

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.ª JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO,
RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO,
JOSÉ CERDÁ GIMENO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI.

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

*DOBLE VENTA. COMPRADOR, CARENTE DE BUENA FE, QUE INSCRIBIO
EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1969).*

Don A. C. R. expuso en su demanda:

Primero.—Que mediante documento privado formalizado en Madrid, el 7 de octubre de 1958, actuando como vendedor don M. C. L. y como comprador el actor, se había convenido la compraventa de una vivienda y local de negocio, expresando el vendedor que era dueño de una casa destinada a vivienda y local de negocio, en el barrio de Vallecas, calle de la Bellota, 23, edificada a sus expensas sobre una parcela de su propiedad adquirida a don J. R. y pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad, finca de la que vendía al actor un local destinado a negocio, con fachada a dicha calle y a la de Pico de Albarán; dicho local estaba destinado a ultramarinos, y la licencia de apertura, así como la contribución, figuraba a nombre del vendedor; que, unida a dicho local, existía una vivienda con puerta al establecimiento; que el precio era el de 200.000 pesetas estando incluido el negocio industrial, y se convino el pago de 20.000 pesetas a la firma del documento, 105.000 en 10 de noviembre de 1958, y las 75.000 restantes en 10 de noviembre de 1959; que si el comprador pagaba, durante el año 1958, 25.000 pesetas, tendría hasta el 31 de diciembre de 1959 para el pago de las restantes 50.000 pesetas, sin interés alguno; que el vendedor otorgó carta de pago de las 20.000 pesetas a cuenta del precio, y se convino que el actor se haría cargo del comercio y de la vivienda cuando abonara las 105.000 pesetas, y se obligó el señor C. a otorgar la escritura ante Notario mediante la entrega del total precio, haciéndose constar que

el comprador reconocía la situación a efectos urbanísticos, y renunciaba a toda indemnización, en caso de ocupación de la finca, con reserva de lo que como dueño le correspondiera. *Segundo:* Que el actor hizo efectivas las 105.000 pesetas, tomó posesión de los locales y, posteriormente, entregó al vendedor 4.500 pesetas, como intereses de las 75.000 pesetas restantes. *Tercero:* Que, posteriormente, en ejercicio de sus facultades dominicales, el actor había arrendado la finca y local, según contrato que acompañaba, que, asimismo, se había dado la publicidad que exigía la Ley a dicho traspaso, como acreditaba, que, posteriormente, se había arrendado el local de negocio, como acreditaba con el documento que acompañaba. *Cuarto:* Que no había habido ninguna incidencia ni dificultad en relación con el contrato referido, por lo que había sorprendido al actor la notificación notarial a instancia de don J. C. L., requiriéndole para el reconocimiento de la deuda de 75.000 pesetas e intereses, el vencimiento del tercer plazo y el pago de la deuda, de cuyo requerimiento se deducía que, si bien resultó posteriormente ser el dueño de la finca don J. C. L., al recibirse la noticia no era conocido como titular del derecho, ya que el único y verdadero propietario fue don M. C. L., por lo que el actor no había contestado al requerimiento. *Quinto:* Que no obstante la confusa situación creada por los demandados, don J. C. L., mediante escritura de 15 de noviembre de 1962, vendió al también demandado, señor G. G., la finca que se describía en la misma, pero hacía constar que figuraba como parcela de terreno, sin hacer mención de que se encontraba edificada, omitiéndose la existencia de la vivienda y el local de negocio, y haciéndose constar que el precio era de 15.000 pesetas, recibidas con anterioridad, cuando el inmueble en la realidad tenía un valor de 200.000 pesetas. *Sexto:* Que considerando fraudulenta la actuación de los señores C., el actor formuló querella, que fue resuelta en el sentido de que no existía delito por parte de dichos señores. *Séptimo:* Que en las actuaciones seguidas en dicha querella se había evidenciado la conducta maliciosa de los señores C., que habían provocado intencionadamente una confusa situación en relación con la compraventa realizada y con el inmueble objeto de autos. *Octavo:* Que por razones de necesidad impuesta para el mantenimiento del derecho que asistía al actor, y como imperativo de seguridad jurídica determinante de la precisión de impedir que una nueva transmisión de la finca, con la consiguiente inscripción registral, situase en un plano de tercero registral al adquirente y provocase la esterilidad práctica de la acción que ejercitaba, formulaba la presente demanda, omitiendo la observancia del requisito del acto de conciliación que pudiera poner sobre aviso a los demandados, y solicitaba la anotación preventiva de la demanda. Alegó los fundamentos legales que estimó pertinentes, y terminó suplicando que se dictase sentencia, declarando: *Primero:* Nula y sin ningún valor ni eficacia la escritura pública de compraventa formalizada en 15 de noviembre de 1962, entre don J. C. L. y el demandado, en relación con la parcela de terreno objeto de autos. *Segundo:* Declarar nula y sin ningún valor la inscripción causada por la referida escritura pública en el Registro de la Propiedad, ordenando su cancelación. *Tercero:* Declarar válido y eficaz a todos los efectos el contrato de compraventa formalizado el 7 de octubre de 1958, entre don M. C. L. y el actor, en relación a una vivienda y local de negocio, sito en la casa número 23 de la calle de la Bellota, Barrio de Vallecas, de Madrid. *Cuarto:* Condenar al demandado don M. C. L., como vendedor en dicho documento, a recibir las 75.000 pesetas de precio aplazado, e intereses devengados por tal cantidad, desde 1 de enero de 1960, al tipo del 6 por 100 convenido entre ambos, y a don J. C. L., como titular registral del dominio de la finca re-

