas del testamento ológrafo presentado para su protocolización no produce su invalidez.

La doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico tiene plena aplicación al testamento.

El fideicomiso de residuo no puede agravar la legítima que, como institución de orden público o derecho necesario, no puede ser derogada por la voluntad de los particulares.

Antecedentes.—Don A. J. C. murió el 23 de mayo de 1963 bajo testamento notarial de fecha 1 de diciembre de 1947 en el que, después de instituir herederos a sus dos únicos hijos, estableció en la cláusula final «que si su hijo J. J. R. fallece sin sucesión, los bienes que no hubiera enajenado o de que no hubiera dispuesto pasarán en usufructo a doña I. T. E.—nuera del testador, demandada, apelada y recurrida en este pleito—vitaliciamente y con relevación de fianza, pero sólo mientras se conserve viuda, y al fallecimiento de ella pasarán en absoluto dominio a la hija del testador, M. J. R.—actora, apelante y recurrente—y, si ésta hubiera fallecido, a sus hijos o descendientes».

Fallecido sin descendientes el hijo don J. J. R. el 30 de julio de 1964, bajo testamento ológrafo fechado el 2 de octubre de 1955 en el que instituye heredera universal a su esposa doña I. T. E., la hermana de aquél pretende frente a ésta que se declare la nulidad del testamento ológrafo por faltar en el mismo

el requisito esencial de forma de las rúbricas del Juez y Secretario, por contra-venir la cláusula final del testamento paterno y por no ser autógrafo, definiéndose la herencia de don J. J. R. *abintestato* y, en cuanto corresponda, en conformidad con lo dispuesto en la repetida cláusula final del testamento paterno.

El Juzgado de Primera Instancia de Ibiza, estimando parcialmente la demanda, declaró la nulidad, salvo en cuanto dispone de bienes propios y de los integrantes de la legítima paterna, de la cláusula del testamento de don J. J. R. en cuanto contraviene la disposición final del testamento de su padre, y la validez en cuanto dispone de dichos bienes propios y de su porción legitimaria, así como de las demás cláusulas del mismo. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca confirmó la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante en virtud de los siguientes argumentos.

Considerando: Que la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal, según una interpretación declarativa equidistante, por tanto, de la extensiva y de la restrictiva, como ha tenido ocasión de realizar la jurisprudencia de esta Sala, y con las peculiares consecuencias obligadas del negocio jurídico unilateral no recepticio *mortis causa*, que encarna, a diferencia del bilateral *inter vivos* insito en los contratos, con lo que serán, pues, causas de nulidad radical del testamento: la ausencia de capacidad del testador y la falta de forma prescrita como garantía de la realidad de la declaración de voluntad del causante.

Considerando: Que el apartado 1.º del artículo 4.º del Código civil se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que puedan ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, máxime en aquellos casos en que exista una legislación especial que regule la materia, o el problema que se suscite recaiga en realidad sobre una materia que revista gran complejidad y no pueda quedar resuelta por la nuda y aislada aplicación de dicho artículo (sentencias de 19 de octubre de 1944, 28 de enero y 8 de abril de 1958, 8 de octubre de 1963, 22 de marzo y 2 de noviembre de 1965, 1 de febrero de 1966, 19 de enero de 1967 y 31 de mayo de 1968).

Considerando: Que concretamente el artículo 687 del Código civil dispone que será nulo el testamento en cuyo *otorgamiento* no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en las diversas secciones del Capítulo I del Título III del Libro III, que por lo que concierne al testamento ológrado se hallan contenidas en el artículo 688, que exigía, antes de su reforma por la Ley de 21 de julio de 1904, se extendiera en el papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, y en la actualidad establece en el párrafo 2.º que para que sea válido este testamento, deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue, disponiendo también el artículo 689 que no será válido si no se presenta para su protocolización al Juez de Primera Instancia dentro de cinco

años contados desde el día del fallecimiento del testador, y no se obtiene ésta (caducidad).

Considerando: Que la aplicación de esta doctrina hace parecer el motivo primero del recurso, ya que ninguno de estos defectos formales se imputan al testamento ológrafo de 2 de octubre de 1955 otorgado por don J. J. R. para obtener su declaración de nulidad radical, sino el simplemente procesal de no haber rubricado el Juez ni el Secretario las hojas del documento presentado para su adveración y posterior protocolización según ordena el artículo 691, que ha de calificarse de irregularidad, que por sí misma no produce la invalidez, si, como en este caso ocurre, existió un sumario sobreseído por falsificación, y la sentencia recurrida declara probada su identidad y niega toda suplantación, afirmaciones de hecho no combatidas por el cauce adecuado con lo que han quedado firmes en casación.

Considerando: Que la legítima como institución de orden público o de derecho necesario no puede ser derogada por la voluntad de los particulares, por lo que el testador no podrá imponer sobre la legítima, gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo (artículo 813 y sentencias de 6 de marzo de 1891 y 9 de julio de 1917), no pudiendo las sustituciones fideicomisarias gravar nunca la legítima (artículo 782), procediendo análogamente en caso de fideicomiso de residuo, con lo que es visto que la sentencia recurrida no ha infringido por aplicación indebida los citados artículos ni por violación el 665, así como tampoco la doctrina legal invocada, en que pretende fundarse la argumentación del motivo segundo, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Comentario.—La declaración, contenida en el primer considerando, de «que la doctrina sobre los grados de invalidez del negocio jurídico en general, tiene plena aplicación al testamento, con las especialidades derivadas de su naturaleza eminentemente formal», llevaría a plantearse una serie de cuestiones doctrinales (v. gr.: posible distinción del binomio «validez-eficacia» y sus opuestos, diferenciación entre inexistencia y nulidad absoluta) que, aun siendo interesantes, no constituyen el objeto de la presente sentencia, la cual parece que apunta más bien a la distinción entre irregularidades relevantes e irrelevantes en orden a la validez de los testamentos, calificando entre estas últimas, con referencia al testamento ológrafo, la falta de rúbrica por el juez y el secretario de todas sus hojas, tal como dispone el artículo 691 del Código civil, por entender que la sanción de nulidad del artículo 687 afecta sólo a las formalidades relativas al otorgamiento, no a las posteriores (interpretación estricta). Esa declaración general de la sentencia ha de ser entendida con ciertas reservas, pues la reciente doctrina ha puesto de manifiesto las inconsecuencias en que se incide al intentar aplicar al testamento el sistema de anulabilidad (Vid. F. de CASTRO Y BRAVO: El negocio jurídico, Madrid, 1967, págs. 502-504).

Discutida la admisión y naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo en el Código civil, frente a la regulación del mismo en la Compilación de Cataluña (artículos 210 a 215 y disposición transitoria 2ª), la presente sentencia da por descontado su posibilidad—el Código civil rige en Ibiza en este punto—y califica de tal al establecido por don A. J. C.; es de observar, sin embargo, que la disyuntiva «que no hubiera enajenado o que no hubiera dispuesto» (pues no parece posible equiparar ambas expresiones, lo que constituiría una reiteración superflua, impropia del tecnicismo de un testamento notarial), pudiera haber suministrado base para entender que en vez de un fideicomiso de residuo existía

una sustitución preventiva de residuo, en la que, a diferencia de aquél el fiduciario puede disponer no sólo por acto inter vivos, sino también por causa de muerte. Y sabido es que en materia de sustituciones fideicomisarias rige el principio in dubio, contra fideicomisso, es decir, favorable a la mayor libertad de disposición, que aunque no proclamada expresamente por el Código civil a diferencia de la Compilación catalana (artículos 165, 169), está latente en sus preceptos, como ha reconocido la jurisprudencia. Principio que, unido a lo anterior, pudiera haber llevado a una conclusión contraria a la mantenida en la sentencia, en la que, para decidir la litis debió pesar el hecho de ser el testamento ológrafo del hijo fiduciario anterior al notarial del padre fideicomitente. (Sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo y otras cuestiones relacionadas con el mismo puede verse R. C. D. I., núm. 460, páginas 881-884, en las que contiene el comentario a la Sentencia de 5 de julio de 1966)

FIDEICOMISO DE RESIDUO «SI ALIQUID SUPERERIT». PARTICION.

Artículos 759 y 1.057, párrafo 2.º, del Código civil (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1969).

El fideicomisario de residuo no puede ostentar mayor rango que un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras no se cumpla, sólo tiene una expectativa de derecho y no adquiere derecho alguno hasta que, fallecido el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo.

No es preciso observar las formalidades del artículo 1.057, párrafo 2.º del Código civil cuando alguno de los fideicomisarios de residuo sea menor de edad al tiempo de la partición.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores y apelados contra la sentencia de la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Estepa, conforme a los Considerandos que se transcriben, de los que los tres primeros contienen los antecedentes del caso debatido.

Considerando: Que, en realidad, la cuestión fundamental que el recurso plantea, siquiera lo haga por vía indirecta, se reduce a determinar el sentido y alcance de la cláusula 4ª del testamento abierto otorgado por doña I. C. G., el 21 de mayo de 1957, ante el Notario de Sevilla don Alberto Ballarín Marcial, en la cual la testadora, después de haber establecido varios legados en favor de distintas personas, manifiesta que «atribuye todos sus demás bienes a su esposo—don E. L. R.—para que los disfrute con la bendición de Dios y de la testadora», gravándolos a su vez con ciertos legados, que también especifica, y terminando por declarar que «dispone la testadora que su marido, si la sobrevive, pueda disponer a título oneroso de los bienes heredados, pero de todos aquellos que resten a su fallecimiento, por no haberlos enajenado por este título, o por haber ingresado en su patrimonio en sustitución de los vendidos, dispone a favor de sus sobrinos Angeles, Antonio, Carmen, Dolores, María, Macedonio, Clotilde, Claudia e Isabel, siendo el veinticinco por ciento para Macedonio y otro veinticinco por ciento para Claudia, y el restante cincuenta por ciento se repartirá, por igual, entre todos ellos, o sea, entre los nueve sobrinos que se acaban de citar.

Considerando: Que aunque las partes litigantes están conformes en la calificación que merece la institución jurídica creada por aquella cláusula, concepiéndola como un verdadero fideicomiso de residuo, discrepan, sin embargo, en el alcance de los derechos que atribuye a los llamados en segundo lugar, o sustitutos, pues mientras para los demandados y para la sentencia recurrida, lo fideicomisarios no tienen a su favor, sino una expectativa de derecho para adquirir su cualidad de herederos cuando se produzca el fallecimiento del primeramente instituido o heredero fiduciario y en el supuesto de que éste no hubiera dispuesto por actos onerosos, de todos los bienes que hubiere recibido de la testadora o fideicomitente; en cambio, para los demandantes-recurrentes, el sustituto que es llamado a una herencia en ese supuesto—fideicomisario—, es un verdadero heredero desde el momento del óbito del fideicomitente ya antes de que fallezca el fiduciario, y, por tanto, como el artículo 1.057 del Código civil no distingue entre herederos puros y condicionales, en tesis de los recurrentes, cuando cualquiera de tales herederos sea menor, deberá ser citado para la formación de inventario; de donde, concluyen, que al haberse realizado la partición de bienes litigiosa sin la citación de la entonces menor doña I. L. C.—que era una de las llamadas al fideicomiso de residuo—, debía ser declarada nula, por lo que, al no hacerlo así, la sentencia recurrida ha infringido el artículo 1.057, parágrafo 2.º, aludido.