ferida, a otorgar a favor del actor, escritura pública de compraventa de la vivienda y local de negocio que fue objeto de la enajenación convenida en el documento privado de compraventa, previa segregación de la finca en que la misma se encuentra enclavada, y previa declaración de obra nueva, todo ello en forma adecuada y suficiente para que pueda causar inscripción registral, como unidad hipotecaria independiente, a favor del adquirente. Quinto: Condenar a todos los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones. Sexto: Condenar a los demandados a abonar al actor, en obligación solidaria, los daños y perjuicios que se le han ocasionado con su conducta al formalizar la segunda transmisión del inmueble, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia. Séptimo: Condenar a los demandados al pago de las costas causadas por el presente procedimiento. Por otrosí solicitó la anotación preventiva de la demanda, y suplicó que por el Juzgado se acordase la misma, a cuyo efecto se dirigiera mandamiento al Registrador de la Propiedad correspondiente.

Compareció solamente el demandado don J. G. G., que se opuso a la demanda. Alegó:

Primero.—Que don M. C. L. había vendido la finca de objeto de autos al actor, sin ser dueño de la misma, por lo que interpuso la correspondiente querella; que era nulo el contrato de 7 de octubre de 1958 y falsa la afirmación de que don M. C. era dueño de la finca, así como que estuviera pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad, porque dicha parcela, perteneciente a don J. R. y otra colindante, ni en 1958, ni con posterioridad, fue de la propiedad del vendedor, y dicha circunstancia, conocida por el actor, había motivado la querella, que en 7 de octubre de 1958, la parcela, que pertenecía a don J. R., y en la que se encontraban más de 10 viviendas independientes; que en 7 de julio de 1961, y mediante escritura pública que causó la correspondiente inscripción, se había adquirido dicha finca por don J. C. L., y el dueño era dicho señor. *Segundo:* Que desconocía lo manifestado por el actor en el correlativo, sobre entrega de determinadas cantidades a don M. C., y rechazaba que, en virtud de documento falso, pudiera tomar posesión de la vivienda y local de negocio que constituía el objeto de dicha compraventa, ya que el vendedor no había sido, ni era, dueño de la finca objeto de la misma. *Tercero:* Que rechaza el correlativo, ya que el contrato, a que se hacía referencia de adverso, era nulo, ya que no podía transmitir facultad dominical alguna don M. C., por no haber sido nunca dueño de la finca; que el demandado había demandado de conciliación a los subarrendatarios de la finca objeto de autos, como acreditaba con la certificación que acompañaba. *Cuarto:* Que rechazaba las manifestaciones contenidas en el correlativo, ya que las mismas se referían a un contrato inexistente, por nulo, así como las referencias a la querella interpuesta. *Quinto:* Que aun cuando fuera real la venta hecha por don M. C., al no ser dueño de la finca vendida, la misma era nula y, en todo caso, ello era una cuestión ajena al demandado señor G. G. *Sexto:* Que la querella promovida por el actor, en relación a la falsa venta, no evidenciaba más que dicho señor fue objeto de engaño por parte de don M. C., pero todo ello era ajeno al demandado. *Séptimo:* Que rechazaba las manifestaciones del actor, en relación con que la conducta maliciosa de los demandados se había puesto de manifiesto en las actuaciones seguidas en la querella instada por el mismo.

El Juzgado dictó sentencia, por la que, estimando en parte la demanda, declaró sin ningún valor ni eficacia la escritura pública de compraventa for-

malizada el 15 de noviembre de 1962, ante Notario, entre don J. C. L. y don J. G. G., relativo a una parcela de terreno, señalada con el número 9, 1.779 de su protocolo; asimismo, declaró nula y sin ningún valor la inscripción causada por la referida escritura pública en el Registro de la Propiedad número 8 de Madrid, y acordó su cancelación; declaró válido y eficaz a todos los efectos el contrato suscrito en documento privado el 7 de octubre de 1958, entre don M. C. L. y don A. C. R., relativo a la vivienda y local de negocio de la casa número 23 de la calle de la Bellota, del Barrio de Vallecas, de Madrid, y condenó al demandado don M. C. L., a recibir las 75.000 pesetas del resto del precio y los intereses de tal cantidad al 6 por 100 desde 1 de enero de 1960; asimismo, condenó a don J. C. L. a entregar a favor de don A. C. R. escritura pública de compraventa de la vivienda y local de negocio que fue objeto del contrato privado, previa segregación de la finca en que la misma se encuentre enclavada, y también la previa declaración de obra nueva, todo en forma adecuada y suficiente para que pueda causar inscripción registral como unidad registral hipotecaria independiente a favor de don A. C. R., condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores, declaraciones, y absolviéndoles del resto de la demanda.

Fue confirmada íntegramente en apelación.

El recurso de Casación no prosperó.

Considerando: Que todo el problema discutido a lo largo del pleito que dio origen al presente recurso de casación no es otro sino el consiguiente a una doble operación de venta de un mismo inmueble, llevada a cabo la primera en documento privado en favor de quien ahora aparece como recurrido, que entró en la efectiva posesión de la finca vendida; mientras que la segunda se verificó en escritura pública, figurando como comprador el causante de quien actualmente recurre, que inscribió en el Registro de la Propiedad, pretendiendo una titularidad jurídica preferente que los juzgadores de instancia han negado, porque carecía del requisito de la buena fe indispensable en cualquiera de los supuestos que contempla el artículo 1.473 del Código civil, incluso en el de su párrafo 2.º, aunque expresamente no lo diga, por imperativos de una interpretación racional y sistemática del precepto, en armonía precisamente con el significado y alcance del Registro de la Propiedad en nuestro Ordenamiento, en especial por el principio de la fe pública y consiguiente legitimación registral que del mismo se deduce, a la manera que aclaró siempre la doctrina, tanto la científica como la jurisprudencial, contenida esta última entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1928, 11 de febrero de 1946, 17 de noviembre de 1959 y 30 de enero de 1960; declaración ésta del Tribunal *a quo*, que se combate en el motivo 1.º del recurso, por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley procesal, donde se alega error de derecho en la apreciación probatoria con pretendida violación del artículo 1.235 del Código civil, relativo a la prueba de confesión judicial, 'diciendo el legislador que «debe hacerse ante el Juez competente bajo juramento y hallándose personado en autos a quién ha de aprovechar», normas y pautas que, sin embargo, son inaplicables en este caso justamente, porque no fue practicada dicha prueba, como tal demuestra el propio recurrente, al alegar que quien debió prestarla había fallecido antes del oportuno momento procesal, ya que lo único que hace el Juzgado de instancias es tratar de formar su propia convicción, al modo que le permite el legislador en esta materia de la buena fe, utilizando cuantos medios pueda tener a su alcance, para concluir que en la segunda venta no existió, como se evidencia con la declaración de uno de los vendedores que puso de manifiesto la anterior operación de