Considerando: Que, aún prescindiendo de la confusión que parece reflejarse respecto al concepto de la infracción denunciada, que en el ingreso del motivo se afirma ser el de inaplicación de aquel precepto, y al final de él se concluye sosteniendo que no era aplicable, —confusión que ya sería bastante para hacerlo improsperable—, el problema que indirectamente viene a someter a la decisión de esta Sala es el relativo a la determinación de la verdadera cualidad que corresponde u ostenta la persona que es llamada a un fideicomiso de residuo, como simple fideicomisario; es decir, si puede calificarse de heredero desde el momento del fallecimiento del que ha creado el fideicomiso, y como tal heredero, tiene que ser citado para la formación del inventario de la herencia de dicho fideicomitente, si fuere menor de edad, para dar cumplimiento a lo que, a tal fin, dispone el artículo 1.057, invocado.

Considerando: Que sea cual sea el concepto que merezca el llamado fideicomiso de residuo, lo que no cabe duda es que en él, el fideicomisario presunto o en potencia, no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita a que se cumpla la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, o sea, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente, de los cuales no haya dispuesto por actos onerosos; es decir, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el artículo 759 del Código civil, «el heredero o legatario que muere antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva el testador, no transmite derecho alguno a sus herederos», sin que contra este precepto pueda prevalecer lo ordenado en el artículo 799 del mismo Cuerpo legal que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, se refiere realmente al heredero instituido a término incierto en el cual el día forzosamente ha de llegar aunque se ignore cuándo, *certus an, incertus quando*, —sentencias de 17 de marzo de 1934, 4 de marzo de 1952, 20 de octubre de 1954, 4 de diciembre de 1957, 26 de enero de 1959 y 22 de diciembre de 1961, entre otras muchas.

Considerando: Que si ello es así, se comprende que la jurisprudencia haya declarado, ya sin vacilaciones, que en el fideicomiso de residuo, los fideicomi-

sarios presuntos no adquieren derecho alguno hasta que la condición suspensiva se cumple, o sea, hasta que, fallecido el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo, por lo que, a la muerte del fideicomitente únicamente surge, en favor de los sustitutos, o presuntos fideicomisarios, una expectativa de derecho a adquirir el concepto de herederos cuando la condición suspensiva, a que se subordina el nacimiento de su derecho, se cumpla —sentencias de 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 26 de noviembre de 1951, 10 de julio de 1954, 21 de noviembre de 1967, 7 de enero de 1959, 21 de noviembre de 1960, 20 de octubre de 1962 y 31 de enero de 1963—, derecho que sólo se perfecciona cuando se extingue la vida del fiduciario o primer llamado —sentencia de 29 de enero de 1962—; doctrina ésta que admitió la Dirección General de los Registros, declarando en la resolución de 16 de septiembre de 1901, «que es obvio que la escritura de partición y adjudicación practicada por el primer instituido o fiduciario, es válida sin la concurrencia de los herederos llamados en segundo término o fideicomisarios».

Considerando: Que, en último término, si aún prescindiendo de todos esos razonamientos, se pudiera atribuir a los fideicomisarios, desde el óbito del fideicomitente, el carácter de herederos que no tienen, aún en esa hipótesis, tampoco el recurso podría prosperar; porque. a) alegado por los demandados, en su contestación, que para que la preterición de alguno de los herederos produzca la rescisión de la partición, es preciso que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados —artículo 1080 y sentencia de 5 de diciembre de 1959—; b) proclamado en la sentencia recurrida «que no aparece acreditado debidamente que, caso de existir dichas devaluaciones, se debieran a..., dolosa intención en perjuicio de los herederos demandantes», y c) no impugnadas estas apreciaciones de la sentencia, no podría tampoco declararse la rescisión de la partición litigiosa, aún en el supuesto de que la acción hubiera sido ejercitada dentro de plazo.

Considerando: Que en el motivo 2.º, los recurrentes, alegan que lo formulan «al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 359 del mismo Cuerpo legal, por no contener la sentencia recurrida declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito», afirmándose que dicha sentencia no ha resuelto nada «sobre las pretensiones que con carácter subsidiario se formulaban en el apartado d) —sic— del escrito original de demanda», en el que se solicitaba con carácter subsidiario, la «declaración de que las operaciones particionales de los bienes relictos de doña Isabel Carrasco Corona, tienen el carácter de provisionales, careciendo su contenido de eficacia frente a los demandados», y sosteniéndose también, que en ninguno de los considerandos de tal sentencia, se estudia este problema de la provisionalidad de esas operaciones particionales.

Considerando: Que con referencia a este motivo de casación, conviene señalar: Primero. Que los recurrentes, con olvido de lo dispuesto en el artículo 1720 de la Ley Procesal, no indican el concepto en que se supone cometida la infracción que acusan: Segundo. Que la sentencia no deja sin resolver esa pretensión de la demanda, por cuanto, en la parte dispositiva, declara que desestima «en su totalidad, la demanda originaria», de donde se desprende que las resuelve todas, aunque en sentido contrario al que postulaban los demandantes: Tercero. Que las sentencias totalmente absolutorias, son generalmente congruentes, salvo que se funden en supuestos de hecho no alegados por las partes: Cuarto. Que la incongruencia hay que referirla, también ge-

neralmente, a la parte dispositiva, o en su caso, a los Considerandos predeterminantes del fallo: Quinto. Que en el penúltimo de los razonamientos de la sentencia recurrida, se sienta la doctrina de que «desestimados los *petitum* sobre nulidad y rescisión de las operaciones particionales, es obvio, procede asimismo, desestimar los pedimentos derivados de dichas postulaciones en orden a frutos, liquidación y devolución de los mismos, *formular nueva partición...*» con cuyas alusiones, claramente se razona la desestimación de la pretendida declaración de provisionalidad de la partición impugnada.

Comentario.—Aunque pudiera entenderse que la sentencia viene a sostener, en definitiva, que el fideicomisario de residuo no es heredero hasta que se cumpla la condición de saber si existe o no remanente a la muerte del fiduciario, razón por la que el fideicomisario de residuo que sea menor al tiempo de la primera delación al fiduciario no implica que sea exigible observar en el inventario lo dispuesto en el artículo 1057, párrafo 2.º, del Código civil, no parece que lo primero deba llevarse a sus últimas consecuencias, porque:

A) la falta de necesidad de la citación e inventario conforme al artículo 1057 del Código civil puede justificarse desde otro punto de vista, consistente en que no se trata de coherederos o herederos simultáneos, como exige dicho precepto, sino de herederos que entrarán en el goce de los bienes sucesivamente; no hay concurrencia, sino separación cronológica.

B) Otra solución más radical conduciría a tener que distinguir dos momentos:

1.º Desde la muerte del fideicomitente hasta la muerte del fiduciario, en que puede saberse si hay o no residuo.

Para este momento se dice en la sentencia que el fideicomisario no es heredero. Si no es heredero, tendrá que ser legatario, cualidad que tampoco se afirma, pues *tertium non datur* (la *mortis causa capio* nada resuelve, en definitiva)

Se le califica en la sentencia de «fideicomisario presunto», lo que parece dar a entender que no es verdadero y propio fideicomisario, sin presunción alguna, hasta que, al morir el fiduciario, se sepa si hay o no residuo efectivo. Mas con ello se olvida la voluntad del testador, el cual nombra al fideicomisario para desde el momento de su muerte y no para desde la muerte del fiduciario. Precisamente porque el fideicomisario es tal, a partir de la muerte del testador, hay un fiduciario. Y ello abriría la posibilidad de poder ejercitar acciones en defensa de su eventual derecho sobre los bienes (v. gr.: impugnar la donación efectuada por el fiduciario sólo autorizado a disponer a título oneroso, sin esperar a la muerte de éste, en la que podría ser ineficaz la reclamación.)

La confusión que parece desprenderse de algunas consideraciones de la sentencia puede ser debida a involucrar lo que sólo es mero contenido cuantitativo (el hecho de que queden o no bienes al morir el fiduciario) con el llamamiento cualitativo de un ulterior sucesor, el cual es siempre llamado como tal con sus peculiares características, aunque ese llamamiento pueda no llegar a hacerse efectivo por falta de interés en el llamado al estar vacío de contenido económico cuando no existen bienes, convirtiéndose a la circunstancia cuantitativa en condicionante de la cualitativa, de cuya adquisición viene a ser determinante. Esto puede ocasionar algunas consecuencias absur-

das o, por lo menos, no justificadas. Así, ¿cómo se explica que el fideicomisario pueda accionar una vez muerto el fiduciario si inicialmente no quedan bienes y precisamente para obtenerlos frente a los actos simulados o fraudulentos del fiduciario? ¿Como admitir, no quedando inicialmente bienes, que el fideicomisario pueda satisfacer las deudas del fideicomitente—v. gr.: por respecto a su memoria—sin venir considerado como un gestor oficioso? Además no siempre será preciso esperar a la muerte del fiduciario (v. gr.: si enajena todos los bienes y consume la contraprestación, caso de actuar la subrogación).

Pese a todo esto y teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia, es muy conveniente indagar cuál sea la verdadera voluntad del testador para establecer, al redactar el testamento, la sustitución a favor de los descendientes del fideicomisario que premuera al fiduciario.

2.º A partir de la muerte del fiduciario y una vez se sepa ciertamente que hay residuo, sea éste poco o mucho, e incluso represente una ínfima parte de los bienes relictos, el fideicomisario viene ya considerado como heredero.

Frente a ello cabe decir que si el fideicomisario sucede al fideicomitente, lo que no se pone en duda, resulta anómalo hacer depender tal cualidad de la voluntad del fiduciario, quien puede a su arbitrio privar a aquél de esa cualidad sin más que enajenar todos los bienes (y consumir el equivalente si actúa la subrogación) o hacer que la conserve—salvo posible repudiación—, reservando una mínima parte de los bienes, meramente simbólica. Parece, por tanto, que deberá concluirse que el fideicomisario será heredero o legatario según la intención del testador, de acuerdo con el principio subjetivo o voluntarista de nuestro Código (Vid NÚÑEZ LAGOS, R.: Prólogo a la obra Testamentos y particiones, de M. ARMERO, t. I, Madrid, 1951, pág. XXIX) y que, en caso de duda, más bien parece que será legatario de parte alicuota (la que reste) o de una universalidad (si el fiduciario no ha dispuesto en absoluto de los bienes relictos), lo que explicaría, entre otras causas, que no fuera precisa en principio su aceptación (Cfr. en este sentido el artículo 204, párrafo 1.º, de la Compilación de Cataluña).

CAPACIDAD DEL TESTADOR *Enajenación mental. Testamento ológrafo.*
Artículos 660, 663, número 2.º; 664 y 666 del Código civil (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1968).

El testamento consiste en una manifestación de voluntad que presupone, para su eficacia, el grado de inteligencia suficiente.

La apreciación de la capacidad del testador es cuestión de hecho

Procede apreciar la incapacidad si consta en la sentencia de Primera Instancia, aceptada por la Audiencia, que de la prueba practicada resulta concluyente y categóricamente la esquizofrenia ininterrumpida de la testadora, cuya incapacidad se declaró judicialmente tres años después de la fecha del testamento ológrafo impugnado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, conforme a la siguiente doctrina

Primer Considerando: Que, para resolver el presente recurso, es, ante todo, de tener en cuenta: A) Que, el testamento, bien se considere en su acepción romana que lo amplía, al definirlo, a cualquier disposición para después de la muerte, o en la más restringida del Código civil, que lo circunscribe a los actos de disposición de bienes, es una manifestación de voluntad que presupone, para su eficacia, el grado de inteligencia suficiente, para que se repute como un verdadero acto humano (sentencia de 11 de diciembre de 1962), y que participa de la naturaleza de todos los demás fenómenos psicológicos, que no son una «cosa» (elemento estático), sino un «proceso» (elemento dinámico), por lo que hay que referir, tal manifestación de voluntad, al momento mismo en que se formula, con los requisitos establecidos por la Ley: de ahí que en tal materia, el Código civil, disponga: a) que, no podrán otorgar testamento, los que habitual o accidentalmente, no se hallaren en su cabal juicio (número 2.º del artículo 663); b) que para apreciar la capacidad del testador, se atenderá únicamente, al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento (artículo 666 y c) como consecuencia de lo anterior que, el testamento, hecho antes de la enajenación mental, es válido (artículo 664) B) Que, la apreciación de si, en momento determinado, quien otorga testamento, reúne o no las condiciones psicológicas suficientes, para que el acto realizado, lo haya sido con la capacidad mental que la ley exige, es una cuestión de «hecho», siquiera por su especial índole, en la mayoría de los casos, requerirá conocimientos científicos para resolverla y, por tanto, la aportación pericial, aunque en otros, sean elemento valioso y hasta eficiente, los otros actos inmediata o coetáneamente realizados por el testador, en virtud del apotegma *operari sequitur esse* o la propia etiología de la enfermedad, precedente al otorgamiento; y, en todo caso, como tal problema fáctico, su resolución competirá, exclusivamente, a los juzgadores de instancia, sin más posibilidad de ser revisado en casación, que por la vía y con los requisitos que se establecen, en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley Procesal.

Segundo Considerando: Que, en el caso de autos, tal elemento fáctico, queda en la instancia fijado así: A) La sentencia del Juzgado, cuyos considerandos se aceptan por la Sala de apelación, hace constar que, la prueba en su conjunto, de manera abrumadora, concluyente y categóricamente, acredita, de modo pleno que, la testadora, en la fecha del testamento, no se hallaba en su cabal juicio, no siendo tomadas en cuenta para hacer ésta afirmación, sólo las declaraciones testificales obrantes en autos, sino todas las actuaciones practicadas en el proceso y las del expediente de incapacidad en el que obran numerosos y competentes informes médicos, algunos de ellos coincidentes en el tiempo, con la fecha del otorgamiento y, asimismo, el examen de la testadora, hecho por la Autoridad judicial y el dictamen del Consejo de Familia, todo lo que lleva al convencimiento de que, la testadora, padeció, desde su edad juvenil, esquizofrenia, de carácter crónico, progresiva e incurable, que la incapacitaba, en absoluto, para regir su persona y administrar sus bienes, sin que se haya practicado prueba ninguna que permita suponer la existencia de algún intervalo lúcido B) La Sala sentenciadora, por su parte, añade que lo cierto y evidente es que de la prolijidad de las pruebas practicadas, resalta, sin dejar lugar a duda que, la testadora, se hallaba permanentemente y desde muchos años antes, en un estado de demencia tal, que la privaba de las facultades mentales, sin consentir intervalos de lucidez, de modo que, en el momento del otorgamiento, no sólo carecía de cabal juicio, sino que estaba afectada por la esquizofrenia que padecía y por todas las alucinaciones absurdas derivadas de su enfermedad, siendo muestra de su delirio amorio, el mismo testamento

en el que, con un trastorno completo de la afectividad, se supone casada y menciona a su inexistente esposo, con designación de nombre y apellidos, todo lo cual comporta de manera inequívoca que, el testamento, fue otorgado, bajo el completo desgoberno de la razón y del juicio.

Tercer Considerando: Que, a la vista de todo lo anterior y ante los tres motivos de que, el recurso, consta, basta con señalar: A) Que, en el primero, único que se deduce por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia error de derecho cometido en la valoración de la prueba, con infracción de lo dispuesto en los artículos 1.249 y 1.228 del Código civil, siendo así: a) que el artículo 1.249 del expresado Código, no establece norma alguna de valoración probatoria, sino de exigencia de prueba respecto al hecho de que se parte, para establecer una presunción, requiriendo que, el mismo, esté «completamente acreditado»; por ésto, si la denuncia de infracción de éste artículo, puede hacerse por el cauce del número 7.º del artículo 1.692, de la Ley de enjuiciar, como lo viene reconociendo la jurisprudencia de ésta Sala, ello requiere que se esté en el caso de que se haya utilizado, verdaderamente, la prueba de presunciones (lo que no ocurre en el actual) y de que, si se denuncia error de derecho, se cita la norma de valoración probatoria que haya sido violada, interpretada erróneamente o aplicada, de modo indebido; b) que, a tal fin, no sirve, en el caso de autos, la cita del artículo 1.228 del Código civil, pues si bien este precepto, establece la indivisibilidad probatoria, respecto a los registros, asientos y papeles privados que, si se aceptan, en lo favorable, no se pueden rechazar en lo adverso, se parte en el supuesto de que, la acción se dirija contra el que los ha escrito, lo que, evidentemente, no ocurre ni puede ocurrir en el caso de autos, ni tampoco si el error que se denuncia se quiere referir a los dictámenes periciales emitidos, como se indicó en el acto de la vista del recurso; c) que, a mayor abundamiento, no se precisa en qué concepto se ha cometido la infracción que, de los dos artículos mencionados, se denuncia, todo lo que patentiza la existencia de defectos de planteamiento o vicios formales que *per se y ab initio*, invalidan el motivo que se examina. B) Que, en el segundo motivo, se denuncia la infracción por inaplicación, del artículo 664 del Código civil, preceptivo de que, el testamento, hecho antes de enajenación mental, es válido y se apoya en la circunstancia de que, en el caso de autos, la declaración de incapacidad se hizo con marcada posterioridad, a la fecha del testamento; pero el motivo, en realidad, no sólo contradice los hechos declarados probados en la instancia y que han de ser respetados en éste trance, al no poder prosperar el único motivo que los combate, sino que, implícitamente, atribuye al artículo 664 del Código civil, lo que, éste, no dice, ya que su texto se refiere a la época anterior a la «enajenación mental» y no a la «declaración de incapacidad» que, lógicamente, ha de ser posterior a aquella, por lo que, el testamento hecho, una vez existente la deficiencia mental y antes de que, judicialmente, se declare, como ocurre en el caso de autos, es ineficaz, en aplicación, precisamente, del precepto legal que el recurrente estima inaplicado. C) Que, en el tercer motivo y por el mismo concepto, se denuncia como infringido, el artículo 660 del Código civil que manda, para fijar la capacidad del testador, atender, únicamente, al estado en que se halle al tiempo de formalizar su última voluntad, acusando que ninguna de las pruebas practicadas, se refieren a ese momento crucial, pero, en el motivo, se desconoce, también, la fuerza de los hechos, declarados probados en la instancia y no eficazmente combatidos en éste trance y se intenta sacar partido de la apreciación que hizo la Sala, al estudiar la petición deducida, sobre indignidad para suceder de uno de los demandados, extremo que quedó resuelto en la ins-

tancia, referente a que la testadora, pudiera haber obrado por su cuenta y sin obedecer a las insinuaciones, halagos o maniobras, atribuidos a aquél, lo que no quiere decir que, el Tribunal apreciase una inexistente capacidad, que desmienten todas sus afirmaciones, sino que se limitó a admitir una mera posibilidad, basada en la común observación de que la voluntad humana, sin el control de una mente normal, ofrece reacciones insospechadas, unas veces de sumisión, otras de indiferencia y no en pocas ocasiones de rebeldía, ante los estímulos y excitaciones procedentes del mundo exterior, por lo que, el motivo, carece también de base y no puede ser acogido.

Cuarto Considerando: Que al mostrarse claramente inviable, todos los motivos que integran el recurso interpuesto, procede la plena desestimación de éste con los pronunciamientos pertinentes, a tenor de lo prevenido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comentario.—Convenga tener en cuenta el carácter de mero obiter dictum de que «el testamento... en su acepción más restringida —que la romana— del Código civil, que lo circunscribe a los actos de disposición de bienes», sin poder ver en esta manifestación la consagración jurisprudencial del carácter exclusivamente patrimonialista del testamento, siendo de observar, además, que el testamento tiene una acepción más extensa que la romana en nuestro Derecho al no exigirse la institución de heredero para su validez, es decir, no ser acto de nombramiento de un sucesor a título universal, dándose ya desde la ley 1.ª del Título XIX del Ordenamiento de Alcalá el nombre de testamento a lo que, según el Derecho romano sería tan sólo un codicilo (disposición testamentaria singular, carente de institución de heredero), siquiera el Código civil haya desbordado el sentido de aquella ley al hacer compatibles las sucesiones universales testada e intestada.

CAPACIDAD DEL TESTADOR. *Testamento en peligro de muerte. Artículos 663, número 2.º, y 666 del Código civil (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1969).*

La apreciación de la capacidad del testador es cuestión de hecho.

Antecedentes.—Doña C. G. A. murió el 16 de noviembre de 1963 estando separada de hecho de su marido, don A. T. T., no obstante, lo cual, al saber éste el ataque de hemiplejía con evolución mortal que había sufrido aquella y a consecuencia del cual permaneció imposibilitada, privada de su inteligencia y de la facultad de hablar hasta su muerte, se presentó en el domicilio de su esposa en el que se instaló Doña C. G. A. otorgó testamento notarial abierto el 7 de febrero de 1962, a favor de unos vecinos y amigos, sin mencionar a su marido, quien dice haber otorgado su esposa a su favor un testamento ante testigos el 11 de noviembre de 1963 —cuando él ya se había instalado en la casa de ella— consiguiendo su protocolización, por lo que presentada demanda contra el marido por las personas beneficiadas por el testamento notarial, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de La Coruña declaró la nulidad del testamento hecho sólo ante testigos y la validez del notarial Confirmada esta sentencia por la de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de aquella capital, el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, desestima el recurso interpuesto por el demandado y apelante, en mérito a las siguientes consideraciones.

Considerando: Que siendo doctrina constante de esta Sala que la apreciación de la capacidad del testador es una mera cuestión de hecho, sometida por modo exclusivo a la competencia del Tribunal de instancia, sin que quepa otra impugnación que la amparada en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es de anotar que afirmándose en el Considerando primero de la sentencia recurrida que «como respaldece del resultado que en su conjunto ofrece la prueba aportada y practicada en los autos, exhaustivamente analizada y valorada con indudable acierto en la sentencia apelada, doña María del Carmen García carecía de la necesaria capacidad para otorgar el testamento litigioso, ya que a consecuencia de un ataque cerebral sufrido en los primeros días del mes de noviembre de 1963 —hemiplejía con evolución mortal— quedó privada de la palabra y lucidez mental, falleciendo sin recobrar ambos sentidos el 16 de dicho mes», los únicos motivos que se articulan para impugnar ese hecho son el 4.º y el 7.º, pero como aquél acusa la infracción de las normas y doctrinas legales referentes a la prueba pericial por la vía inadecuada del número primero de dicho precepto, y el segundo, encausado si por la vía del referido número 7.º, denuncia la existencia de error de derecho en la apreciación de las pruebas, más no invoca ninguna norma legal sobre esta materia que reputa infringida, ambos motivos tienen que perecer.