venta al nuevo comprador, como éste mismo reconoció en su sumario incoado, a instancia del primero de los compradores, reconocimiento que fue debidamente testimoniado en estas actuaciones, sin que se pretenda que valga como auténtica confesión judicial, pero que es suficiente a los expresados fines de formación de aquella convicción, contraria a la genérica presunción de buena fe, todo lo cual está evidenciando la sinrazón del alegato y conduce al perecimiento de este motivo.

Considerando: Que el perecimiento de que se acaba de hacer mención, implica también el del segundo y último de los motivos articulados, donde lo único que se pretende es obtener la consecuencia jurídica de lo denunciado en torno a la prueba en el primero, según afirmación del mismo recurrente en su escrito de formalización, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, por entender que medió violación del párrafo 2.º de dicho precepto, porque si no se logró desvirtuar la calificación de mala fe referente a la actuación del segundo de los compradores, cuya causahabiente es quien ahora recurre, no se podrá nunca estar en condiciones jurídicas de alegar en su favor una mejor titularidad jurídica frente a la del que primero compró y adquirió la posesión real de la finca vendida, aunque por hacerlo, a través de simple escritura privada, no hubiese podido inscribir en el Registro de la Propiedad, desestimación particularizada que conduce a la del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DOBLE INSCRIPCION. DEBE RESOLVERSE LA PUGNA POR NORMAS ETRICTAMENTE CIVILES. PRINCIPIOS DE PRECLUSION (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1969).

Los antecedentes de la litis están claramente resumidos en los Considerandos 2.º a 4.º Se transcriben todos a continuación.

Considerando: Que para resolver adecuadamente el presente recurso, se hace preciso examinar, en primer lugar, las pretensiones de la parte actora; en segundo término, la oposición de los demandados, y, por último, las afirmaciones fácticas y las apreciaciones jurídicas que sirven de base a la sentencia de instancia para construir la tesis estimatoria de la demanda; siendo también aconsejable alterar el estudio de los dos motivos del recurso, comenzando por el segundo, que pretende demostrar que la entidad actora no tiene el concepto de tercero hipotecarlo, que la sentencia le reconoce, para pasar después al primer motivo, en el que se parte de ese supuesto—como si ya estuviera probado—, y se razona que, por ostentar el carácter de tercero hipotecario solamente, la «Comercial Agrícola, S. A.», debía otorgársele la protección registral que el artículo 38, párrafo 1.º, dispensa a quien ostenta ese carácter.

Considerando: Que las pretensiones que se ejercitaban por la entidad demandante, en el pleito de que dimana el presente recurso, se reducían a que se declare: Primero: Que dicha entidad es propletaría de la finca «Monte Pinar», descrita en el hecho tercero de la demanda, y titular de su dominio inscrito. Segundo: Que los parajes que se describen en dicha demanda, y en la réplica, forman parte de la aludida finca, y, por tanto, que la «Unión Resinera Española, S. A.», es propletaría de los mismos y titular de su dominio inscrito. Tercero: Que en caso de que la titularidad registral de ellos apareciese, asimismo, atri-

buida por la inscripción 2.^a de la finca número 4321, denominada «Sierra de Jatar», que se describe en el hecho 5.º de la referida demanda, a favor de la «Comercial Agrícola, S. A.», sobre esta inscripción debe prevalecer la otra, decretándose su nulidad y ordenándose su cancelación. Cuarto: Que para el caso de que no se reconociese esta prevalencia, o no pudiera determinarse cuál de las dos inscripciones debe prevalecer, se declare la adquisición del dominio de las parcelas litigiosas en favor de «Unión Resinera Española, S. A.», en virtud de la prescripción adquisitiva de más de cincuenta años de posesión. Quinto: Que, en consecuencia de esto último, se acuerde la nulidad de la inscripción 2.^a de la finca número 4325, en cuanto contradice el dominio de la «Unión Resinera Española, S. A.», sobre los parajes aludidos y se ordena la cancelación de la misma, y, por último, solicitaba que se condenase a los demandados a que hicieran entrega de dicho paraje.