Considerando: Que firme en casación el hecho de la incapacidad mental de la testadora, ven por su base los tres motivos iniciales del recurso: el primero, porque los juzgadores de instancia interpretan los artículos 663, número 2.º, y 666 del Código civil, así como la doctrina legal que los desarrolla, en el recto sentido derivado de sus propios términos, pues para apreciar la incapacidad de la testadora atienden, no sólo a su estado en los días anteriores, sino al de la misma al tiempo del otorgamiento de la declaración de última voluntad, y estiman que en tal momento no se hallaba, accidentalmente, en su cabal juicio; y los motivos 2.º y 3.º, porque el recurso de casación se da contra el fallo, no contra aquellos Considerandos de la sentencia que no constituyen el verdadero fundamento del mismo, razón por la cual son en un todo intrascendentes las reflexiones intercaladas en los Considerandos de la recurrida y en los de la primer grado aceptados por la impugnada, referentes a la interpretación de los artículos 773 del Código civil y de la doctrina legal concordante, así como al tema de la carga de la prueba, dado que el pronunciamiento del fallo relativo a la nulidad del testamento se apoya realmente en el hecho de la incapacidad mental de la otorgante, afirmado por los juzgadores después de apreciar en conjunto la totalidad de las pruebas practicadas en el juicio, tanto a propuesta de la parte actora como de la demandada.

Considerando: Que no mejor suerte han de correr los motivos 5.º y 6.º si se tiene en cuenta: Primero. Que, según la doctrina uniforme de esta Sala, la incongruencia hay que deducirla no de la simple y escueta comparación de la parte dispositiva de la sentencia con la pretendida digo pretensión del actor, sino con esta pretensión tal y como queda modelada y delimitada por la posición que sobre ella adoptó el demandado, por lo que si bien los accionantes solicitaron que se condenase lo convenido a que pusiera a disposición de aquéllos los bienes que se describían en el hecho 8.º del escrito de demanda y demás que viniera disfrutando a título de heredero de la testadora, con los frutos e intereses percibidos por tal concepto, no puede olvidarse que el interpelado contestó a esta petición alegando que sobre ella había que estar a lo que «en su día, y cuando proceda, resulta», visto lo cual es obvio que está desautorizado el ahora recurrente para tachar de incongruente a la sentencia que, aceptando de modo implícito su alegación y teniendo presente, además,

que al mismo le correspondía la legítima viudal sobre los bienes pretendidos, remite la entrega de éstos «y demás que proceda, a las reglas de las disposiciones testamentarias». Segundo: Que el artículo 372, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene carácter substantivo a efectos de casación, por lo que no puede servir de base a un recurso por infracción de Ley. Tercero: Que la contradicción a que se refiere el artículo 1.692 y número 4.º, de la Ley citada es la que vicia las disposiciones del fallo, no la que, según el parcial criterio del recurrente, pueda existir entre dichas disposiciones y los Considerandos de la resolución impugnada o entre éstos y los aceptados de la sentencia apelada.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

SOCIEDAD IRREGULAR. RESPONSABILIDAD DE LOS GESTORES POR LOS ACTOS QUE A NOMBRE DE UNA SOCIEDAD CONSTITUIDA EN ESCRITURA PÚBLICA, PERO AUN NO INSCRITA EN EL REGISTRO MERCANTIL, CELEBREN CON TERCEROS (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1969).

Antecedentes.—Convenido por el gerente de una sociedad anónima, constituida en escritura pública, pero aún no inscrita en el Registro mercantil, la redacción de proyectos de obras con el arquitecto demandante; éste, ejecutado el encargo, demandó a la Sociedad por el importe de sus honorarios profesionales, y posteriormente, contra el gestor por el mismo concepto. Acumuladas ambas demandas, el Juzgado desestimó la demanda inicial y estimó la segunda, fallo confirmado en apelación. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo declara no haber lugar, en virtud de la siguiente doctrina:

Considerando: Que... la alegación de infracción por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, no puede prosperar, porque aún suponiendo que la proposición inicial del párrafo primero de dicho artículo describa uno de los casos de la figura conocida por la dogmática jurídica por el nombre de «invalides o validez suspendida, pendiente, incierta o eventual», caracterizada porque en el período intermedio entre la fecha del contrato y aquella otra en que tengan realidad los demás requisitos particulares para la validez del negocio, aquel contrato no puede calificarse todavía ni de válido ni de inválido, y, por consiguiente, tampoco de válido condicionalmente, como pretende el recurrente, lo cierto es que cualquiera que pueda ser la utilidad de esta construcción conceptual para la solución de otros problemas interpretativos provocados por el mencionado artículo séptimo, párrafo primero, proposición primera, no juega, en cambio, ningún papel en la decisión del que sustancialmente fue objeto del segundo proceso y lo es del presente recurso, que gira en torno a la determinación del momento de nacimiento de la responsabilidad «ex lege» de los gestores, prevista en el inciso segundo del mismo párrafo y artículo, por cuanto que para resolverlo basta y sobra con tener presente: Primero. El texto de aquel inciso, cuya frase inicial, «en su defecto», se refiere al defecto o falta de los requisitos enunciados en la proposición primera de igual párrafo; pero teniendo en cuenta que la falta del primero, o sea, de la inscripción en el Registro mercantil, implica necesariamente la imposibilidad jurídica de la producción del segundo, llano es que el defecto de tal inscripción es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con las que hubieren contratado en nombre de la sociedad reclamen, antes de practicarse aquella, el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato. Segundo. La «ratio Legis» del comentado artículo

séptimo, ya que conteniendo éste una serie de disposiciones dictadas en favor de las personas que contrataron con los gestores, lejos de encontrarse protegido, quedaría en el mayor desamparo al tercero si éste tuviese que esperar «sine die», y no sólo indefinida, sino hasta eternamente, si ello fuese hacadero, a qué acaso llegara a inscribirse la sociedad en el Registro mercantil y a que dentro del plazo de tres meses ratificara o no el contrato, para ejercitar su acción contra ella, en el primer caso, o contra los gestores o cualquiera de ellos, en el segundo, cuando por el contrario, la Ley establece la responsabilidad de los gestores precisamente para dejar a cubierto los intereses del tercero contratante del menoscabo que pudieran sufrir a causa de la falta de constitución de la sociedad en la forma prescrita por la misma Ley para sancionar con especial rigor y ejemplar severidad la inobservancia de las imperativas normas del artículo sexto de la Ley de régimen jurídico de las sociedades anónimas; por lo que, en definitiva, debe declararse que frente a las personas con las que hubieran contratado en nombre de la Sociedad, son solidariamente responsables los gestores si en el momento de consumación del contrato no está inscrita aquella en el Registro mercantil, sin perjuicio, claro es, de las acciones que frente a la Sociedad competan al gestor o gestores que hagan efectiva su responsabilidad si posteriormente llegan a realizarse los actos jurídicos a que el tan repetido artículo séptimo, párrafo primero, inciso primero, subordina la validez del contrato concluido en nombre de la Compañía antes de su inscripción.

SOCIEDADES ANONIMAS. CARACTER DEL PLAZO QUE HA DE MEDIAR ENTRE LA PRIMERA Y LA SEGUNDA CONVOCATORIA DE LA JUNTA DE ACCIONISTAS. *No ha de entenderse infringido el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas (que exige medie al menos veinticuatro horas entre la primera y la segunda reunión de la Junta general), si en la convocatoria se indicó que mediarían sólo dos horas; porque la Junta se celebró con todos los requisitos en primera convocatoria (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1969).*

III. TITULOS VALORES

LETRA DE CAMBIO. COMPETENCIA DE LAS ACCIONES DE ELLA DIMINANTES. *La acción ejecutiva que nace de las letras de cambio compete al Juez del lugar del domicilio del pagador, aunque en el contrato causal se haya pactado sumisión a otro Juzgado (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1969).*

Considerando: Que. en el caso de autos se ejercita una acción ejecutiva derivada de una letra de cambio librada a la orden del Banco P. y aceptada para su pago en el domicilio del aceptante en Ayamonte y endosada al Banco E. de dicha población lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 461 del Código de Comercio, supone la transferencia de la propiedad y evidencia que la letra en cuestión ha trascendido de la simple facilidad de pago directo entre librador y librado, para incorporarse al derecho cambiario, en cuyo supuesto hay que tener presente que el conocimiento de la acción ejecutiva que, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 521 del Código de comercio nace de la letra

de cambio, compete al Juez del lugar designado por el mismo librador, mediante la aceptación de aquella, o sea al del domicilio del pagador; sin que obste la circunstancia de que en el contrato originario se haya pactado sumisión, cuando la acción ejercitada fue la procedente, no de este último, sino del de cambio; doctrina reiterada sin interrupción por este Tribunal desde sentencias tan antiguas como las de 14 de diciembre de 1895, 15 de febrero de 1905 y 21 de diciembre de 1909, hasta las más modernas de 9 de julio de 1947, 28 de noviembre de 1953 y 9 de marzo de 1965, entre otras muchas que pudieran citarse (decide fallando la competencia en favor del Juzgado de Ayamonte).

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

NULIDAD DEL AVAL CAMBIARIO PRESTADO POR MUJER NO COMERCIANTE EN FAVOR DE SU MARIDO COMERCIANTE, CUANDO AMBOS CONYUGES SON DE REGIONALIDAD CATALANA. PRELACION DE FUENTES EN CATALUÑA. EL DERECHO FORAL COMO SUPLETORIO DEL CODIGO DE COMERCIO, CON PREFERENCIA AL CODIGO CIVIL. INTERPRETACION DE LA EXPRESION "DERECHO COMUN" DEL ARTICULO 50 DEL CODIGO DE COMERCIO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1968)

Antecedentes.—Como consecuencia de las operaciones mercantiles del comerciante don L., la Sociedad T. giró a su cargo unas letras de cambio que avaló la mujer de don L., doña M. (que no es comerciante). Ambos conyuges, don L. y doña M., son de regionalidad catalana. Impagados los efectos cambiarios, y en base al aval en ellos consignado por doña M., la Sociedad T. obtiene embargo de bienes, algunos de ellos anotados en el Registro de la Propiedad. Otro acreedor de don L. insta la nulidad del aval cambiario y consiguientes embargos y anotaciones preventivas; demanda que no prospera ni en primera instancia, ni en apelación.

El Tribunal Supremo accede al recurso de casación, estimando íntegramente la demanda en su segunda sentencia, en base a la siguiente:

Doctrina.—Considerando que son hechos incontrovertidos en los presentes autos: Primero. Que los cónyuges don L. y doña M. son de regionalidad catalana. Segundo. Que la esposa doña M. no es comerciante. Y tercero. Que todas las operaciones concertadas entre don L. y la Sociedad T., y por consiguiente las letras giradas para pago del precio y avaladas por la esposa, son posteriores al momento de la entrada en vigor de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960.

Considerando: Que, asimismo, incontrovertida la naturaleza mercantil del aval cambiario, la discrepancia fundamental en cuanto a la determinación del concepto de «Derecho común» a que se remite para regular la capacidad de los contratantes el artículo 50 del Código de Comercio, que mientras la sentencia recurrida interpreta como referida al Código civil, con exclusión del Derecho civil foral o especial, la parte recurrente estima que alcanza tanto al Código civil, como al Derecho particular de las regiones, según sea el ordenamiento

civil aplicable en el caso concreto, en el actual la Compilación catalana, atendida la regionalidad de los cónyuges contratantes, reconocida expresamente en... la sentencia de la Audiencia, y específicamente el artículo 322-1, violado en consecuencia al no ser aplicado.