Considerando: Que, frente a estas pretensiones de la actora, los demandados transmitentes de la finca «Sierra de Jatar», opusieron que ellos ya la habían transmitido, y los otros demandados, don F. S. B. y «Agrícola Comercial, S. A.», y el sucesor de ésta, don M. M. A. sostuvieron: a) que no se estaba ante una doble inmatriculación, ni podía hablarse de prevalencia de una inscripción sobre otra, sino que se trataba de unos terrenos que eran de esta última entidad, como comprendidos en la finca «Sierra de Jatar», no incluidos en la finca «Monte Pinar», y que nunca fueron poseídos por la «Unión Resinera Española, S. A.», y si por el Ayuntamiento de Alhama de Granada y Jatar; y b) que la demandante no había podido adquirir por prescripción los parajes litigiosos, pues nunca los había poseído o titulado su dueño: terminado, dicha Sociedad demandada, con la súplica de que se declarase que los parajes reivindicados de contrario han pertenecido y pertenecen a la finca «Sierra de Jatar», desestimando la demanda.

Considerando: Que la sentencia impugnada, en vista de esas opuestas pretensiones y de la prueba practicada en apoyo de las mismas, entiende que el primer problema que tiene que resolver es el referente a si los parajes objeto de litis, sobre los que versan las acciones ejercitadas, están incluidos en las inscripciones registrales y títulos de las partes contendientes, y estima que, si bien no ha ofrecido duda la inclusión de la finca «Agrícola Comercial, S. A.», si la ha habido en cuanto a que lo estuvieran también en la finca de la actora, aunque termina por reconocer «que tales parajes se encuentran dentro de la linde del «Monte Pinar»..., inscritos en el Registro de la Propiedad, también a nombre de la Sociedad actora», y, por tanto, «que existe una doble inmatriculación de los parajes de litis», por lo que, «como los dos asientos registrales en pugna, conceden a sus titulares la condición de terceros protegidos, ya que en ambos se reúnen los requisitos que para ello señala el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, los efectos especiales de tal protección han de quedar anulados, y debe dejarse margen a la legislación civil pura, con eliminación de la hipotecaria.

Considerando: Que dicha sentencia, resolviendo el litigio con arreglo a las normas de Derecho civil, proclama que la «Unión Resinera Española, S. A.», puede demostrar título legítimo de dominio y la prescripción adquisitiva de la propiedad de los parajes discutidos, pues ha probado: a) que adquirió a don B. B. B. la finca «Monte Pinar», en escritura pública otorgada el 20 de mayo de 1951, y que este mismo señor y familia retuvieron en su poder la finca «Sierra de Jatar» hasta el 31 de agosto de 1944, en que la vendieron a don A. M. M.; b) que la «Unión Resinera Española, S. A.», comenzó los trabajos de resinación en los parajes que reivindica, en los años 1904 y 1910;

c) que resulta evidente que la entidad demandante ejercitó actos indubitados de posesión sobre dichos parajes en los años que siguieron a la venta, actos que no fueron obstaculizados por el señor B., del que se induce que éste tuvo intención de entregar, y entregó los lugares discutidos, a «Unión Resinera Española, S. A.»; d) que ésta, al tener título, cual fue la escritura de compraventa y el contrato en ella comprendido, tuvo el título y el modo; y e) que, aun cuando así no se considerase, dicha Sociedad ha poseído los parajes litigiosos durante cincuenta años, y que tal posesión ha sido pública y pacífica, pues no fue inquietada en su posesión hasta el año 1954, y, además, se ejercitó de buena fe, dado que tenía justo título que lo amparaba en su posesión.