Considerando: Que, con arreglo al artículo 12 del Código civil, éste rige sólo como Derecho supletorio de las regiones forales, para el único efecto de suplir deficiencias y vacíos de su legislación, sin que este carácter autorice para corregir o enmendar lo que se encuentre previsto —sentencia de 8 de junio de 1904, 9 de julio de 1917 y 16 de mayo de 1918—, y, desenvolviendo este precepto, dispone el artículo primero de la Compilación catalana, que sus disposiciones rigen con preferencia al Código, y sólo en lo no previsto en aquella se aplicará dicho Código en lo que no se oponga a la citada Compilación (Disposición final segunda), de donde resulta que la prelación de fuentes legales en la Región Catalana atribuye la primacía a su Derecho civil especial contenido en su Compilación, el que es de aplicación primordial y preferente en todas las materias reguladas por la misma.

Considerando: Que al referirse el artículo 50 del Código de Comercio a las reglas generales del Derecho común, para regular la capacidad de los contratantes, es indudable que esas reglas son las constituidas por la del Código civil, que contiene los principios fundamentales de la contratación, pero al aplicarse en este caso el Derecho civil especial de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de Derecho común se refiere a la legislación que contiene dichos principios fundamentales, tanto si está en el Código civil como en el Derecho regional, y como este es el aplicable en el presente recurso, no cabe duda que ese Derecho común para los catalanes está integrado por su Compilación, y como el artículo 322-1 de la misma, decreta la nulidad de pleno derecho de la fianza prestada por la mujer casada a favor de su marido, precepto que es de régimen observancia..

Considerando: Que.. declarado por la Audiencia que la avalista doña M. es catalana y no es comerciante, a tenor del apartado primero del artículo 3 de la Compilación «los efectos de los estatutos personal, real y formal en Cataluña, y para los catalanes, así como la condición de tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil, se regirán por las normas establecidas en el Título Preliminar del Código civil y disposiciones concordantes», con lo que la capacidad contractual de los cónyuges recurridos, debe regirse por su ley personal (artículo 14 en relación con el 9.º), que es la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña (artículo 15, apartado último), y aún cuando se interpretase como una prohibición la norma del apartado primero del artículo 322 de dicha Compilación, se llegaría al mismo resultado, relacionando el artículo 14 del Código civil con el apartado tercero del artículo 11 del propio Cuerpo legal, coincidiendo en este caso con la Ley Territorial.

Considerando: Que la aplicabilidad al caso de autos del apartado primero del artículo 322 de la Compilación hace estimables los restantes motivos del recurso, ya que de modo terminante establece dicho precepto legal que «será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido...», con lo que está proclamado, como su precedente histórico, la Auténtica. «Si qua mulier», la nulidad radical, por ministerio de la Ley de los avales controvertidos, para cuyo ejercicio se encuentra plenamente legitimado el acreedor perjudicado, procediendo por todo lo expuesto la estimación del recurso.

Comentario.—Esta sentencia, cuyo ponente es don Francisco Bonet Ramón, resuelve el problema, de indudable interés (1), de la aplicabilidad del Derecho foral en el ámbito mercantil, cuando este Ordenamiento llama al Derecho común para llenar sus lagunas, cual hace, para los contratos, el artículo 50 del Código de comercio. Entonces hay que decidir si ese «Derecho común» llamado lo es el Código civil, incluso para las regiones forales y con preferencia a las disposiciones de éstas; o si, por el contrario, deben aplicarse las normas del Derecho foral antes que el Código civil.

La primera solución parece fue adoptada por las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1898, 29 de abril de 1899 y 18 de marzo de 1911, lo que mereció la crítica de algún autor, como VICENTE Y GELLA, que estimó que el Derecho, llamado supletorio en el artículo 50 del Código de comercio, tiene que ser el Derecho foral, con preferencia al Código civil.

La sentencia que comentamos se decide, de modo claro y sin lugar a dudas, por la aplicabilidad del Derecho foral, con preferencia al Código civil, partiendo de la situación fáctica de ser ambos cónyuges de regionalidad catalana, no ser comerciante la avalista y ser todos los actos posteriores a la entrada en vigor de la Compilación catalana. Y aquí cabe preguntar, ¿hubiera seguido la misma solución el Tribunal Supremo, si todos o algunos de los actos se hubieran ejecutado antes de regir la Compilación?

Finalmente, consignemos que ese artículo 322 de la Compilación catalana, que prohíbe a la mujer casada afianzar por su marido (recogiendo la Auténtica «Si qua mulier») y base de la resolución judicial del Tribunal Supremo, así como el anterior precepto 321, que la prohíbe interceder por otro, que recogió el Senado Consulto Velezano, pudieron no haber sido regulados por la Compilación de Cataluña, como sostuvo FAUS en la «Revista Jurídica de Cataluña».

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

PRIORIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSION DE PAGOS SOBRE EL DE QUIEBRA. *Declarado, mediante auto, concluido el expediente de suspensión de pagos, este procedimiento queda caducado y no se puede, con posterioridad a su fecha, demandar depuración de responsabilidad a los consejeros de la Sociedad* (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1968).

Antecedentes.—Mediante auto firme del Juzgado competente, fue declarada en estado de suspensión de pagos, con la calificación de insolvencia definitiva, a la Sociedad Anónima M. Posteriormente, el Ministerio Fiscal dedujo demanda para exigir responsabilidades a los consejeros de dicha Entidad, pretendiendo sea declarada fraudulenta dicha insolvencia. El Tribunal Supremo no accede a lo solicitado, casando la sentencia de la Audiencia, mediante la siguiente:

Doctrina.—Considerando: Que al establecer la Ley de 26 de julio de 1962 un procedimiento de prioridad de suspensión de pagos sobre el de quiebra,

(1) Así lo debieron considerar los programas de Registros de 1948 y de Notarías de 1945, que, al tratar de las fuentes del Derecho mercantil, incluían una pregunta, que decía: «Valor del Derecho foral en materia mercantil».

con el pensamiento de coordinar la depuración de las causas de la insolvencia y de ofrecer al deudor posibilidades de rehabilitación y a los acreedores medios de reparar su quebranto económico (sentencias de esta Sala de 29 de diciembre de 1927 y 8 de noviembre de 1941), bien claramente queda establecido que, si tal proceso previo llega a su consumación con el acuerdo entre el suspenso y sus acreedores, dictándose el auto de insolvencia definitiva, deberán depurarse las responsabilidades en que hayan podido incurrir el comerciante suspenso o los Consejeros o Gerentes de las Compañías Mercantiles que obtengan tal declaración, como ordena el artículo 20 de la Ley; pero si, por el contrario, no llega a tal acuerdo por alguna de las causas señaladas en su artículo 13, el Juez viene obligado a declarar legalmente concluido el expediente, alzándose la suspensión de los procedimientos pendientes contra el deudor y quedando desde ese momento en libertad los acreedores, como declaró la sentencia de 4 de marzo de 1929, para ejercitar sus acciones y poder instar el procedimiento de quiebra; consecuencia de todo lo cual es que el proceso previo de suspensión de pagos queda sobrepuesto, concluido legalmente, como dice la Ley, en todos sus extremos y derivaciones.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina y acreditado en las actuaciones que, al no haber concurrido a la Junta de acreedores el número suficiente para tomar acuerdos, se dictó por el Juzgado el auto de 16 de enero de 1965, por el que, cumpliendo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley especial, se declaró legalmente concluido el expediente; es a todas luces evidente que el procedimiento quedó caducado y sin ulterior curso ni recurso, por lo que la demanda para la depuración de responsabilidades, de fecha posterior al auto, en 2 de junio de 1965, no podía prosperar, y la sentencia recurrida, al acogerla, aplicó indebidamente el artículo 20 de la Ley de 26 de julio de 1922.

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE PAGOS NO PUEDE REPRODUCIRSE SUCESIVAMENTE POR EL DEUDOR EN PERJUICIO DE SUS ACREEDORES, PRETENDIENDO HACER VALER EL PÁRRAFO 3.º DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE SUSPENSIÓN DE PAGOS (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1968).

Los antecedentes se deducen del considerando que transcribimos:

Considerando: Que el derecho que los artículos 875 y número 2.º del Código de comercio y 1.323 de la Ley de Enjuiciamiento civil, conceden a determinados acreedores para solicitar la declaración de quiebra del comerciante que total o parcialmente (sentencia de 9 de junio de 1932) hubiere sobrepuesto en el pago de sus obligaciones, si bien por imperativo de lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 9 de la Ley de 26 de julio de 1922, no puede ejercitarse durante el período de tiempo en que se tramite el expediente de suspensión de pagos promovido por el último al amparo de los artículos 2 de la Ley especial y 871 y 930 del expresado Código, no debe en cambio, quedar paralizado indefinida y continuamente por la circunstancia de que el deudor provocare de forma sucesiva la adopción de la medida prevista en el párrafo 2.º del artículo 13 de la mencionada Ley y el nacimiento de unas nuevas actuaciones idénticas a las anteriores: Primero, Porque la aprobación de semejante conducta por parte de los Tribunales equivaldría a proteger la realización de verdaderos actos *in fraudem legis* dirigidos a frustrar los designios del legislador

en materia de quiebras y ocasionar a los acreedores perjuicios irreparables, impidiéndoles ejercitar sus legítimos derechos en contra de la doctrina que proclama la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1905; Segundo. Porque la norma contenida en el párrafo tercero del referido artículo 9 constituye un privilegio de carácter excepcional establecido en beneficio del deudor, que debe ser interpretado restrictivamente en virtud del apotegma jurídico *exceptio est strictissimae interpretationis*, dado que la regla general a que deben ajustarse estos procedimientos se caracteriza por su celeridad y por la tendencia a evitar posibles dilaciones (sentencia de 18 de abril de 1929); y Tercero. Porque la extinción del estado de suspensión de pagos por causas imputables al comerciante, lejos de servir para prolongar esa situación y eludir el cumplimiento estricto del precepto consignado en el artículo 1.131 de la Ley de trámites, en relación con el 873 del Código mercantil, implica el reconocimiento del cese en el pago de sus obligaciones, y da margen a que los acreedores puedan instar las acciones que les confieren los artículos 874 a 876 de dicho Cuerpo legal, según se desprende de las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1892, 3 de mayo y 26 de noviembre de 1897, 26 de octubre de 1904, 24 de marzo de 1906 y 4 de marzo de 1929.

LO ACTUADO EN EL EXPEDIENTE DE SUSPENSION DE PAGOS ES DE PREFERENTE CUMPLIMIENTO A LA PETICION DE DECLARACION DE QUIEBRA. Existiendo convenio de acreedores en la suspensión de pagos, declarado a instancia de la Entidad deudora, ésta no puede pedir por sí y obtener la declaración de quiebra, mientras no se den los supuestos que la Ley autoriza para ello, a petición de los acreedores y no del deudor. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1969).

S. de F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

EL ARBITRIO DE PLUS VALIA Y LAS VIVIENDAS
DE PROTECCION ESTATAL

SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1969.