Considerando: Que sentadas tales afirmaciones fácticas, y no combatidas en el recurso por adecuada vía, éste no puede prosperar, salvo que se demuestre que las normas aplicadas no son las que corresponden a esos supuestos de hecho que tales normas contemplan.

Considerando: Que en el motivo segundo—que es el primero que debe ser examinado, por constituir soporte necesario del otro que se formula—se alega que se infringe, por interpretación errónea, el artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, declarado aplicable por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al reputar como tercero a «Unión Resinera Española, S. A.», sosteniéndose, en dicho motivo, que la inscripción que protege a tal entidad, por haber sido practicada fuera del plazo que aquellas Leyes señalan, no podía perjudicar a quien como «Agrícola Comercial, S. A.», tenía el carácter de tercero hipotecario.

Considerando: Que como semejantes alegaciones no se esgrimieron en los escritos de contestación y de súplica, es evidente que, de conformidad al principio de preclusión que informa nuestro Ordenamiento procesal, no pueden ser tenidas en cuenta, sin que su posterior y extemporánea invocación en el acto de la vista de la segunda instancia, ni su innecesario examen por la Audiencia, tengan virtualidad para despojarles de su cualidad de cuestiones nuevas que no pueden ser decididas en la casación; ello parte de que, ni las reinscripciones practicadas fuera de plazo, tienen esos limitados efectos que la recurrente quiere achacarles, ni le hace perder el carácter de tercero hipotecario a la entidad demandante, mientras no se demuestre, por adecuada vía, que son inexactos los hechos que la sentencia toma como base para atribuirles tal condición.

Considerando: Que al no poder prosperar el motivo segundo, tiene también que perecer el primero, que sostiene que la sentencia recurrida comete la violación del párrafo inicial del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al negar a «Agrícola Comercial, S. A.», de su condición de tercero hipotecario y despojarle de los derechos que adquirió, según el Registro, en virtud de causas que en él no constaban; y tiene que perecer también, porque no es exacto que se le haya negado su condición de tercero, ya que lo real y cierto es que tal condición se les reconoce a las dos entidades litigantes, negándoles la protección registral a ambas por ser sus inscripciones contrarias entre sí, en cuanto a los parajes litigiosos, que aparecen comprendidos en una y otra.

Considerando: Que, en último término, la solución adoptada por la sentencia que se combate es correcta, porque, si bien con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Hipotecaria antes de su última reforma, en el supuesto de dos inscripciones contradictorias de dominio, debía prevalecer la más antigua, y así lo habían proclamado las sentencias de 12 de mayo de 1871 y 13 de enero de 1916, ahora, después de tal reforma, y con sujeción a lo que

se previene en el artículo 313 del Reglamento, no puede seguirse ese criterio, sino que el órgano jurisdiccional, ante la contradicción que el Registro ofrezca, tiene que considerar inoperantes las normas hipotecarias, y debe resolver la cuestión por las normas estrictamente civiles, como ya han declarado las sentencias de esta Sala, de 20 de abril de 1950, 18 de mayo de 1953 y 10 de enero de 1962.

La doble inscripción, como es sabido, es uno de los fallos de la institución registral. Mientras llega el remedio para evitlarla, consolémonos (aunque sea el clásico consuelo del refrán) pensando que, como dice LACRUZ, se produce en todos los sistemas, según lo demuestran la jurisprudencia alemana y suiza.

La legislación española nada dice acerca de cuál es el asiento que debe prevalecer en el supuesto de doble inmatriculación; es decir, acerca de cuál es el folio digno de protección o «folio legítimo» y cuál el «pseudofolio» en terminología de RAMDHOR. Sólo tenemos el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, que regula un medio para advertir, para publicar la doble inscripción, no para resolver el problema.

La Jurisprudencia ha tenido que ir llenando esta laguna. La sentencia que estudiamos sienta claramente el criterio de que han de prevalecer las normas de Derecho civil puro. Esto significa, comenta Roca, que la fe pública registral queda neutralizada. Las normas hipotecarias se inhiben. El problema planteado ha de resolverse conforme al Derecho civil.