I. PLANEAMIENTO.

A. *La Ley de régimen local*

La Ley de régimen local, en su artículo 521, regula el régimen de bonificación tributaria que, a efectos del arbitrio de plus valia, se reconoce a la adquisición de terrenos para viviendas protegidas. A tal efecto, dispone: «1. Gozarán de una reducción equivalente al 90 por 100 de este arbitrio los terrenos ocupados por casas que hayan obtenido la calificación de protegidas y los pisos de las casas mixtas que hayan obtenido igual declaración. Esta reducción empezará desde el día en que se notifique la calificación definitiva de las respectivas casas o pisos, y durará veinte años. 2. La referida reducción se aplicará también a las transmisiones de terrenos o solares adquiridos para la construcción de viviendas protegidas, cuando en el documento público de adquisición se haga constar este destino. 3. En el caso de que se contrae el número anterior, la liquidación de este arbitrio quedará suspendida por plazo de seis meses, a fin de que los interesados puedan justificar la aprobación del terreno de que se trata por el Instituto Nacional de la Vivienda, concediéndose entonces la bonificación o reducción aludida y, si no lo hicieren, se practicará la liquidación correspondiente, exigiéndose el interés legal de demora por el aplazamiento, consecuencia de la referida suspensión.»

De este precepto, interesa destacar:

a) Que se refiere a «casas que hayan obtenido la calificación de protegidas y los pisos de las casas mixtas que hayan obtenido igual declaración».

b) Que para gozar de aquellos beneficios era requisito esencial la presentación de la correspondiente calificación dentro del plazo de seis meses durante el cual quedaba en suspenso la liquidación.

c) Que el texto del artículo 521, tal y como figuraba en el texto articulado de la Ley de régimen local de 1950, se mantuvo en el texto refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955.

B. *La legislación sobre viviendas de protección estatal.*

Pero después del texto articulado de 1950, se produjeron importantes modificaciones en el régimen tributario de las viviendas de protección estatal, y, concretamente, a efectos del arbitrio de plus valia. Merecen destacarse las siguientes disposiciones:

1. *La legislación sobre viviendas de renta limitada.*

La Ley de 15 de julio de 1954, artículo 13, párrafo segundo, disponía: «La bonificación establecida en el párrafo anterior se aplicará también al arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos en las transmisiones que de éstos se realicen con destino a la construcción de viviendas de renta limitada».

El Reglamento dictado en desarrollo de aquella Ley, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, en su artículo 31, párrafo segundo, dispone: «En virtud de esta declaración se extenderá el contrato sin el Timbre del Estado y la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos reales consignará la nota de exención, que tendrá carácter provisional. Dentro del plazo de un mes, desde la fecha de calificación de las viviendas, el propietario vendrá obligado a presentar de nuevo el contrato en la Oficina Liquidadora y a justificar mediante certificación del Instituto Nacional de la Vivienda el otorgamiento de aquella calificación, a fin de que la exención provisionalmente declarada se eleve a definitiva».

Y, en el último párrafo, dice: «La bonificación del 90 por 100 en el arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos, en las transmisiones que de éstos se realicen con destino a la construcción de 'viviendas de renta limitada', se concederá en términos análogos a los establecidos en los párrafos precedentes para el impuesto de Derechos reales por los Ayuntamientos respectivos, que podrán también exigir el pago de las diferencias cuando no hubiera tenido lugar la realización del proyecto».

2. *La legislación sobre viviendas de protección oficial.*

El Decreto 2.131/1963, de 24 de julio, aprueba el texto refundido de la legislación sobre viviendas de protección oficial, y en su artículo 14, párrafo 2.º, dispone: «La bonificación del 90 por 100 se aplicará también al arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos en las transmisiones con destino a la construcción de viviendas de protección oficial y en la primera transmisión de éstas, así como a la tasa de equivalencia que le sustituye en cuanto a las Sociedades, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Para gozar de esta bonificación deberán cumplirse los mismos requisitos que se exigen en el número 1, A), apartado primero, del artículo 10».

Y el artículo 10, apartado A), párrafo 1.º, dice: «Los contratos de promesa de venta, adquisición por título oneroso, arrendamiento y cesión gratuita de los terrenos, así como los del derecho de superficie y de elevación de edificios. La existencia de construcciones que hayan de derribarse para edificar no será obstáculo para gozar de la exención. Para el reconocimiento de esta exención bastará que se consigne en el documento que el contrato se otorga con la finalidad de construir «Viviendas de Protección Oficial» y quedará sin efecto si transcurriesen tres años a partir de dicho reconocimiento sin que se obtenga la calificación provisional».

Por Decreto 2.114/1968, de 24 de julio, se aprueba el Reglamento, del que merecen destacarse los siguientes preceptos:

—El artículo 43, apartado 1.º, A, 1. que viene a reproducir el correlativo del texto refundido de la legislación (art. 10, apartado 1, párrafo 1.º).

—El artículo 47, que viene a reproducir el artículo 10 del texto refundido.

C. PLANTEAMIENTO.

Ante la disparidad de normas se plantea el problema de si la bonificación del arbitrio de plus valia a favor de las viviendas de protección estatal se rige por la Ley de régimen local o por las disposiciones sobre las respectivas viviendas.

II LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A. *Precedentes.*

1. *Tribunal Supremo.*

El Tribunal Supremo se había ocupado del tema en algunas sentencias. Concretamente, en las siguientes:

La sentencia de 17 de mayo de 1963, que aceptó el siguiente considerando de la sentencia apelada. «Que la legislación vigente a la fecha del otorgamiento de la escritura de compra por los hermanos O. L. y C. S. del solar a que se refieren estos autos, que lo fue en 17 de enero de 1956, estaba constituida por la Ley llamada de 'viviendas de renta limitada' de 15 de julio de 1954, Reglamento para su aplicación de 24 de junio de 1955 y la Ley de Régimen local aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955 que modificó la de 16 de diciembre de 1950, erróneamente citada y, en su virtud, habían dejado de tener aplicación a las relaciones jurídicas que desde la promulgación de estas leyes se crearon las leyes dictadas anteriormente y la terminología empleada en las leyes derogadas quedó en desuso por anacrónica, y por ello, resulta anómalo afirmar que al emplear el artículo 521 de la Ley de Régimen local la expresión 'viviendas protegidas', se quiere con ello aludir exclusivamente a las viviendas construidas o intentadas construir durante la vigencia de la Ley así denominada, cuando la realidad es que al publicarse la Ley de Régimen local, que contiene el aludido artículo 521, aquella Ley de viviendas protegidas había dejado de existir y se encontraba expresamente derogada por la posterior disposición final de la de viviendas de renta limitadas que en su 1.ª disposición transitoria regula el régimen de transición entre una y otra legislación, aparte de que el empleo de este término en el mentado artículo 521 no se hace utilizándolo como nombre propio con el que es denominado aquella Ley, sino como equivalente al término genérico de protección de viviendas, en cuyo general concepto están comprendidas las viviendas llamadas de renta limitada, y esta interpretación, que se ofrece con toda claridad tras un somero examen de la legislación citada está además reafirmada por la consideración de que ella conduce a la eficacia de los propósitos del legislador, al otorgar estos beneficios, que no son otros que los de fomentar la construcción de viviendas de carácter social de este tipo, que se verían burladas si los compradores de terrenos que gozasen de estos beneficios por el solo hecho de hacer constar en el documento de compra, su propósito de construir viviendas de renta limitada, estuvieran indefinidamente en posesión del terreno sin realizar su enunciado propósito, y por todo ello, y además, por los razonamientos y consideraciones legales expuestos por el señor Inspector Municipal del impuesto, que hizo suyo el señor Interventor y por los que aduce en su dictamen el señor Oficial Letrado del Ayuntamiento de Zamora, así como los propios fundamen-

tos de la Resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Provincial, que se aceptan y dan aquí por reproducidos, y por último, por el valioso precedente jurisprudencial referente a la liquidación del impuesto de derechos reales, a cuyo tributo está equiparado el de plus valía objeto de este recurso, es forzoso llegar a la conclusión de que es de perfecta aplicación al caso debatido, el artículo 521 de la vigente Ley de Régimen local»

La sentencia de 16 de febrero de 1967: «Que antes de pasar a la confrontación del contenido de tales respectivos preceptos dispares y aún contrapuestos debe quedar sentado el triple aserto conceptual siguiente. Que, por razón de la materia y tratándose de exenciones fiscales, sean estas totales o parciales —bien exenciones propiamente dichas o bien bonificaciones o reducciones—, las disposiciones legales de tipo escuetamente fiscal, cuales la aludida al respecto como contenida en la Ley de Régimen local con leyes especiales, al lado de las referentes a la materia, en general, de la construcción de viviendas protegidas; que, en cuanto a los preceptos puestos en oposición recíproca, mientras que uno de ellos, el de las leyes de construcción de tales viviendas no específica plazo, es indeterminado, el otro, el de la Ley de Régimen local es específico, señala concretamente el plazo, y que, a los efectos del principio fundamental *lex posterior de rogat priori*, las que, como reguladoras de los beneficios tocantes a las construcciones protegibles que invocan de fechas 1944 y 1954, resultan indudablemente anteriores a la citada Ley de Régimen local, que —con todos sus precedentes inmediatos globales o parciales lo concerniente a las Haciendas locales entre estos últimos—, su texto definitivo es, en fin de cuentas, de ya 1955, posterior en suma.

Considerando: Que entrando debidamente la cuestión ésta gira, sencillamente, alrededor de la aplicabilidad y —en caso afirmativo— cumplimentación del artículo 521 de la vigente Ley de Régimen local, que, refiriéndose a las bonificaciones o reducciones del gravamen de que aquí se trata, el 'arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos', concede, si, una reducción equivalente al 90 por 100 de este arbitrio a los terrenos ocupados por casas que hayan obtenido la calificación de protegidas, e incluso a los pisos de casas mixtas igualmente calificados, y así mismo, —que sería el caso presente— a las transmisiones de terrenos o solares adquiridos para la construcción de viviendas protegidas, cuando en el documento de adquisición se haga constar este destino; pero dejando condicionado —en su número 3.º— tal beneficio fiscal local cual el inmediatamente reseñado —el del número 2.º de dicho artículo, otorgado a las transmisiones de terrenos o solares adquiridos con destino a la construcción de viviendas protegidas— a la observancia de un requisito puntualmente tasado, y que es el de que, dentro del plazo que se señala, presenten, justificada en forma, la aprobación del terreno por el Instituto Nacional de la Vivienda. A tal bonificativo fin, se advierte el precepto legal, la liquidación de este arbitrio quedará suspendida por plazo de seis meses, para dentro del mismo poder dejar presentado el documento justificativo de la aprobación oficial del terreno; entendido —termina— que, 'si —así—, dentro de ese plazo no lo hicieren, se practicará la liquidación correspondiente' incluso exigiéndose el interés legal de demora por el tiempo del aplazamiento, consecuencia de la suspensión».

2. Audiencias.

Las Salas de lo contencioso-administrativo han dictado fallos contradictorios.

Apartándose de la doctrina de las Sentencias citadas, merece destacarse una sentencia de la Audiencia de Valencia de 17 de marzo de 1964 que se publicó en extracto en la «Revista de Administración Pública», número 45 (página 343), en que se dice: «No hay incompatibilidad ni problema de derogación de las normas sobre viviendas de renta limitada por el texto refundido de Régimen Local de 24 de junio de 1955, supuesto que el citado texto, como todos los de su clase, no puede introducir derogaciones de bonificaciones fiscales, concedidas por la legislación especial, sin la correspondiente autorización legislativa, y ello no lo permitía la Ley de 3 de diciembre de 1953, de la cual es desarrollo el Decreto de 24 de junio de 1955, que se limita a repetir los mismos preceptos contenidos en la Ley de 16 de diciembre de 1950, durante cuya vigencia no hubo duda alguna respecto de la aplicabilidad de la Ley de 17 de julio de 1954 en materia de bonificaciones tributarias de esta clase de viviendas».

B. *Sentencia comentada.*

1. *Sentencia de la Audiencia.*

La Sala de lo contencioso de la Audiencia de Albacete, en sentencia de 4 de marzo de 1969, sentó la siguiente doctrina:

Considerando: Que junto a la cuestión fáctica, a la que luego se hará referencia, la argumentación jurídica del actor se reduce a impugnar la aplicación al caso del artículo 521 de la Ley de Régimen Local, aprobada por Decreto de 24 de junio de 1955 en cuanto que ésta señala un plazo de seis meses para suspender la liquidación del arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos, entendiendo el actor que ese precepto ha quedado derogado o bien por los otros preceptos de la misma fecha y rango, cual es el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (aprobado por Decreto de la misma fecha, y que desarrolla la Ley de 15 de julio de 1954), o bien por el texto refundido de la Ley de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963, con las modificaciones establecidas por el Decreto de 3 de diciembre de 1964, o por los textos contenidos en la Ley y en el Reglamento del Impuesto para los Derechos Reales de 21 de marzo de 1958 y 15 de enero de 1959, respectivamente, e incluso por el texto refundido del Impuesto sobre actos jurídicos documentados aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, todos cuyos preceptos, o no fijan plazo para obtener el beneficio tributario respecto de los terrenos destinados a la construcción de Viviendas de Protección Oficial, o si lo señalan es de tres años, muy superior al tanto de seis meses que marca el artículo 521 de la Ley de Régimen Local.

Considerando: Que la primera cuestión que debe resolverse es la del rango de cada uno de los preceptos citados, así como su aplicación al caso, y en último lugar, si nos encontramos ante un caso de conflicto de Leyes o por el contrario, es un simple caso de concurso de normas; respecto de la primera cuestión, no todos los preceptos citados por la parte actora han sido debidamente calificados, ni las consecuencias extraídas pueden ser aceptadas, siendo procedente, ante todo, fijar el rango de cada uno de los preceptos que cita, y su eficacia frente a los demás, a cuyo respecto hay que tener en cuenta que la Ley de Régimen Local, si bien fue aprobada por el Decreto de 24 de junio de 1955, tal Decreto tenía rango de Ley, ya que era aprobatorio de una Ley de

Bases aprobada a su vez por las Cortes, las cuales habían facultado al Ejecutivo para dictar la aprobación del texto articulado, delegación perfectamente válida, según resulta hoy del derecho constituido, y concretamente, del contexto de los artículos 10 (número 4) y 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, en relación con el artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado, por lo que aunque el precepto aprobatorio revista la forma de Decreto, su verdadera categoría es la de Ley, poniéndose de manifiesto en la sentencia del T. S. de 15 de octubre de 1954 que «la producción de una Ley de Bases tiene una doble justificación: una, parlamentaria, la de evitar discusiones tediosas y prácticamente indefinidas al articulado concreto de los diversos cuerpos legales; otra, la de sentar pura y exclusivamente las líneas maestras de la futura Ley y encomendar a la Administración que la desarrolle en detalle, a través de un articulado meticuloso, encargando a los técnicos, alejados de la discusión política, la elaboración del articulado»; en cuanto a su fuerza de Ley, ya el propio T. S. en su sentencia de 13 de marzo de 1916 estableció que para modificar el Decreto que aprueba el texto articulado, es necesario una Ley, ratificando ese mismo criterio la sentencia de 17 de abril de 1953 al hablar de Leyes que se dictan en una doble fase: Ley delegante y Ley delegada.

Considerando: Que frente a los Decretos con valor de Ley, a que antes se ha hecho referencia, existen los Decretos con rango de tal, mediante los cuales el Ejecutivo ejercita su potestad reglamentaria (puesto que tal potestad está atribuida o al Consejo de Ministros o a los Ministros, y el Decreto es su norma de expresión), pudiendo distinguirse entre los Decretos mediante los cuales se desarrollan los preceptos de una Ley, llamados Decretos de ejecución, que solamente pueden dimanar del Consejo de Ministros, en virtud de lo establecido en los artículos 10 (número 6) y 13 (número 2) de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que necesitan siempre audiencia preceptiva del Consejo de Estado, Decretos que no hay que confundir a los demás que adoptando esta forma, no son de ejecución de Leyes, sino independientes, ni tampoco pueden confundirse con las simples Ordenes Ministeriales, últimas en el rango de fuentes del Derecho administrativo, según el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico, debiendo precisarse que, en todo caso, la competencia de cada uno de los Organos citados, es irrenunciable y debe ser ejercida por el mismo (art. 4 de la Ley de procedimiento administrativo), salvo caso de delegación, la cual puede existir del legislativo en el ejecutivo —como en el caso de los Decretos con rango de Ley de que antes se habló— pero que en cambio, no puede existir delegación del Consejo de Ministros de un Ministro, puesto que por aplicación de lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Régimen Jurídico, el Consejo sólo puede delegar, por unanimidad, en las Comisiones Delegadas del Consejo; por último, los textos refundidos, son simples delegaciones en el ejecutivo para agrupar en un sólo cuerpo legal la dispersa legislación que existe sobre una materia, siendo otra manifestación de legislación delegada, pero con la salvedad de que, cuando se señala un plazo para la refundición, será dudosa la eficacia del precepto dictado una vez vencido el plazo del mandato, como lo demuestra en el caso de nuestro derecho positivo el hecho de que, autorizado el Gobierno por el artículo 241 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 para dictar los textos refundidos de los diversos impuestos regulados, antes de 31 de diciembre de 1965, adaptándolos a la reforma tributaria, hubo de dictarse el Decreto-Ley de 30 de diciembre de 1965, prorrogando el plazo para la refundición hasta el 31 de diciembre de 1966; desde otro punto de vista, como mediante

los textos refundidos no pueden establecerse nuevos preceptos, ni derogarse los de las Leyes cuyo texto se reúne, cualquier innovación es susceptible de fiscalización; para finalizar esta materia, es preciso destacar la figura, mencionada en el presente caso, de la Ley necesitada de Reglamento, perfectamente admitida tanto en la doctrina como en la legislación y mencionada incluso por la Jurisprudencia de nuestro T. S., ya que, si bien es cierto que en el derecho público, toda Ley debe tener su desarrollo reglamentario, cuando es la propia Ley la que en una de sus disposiciones transitorias, condiciona su entrada en vigor a su desarrollo reglamentario, no hay duda alguna de que hasta que ese hecho no se produzca, queda en suspenso su eficacia, como dice el T. S. en su sentencia de 29 de diciembre de 1954.

Considerando: Que aplicando lo razonado hasta aquí al caso debatido, debe rechazarse la tesis del actor, según el cual, los preceptos de la Ley de régimen local, aprobados por Decreto de 24 de junio de 1955, deben ceder ante los de la más específica legislación de viviendas de protección oficial, cuyo Reglamento fue también aprobado por Decreto de la misma fecha, pero que desarrollaba la Ley de 15 de julio de 1954, mientras que la de régimen local, se basaba en los textos de 16 de diciembre de 1950 y 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953; y deben rechazarse estos argumentos, porque así como el Decreto de 24 de junio de 1955 aprobando el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial es un simple Reglamento ejecutivo o de desarrollo de la Ley de 1954, sin otro rango que el de Derecho, en cambio el Decreto de la misma fecha que aprueba el texto de la Ley de régimen local es un Decreto con rango de Ley, por ser un caso de legislación delegada, que debe prevalecer sobre cualquier otra disposición con rango inferior; igualmente, deben rechazarse los argumentos del actor mediante los cuales se intenta aplicar al caso los preceptos contenidos en la Ley de Viviendas de Protección Oficial, puesto que en el texto aprobado por Decreto de 24 de julio de 1963 la disposición transitoria primera dice que «esta Ley comenzará a regir el día de entrada en vigor del Reglamento que se dicte para su desarrollo», y este dictado con fecha de 24 de julio de 1968, estableció en su disposición final segunda que «entrará en vigor el día 1 de enero de 1969», sin que por tanto tenga posibilidad de aplicación en el momento de producirse el hecho que motiva este contencioso, y sin que pueda aplicarse, por tanto ninguno de sus preceptos, ni directamente, ni por analogía, como pretende el actor, y sin que sus preceptos puedan derogar, completar, modificar a ningún otro a la sazón vigente, ni pueda por tanto, en el caso de que fueran opuestos a otros, hablar de oposición de una Ley a algo que carecía de eficacia por hallarse esta en suspenso; por esa misma razón, no puede aplicarse al caso debatido lo dispuesto en el Decreto de 3 de diciembre de 1964, que establece modificaciones a la Ley de Viviendas de Protección Oficial, la que, como ya hemos dicho, no puede, en absoluto, aplicarse al caso debatido.

Considerando: Que por lo expuesto, no puede haber oposición entre la Ley de régimen local y los demás preceptos citados por el actor, ya que, si es por el rango, la disposición que aprueba en 1955 el texto de régimen local, tiene rango de Ley, frente al de Viviendas, que tiene rango de Decreto, y si es por fecha, la de régimen local es de 1955, y la de Viviendas es de 1954, luego es una Ley posterior, que en todo caso derogaría a la anterior, frente a cuyo argumento se encuentra, además el de que la de régimen local debe considerarse especial, en las materias que regula, frente a la general, por lo que —*generi per speciem de rogantur in totum*— debe entenderse preferente la Ley de régimen local sobre las más generales citadas por el actor en apoyo de su tesis,

y sin que por esta misma razón, pueda entenderse que existe una oposición o un conflicto de Leyes entre la de régimen local, que regula el arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos y la de Derechos Reales o su Reglamento, de 21 de marzo de 1958 y 15 de enero de 1959, respectivamente, puesto que estos preceptos se limitan a regular las exenciones de los Impuestos de Derechos Reales, reenviando, para los beneficios tributarios, a la específica reglamentación de viviendas de protección oficial, la cual, como hemos dicho, debe ceder ante la más específica, de régimen local, como ya ha declarado, además, la reiterada doctrina del Tribunal Supremo contenidas en las sentencias de 17 de mayo de 1963 y 16 de febrero de 1967.

Considerando: Que en todo caso para que pudiera hablarse propiamente de conflicto o colisión de normas, sería necesario que dos cuerpos de ellas, con una de rango de Ley en su cúspide y otras de inferior rango en la base, contemplaron idénticos supuestos de hecho regulándolos de distinta manera, lo que no ocurre con las estudiadas hasta aquí, ya que frente al artículo 521 de la Ley de régimen local, que fija un plazo de seis meses para justificar la obtención de la calificación de las viviendas, sólo pueden oponerse, o preceptos con rango inferior (como el art. 31 del Reglamento de Viviendas de 24 de junio de 1955 que habla de que la bonificación por el arbitrio de Plus Valía se concederá en los términos análogos a los establecidos para el Impuesto de Derechos Reales) o preceptos de una Ley cuya eficacia está suspendida como es la Disposición Transitoria 2.ª del Decreto de 24 de julio de 1963, o preceptos que regulan Impuestos estatales, pero no la imposición municipal; tampoco puede olvidarse que cada norma persigue un fin, que es su *ratio legis*, y en la estudiada —de régimen local— si bien está claro que el fin perseguido es bonificar los impuestos o arbitrios que graven las transmisiones de terrenos destinados a la construcción de viviendas de protección oficial como una medida más de las varias empleadas para fomentar esta actividad, de los propios preceptos interpretados se deduce que este beneficio fiscal sólo puede alcanzar a quien realmente adquiera para construir a la mayor brevedad, pero no a toda adquisición de terrenos en los que simplemente se proyecte en un futuro lejano ese destino, lo que evita el legislador cuando marca un plazo que puede o no coincidir con la calificación efectiva de los proyectos, pero que indudablemente debe ser utilizado para justificar, mediante actos coetáneos y posteriores de los adquirentes una voluntad inequívoca que no aparece en el presente caso.

Considerando: Que por tanto, siendo únicamente aplicable el artículo 521 de la Ley de régimen local, el actor, para poder obtener la bonificación tributaria, debió cumplir estrictamente las exigencias de dicho precepto, y en su consecuencia, debió justificar ante la Corporación haber obtenido la aprobación del terreno por el Instituto Nacional de la Vivienda, requisito exigido en el momento en que el precepto se redactó por la Ley de 9 de abril de 1939 (artículos 10, 11 y 12) por su Reglamento de septiembre del mismo año (arts. 3, 27, 49 y 53) y por la Ley de 25 de noviembre de 1944, pero que deben entenderse sustituidos por sus equivalentes en la actual Reglamentación de Viviendas de Protección Oficial (genéricamente, puesto que el actor dice en la escritura que propone construir Viviendas de Renta Limitada o de Protección Oficial, cuya declaración, imprecisa, no permite saber si lo que se proponía era construir las del Grupo I o las del II de esta última clase) y por tanto, quedando obligado el actor a presentar ante la Corporación Municipal el proyecto de sus viviendas aprobado y al mismo tiempo la calificación provisional (arts. 69 y 70 del Reglamento de 24 de junio de 1955) como complemento de su declaración inicial, contenida en la escritura de compraventa, de que el destino del terreno adqui-

rido era la construcción del terreno, sin que bastara realizar uno de ambos requisitos para entender cumplido el precepto, como pretende el actor.

2. Sentencia del Tribunal Supremo.

Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con fecha de 11 de octubre de 1969, dicta sentencia (de la que fue ponente MEDINA BALMASEDA), por la que desestima el recurso de apelación, estableciendo la siguiente doctrina:

«Considerando: Que al impugnarse en este recurso la liquidación que por el Arbitrio de Plus Valía practicó el Ayuntamiento de Murcia y confirmó el Tribunal económico-administrativo de aquella provincia, denegando la bonificación solicitada por los recurrentes ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete en Primera Instancia, queda delimitada la *litis* al enjuiciamiento de esta liquidación a la base o fundamento sobre que descansa, para deducir de su estudio la correcta aplicación de tal base a la liquidación que por ella se ha obtenido

Considerando: Que en fundamento de tal afirmación hay que dejar sentado que esta base está constituida por el Acuerdo del Ayuntamiento exaccionante de 24 de septiembre de 1964, consignado en la propia escritura de adquisición de los terrenos y por el cual se suspendía por un plazo de seis meses la liquidación por el mencionado Arbitrio a los efectos de que los contribuyentes interesados demostrasen, con arreglo al artículo 521 de la Ley de régimen local, la aprobación de los terrenos adquiridos para la construcción bonificada que proyectaban con arreglo a la legislación entonces en vigor, Ley de 15 de julio de 1954, denominada de Viviendas de Renta Limitada.

Considerando: Que dicha base o premisa ha sido fundamental para la solución de este recurso, porque lo cierto es que el acuerdo municipal de 24 de septiembre de 1964, no fue impugnado por los futuros constructores y ello implica un soporte jurídico firme contra el que no puede irse en estas actuaciones jurisdiccionales, ya que además de constituir un hecho reconocido por los demandantes que tiene la categoría procesal de hecho probado, ha sido notificado debidamente a los mismos en la forma prevista en el párrafo 3 del artículo 311 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, toda vez que el transcurso de los seis meses, desde que se dictó y acudieron los interesados al Tribunal económico-administrativo provincial de Murcia en 1966, sin que interesaran que se practicara una nueva notificación en forma, convalida y obliga a tener por correcta la noticia o conocimiento que tuvieron los interesados de la referida nota puesta al margen de la escritura de compraventa de los terrenos en cuestión y sobre la que se practicó —insistimos una vez más— la liquidación que se recurre.

Considerando: Que con ello queda igualmente desplazado el problema que se plantea de la incorrecta aplicación del artículo 521 de la Ley de régimen local por el Ayuntamiento de Murcia, siendo así que lo procedente es conceder esta bonificación por los preceptos reglamentarios del Reglamento de 24 de junio de 1955, que desarrolla los de la Ley de 15 de julio del año anterior, problema este de escasa consistencia jurídica en cuanto a la solución que para él propugnan los apelantes, puesto que, aparte de que nunca una disposición reglamentaria podría derogar una norma de rango legal, ni posterior ni anterior a ella, es lo cierto que el criterio de esta Sala reflejado en dos sentencias de

indudable analogía con el supuesto de autos, la de 17 de mayo de 1963 y la de 16 de febrero de 1967, establecen de consumo la indudable vigencia del artículo 521 de la Ley de régimen local para alcanzar los beneficios o bonificaciones fiscales del Arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos, respetando y manteniendo el plazo de los seis meses que dicho precepto establece para no frustrar los fines sociales del legislador en una materia de indiscutible matiz proteccionista dejar a la omnimoda voluntad de los particulares el comienzo o iniciación de las viviendas que se protegen y amparan con una actividad administrativa de fomento que ha de dispensarse muy escrupulosamente y minuciosamente.

Considerando: Que, por otra parte, la injustificada inactividad de los recurrentes desde la fecha de adquisición del terreno a edificar hasta que en 12 de julio de 1965 instaron la construcción de 130 viviendas, no puede abonar la existencia de un criterio favorable a la bonificación que se solicita, cuando el Ayuntamiento de Murcia concedió un plazo de seis meses que acertada o desafortunadamente no se utilizó ni se impugnó si se estimó en principio improcedente e insuficiente.

Considerando: Que lo propio se advierte, según recoge la sentencia apelada, de las pruebas practicadas en Primera Instancia, la reducción de superficie del terreno en cuanto a la construcción en solo parte de él de las viviendas calificadas, lo cual nos llevaría a la conclusión de que todo el terreno no merecería la bonificación, sino a lo sumo parte del mismo.

Considerando: Que por todas estas razones se hace obligado confirmar íntegramente la sentencia apelada y desestimar este recurso de apelación que carece de base y fundamento para revocar la resolución recurrida, si bien ello no implique la necesidad procesal de un pronunciamiento expreso sobre costas».

III. CRÍTICA.

1. *El texto refundido de la Ley de régimen local de 1955.*

La previsión del texto articulado de la Ley de régimen local de revisarse cada cinco años, obedecía a una técnica legislativa irreproachable: evitar que ante las derogaciones y modificaciones parciales que se fueran produciendo, el texto articulado se convirtiese en letra muerta. La revisión permitía una actualización del texto articulado, que mantendría su vigencia, con las modificaciones o derogaciones que se fueran produciendo.

Ahora bien, la única revisión que se llevó a cabo tuvo lugar al vencer el primer período de cinco años. Y su alcance no pudo ser más limitado: en lugar de recoger cuantas modificaciones se habían producido durante este plazo, únicamente reflejó en el texto las modificaciones introducidas por la Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre Haciendas Locales. El Decreto de 24 de junio de 1955 «aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de bases de régimen local, de 17 de julio de 1945, y 3 de diciembre de 1953».

Al abordarse tan defectuosamente el tema de la refundición, se han planteado no pocos problemas interpretativos. Pues, ante esa multitud de normas modificativas de la Ley de régimen local, promulgadas entre 1950 y 1955, no recogidas en el texto refundido de 1955, cabe preguntarse: ¿están o no vigentes?

La trascendencia del problema queda de manifiesto con sólo pensar en la importancia de las normas promulgadas en aquel plazo (v. gr., Ley de expropia-

ción forzosa, con la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración) (1).

Precisamente por las trascendentales innovaciones producidas en nuestro Ordenamiento jurídico-administrativo durante aquellos años y posteriormente (pensemos, a título de ejemplo, en la LJ de 1956 y en la LPA de 1958), se imponía, por un lado, mayor cuidado en la revisión llevada a cabo en 1955; por otro, haberse abordado en los momentos previstos ulteriores revisiones (2).

2. Los preceptos sobre Arbitrio de Plus Valía de la legislación sobre viviendas de protección estatal.

Por lo que se acaba de exponer acerca del limitado alcance que, deliberadamente, dio a la refundición de la Ley de régimen local de 1955 el propio Gobierno, parece incuestionable que en modo alguno podía afectar a la normativa contenida en la legislación sobre viviendas de protección estatal.

No puede afirmarse que el texto refundido de 1955 derogaba o modificaba lo dispuesto en la Ley de 15 de julio de 1954, que, a su vez, se remitía en cuanto a tramitación a lo que dispusiera el Reglamento dictado en ejecución de la misma.

En todo caso, el artículo 521 de la Ley de régimen local, únicamente podía aplicarse a las viviendas protegidas. Y así se ha interpretado por los Ayuntamientos, que, al redactar sus Ordenanzas, se han enfrentado con el distinto régimen aplicable a diversos tipos de vivienda.

Así, por ejemplo, en las Ordenanzas del Ayuntamiento de Barcelona reguladoras del Arbitrio, en su artículo 34, se refiere a las viviendas protegidas en términos análogos a lo dispuesto en el artículo 521 de la Ley de régimen local. Y, después, en su artículo 35, dispone: «Las bonificaciones establecidas por la Ley de 25 de noviembre de 1944, Decretos-Leyes de 19 de noviembre de 1948 y 27 de noviembre de 1953, sobre viviendas bonificables, y Ley de 15 de julio de 1954, sobre viviendas de renta limitada, por lo que respecta al arbitrio de plus valía, se concederán por acuerdo de la Comisión Municipal ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en los expresados textos legales y sus disposiciones complementarias.»

En análogo sentido, el Ayuntamiento de Bilbao, en su artículo 39, párrafo último, dispone: «Cuando se trate de viviendas de renta limitada se presentará el contrato de adquisición en el Negociado 2º de la Sección de Hacienda, donde se aplicará la bonificación con carácter provisional, consignándose por nota en el expediente y documentos; y dentro del plazo de un mes, desde la fecha de la calificación definitiva de las viviendas, el propietario vendrá obligado a presentar de nuevo el contrato en aquel Negociado y a justificar mediante certificación del Ministerio de la Vivienda (Dirección General de la Vivienda) el otorgamiento de aquella calificación, a fin de que la exención provisionalmente declarada se eleve a definitiva.»

J. G. P.

(1) Planteado el problema, la doctrina no dudó en considerar vigente la Ley de expropiación forzosa. Así, ROYO-VILLANOVA (S) *La responsabilidad de la Administración Pública*, RAP, núm. 19, pág. 13. GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, pág. 561.

(2) Por nuestra parte, así lo defendimos en *La reforma administrativa en el régimen local*, en *Problemas políticos de la Vida Local*, I, Madrid, 1961, págs. 127 y sigs., y en *Sistema de recursos y autonomía local*, en *Problemas Políticos de la Vida Local*, III, Madrid, 1963, págs. 50-51.