En definitiva, este criterio de inhibición de las normas hipotecarias es el que preconizan la mayoría de los autores: WOLFF (en aquello que las inscripciones se contradigan, nadie puede invocar para sí la que le favorezca), WIELAND (la fe pública actúa por igual respecto de cada hoja, pero las inscripciones contradictorias se excluyen).

Del examen de la Jurisprudencia llega Roca a la conclusión de que la regla general es la referida de aplicación de las normas del Derecho civil; pero que en ciertos casos, en que la doble inmatriculación está lograda con facilidad o concurriendo circunstancias especiales que atribuyan débil consistencia a la ulterior inmatriculación, procede aplicar el criterio de la prevalencia de la hoja registral de finca, cuya inmatriculación sea más antigua, por ser la primera que acudió al Registro.

Aprovechamos la ocasión para insistir en la necesidad de armonizar un buen Catastro con el Registro, único medio de evitar, en lo posible, las dobles inmatriculaciones. No se deben regatear esfuerzos ni sacrificios de ninguna clase para lograrlo. Los frutos los compensarían con creces.

**APLICACION DE LOS ARTICULOS 1.º 9.º Y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA
Y DE LOS ARTICULOS 348 Y 353 DEL CODIGO CIVIL. DOBLE INSCRIPCION (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1969).**

El demandante M. F. C. expuso, en síntesis: Que era propietaria de la casa que describía. La pared medianera, en la fachada principal, separa la casa dicha del demandante de la de doña M. M. V. de forma tal, que corresponde a la primera tres de los huecos de tal fachada y los dos restantes a la casa de la segunda. Que el piso ático de la casa, propiedad de doña M. F. V., se halla arrendado desde hace años al también demandado don

B, quien, con conocimiento de la citada señora, ha construido en la terraza de dicho ático clandestinamente, y sin autorización del Ayuntamiento, una habitación suplementaria, ocupando aproximadamente la mitad de la parte de tal terraza correspondiente a la cubierta de la habitación, cuya ventana cae encima del portal de entrada de ambas casas. Que al construir la habitación a que se refiere el anterior, se realizaron en la cubierta y terraza de la casa de doña M. F. V. distintos acondicionamientos para el desagüe de las aguas pluviales que, por consecuencia de los mismos, vierten desde entonces indebidamente en la finca de don M. F. C., produciendo filtraciones, humedades y goteras en los pisos de ésta; que tal situación hubiera podido remediarse con un gasto mínimo; pero a pesar de ello, la señora F. se negó a la realización de dichas obras. Que la abusiva edificación en la parte de la terraza del ático de la casa de don M. F. C., de la habitación suplementaria de la misma planta de la casa de doña M. F. V., ocupada por don B., impidió, además, que por el demandante se pudiese elevar otra planta a su propiedad y acondicionar debidamente la del referido ático, causándole con ello graves perjuicios. Que también doña M. F. C. se ha apoderado del local, que ha cerrado con un tabique de madera y tiene cedido en arrendamiento, y que está sito bajo el piso del portal y escalera común, entre la pared de la izquierda entrando de la caja de ésta, que es la divisoria entre ambas propiedades, y la escalera de bajada al sótano. Terminó suplicando se dictara sentencia, declarando que la parte de la terraza del ático de la casa descrita, correspondiente a la izquierda, entrando, delimitada por la pared divisoria o medianera, sobre la que hay construida parte de la habitación suplementaria del piso ático de la casa propiedad de doña M. F. V., así como el local del sótano emplazado bajo el portal y escalera, pertenecen en propiedad por estar enclavadas dentro de sus límites, al demandante, condenándose a ambos demandados a entregar, sin indemnización alguna, al demandante, la aludida parte de la terraza del ático, y a doña M. F. V., además, a entregar, asimismo, al actor el local del sótano descrito, y a ambos a que se abstengan de todo acto perturbador del derecho dominical de don M. F. C., imponiéndoles, además, las costas.

La demandada, doña M. F., se opuso a la demanda y formuló reconvencción. La sentencia de 1ª instancia desestimó la demanda y la reconvencción, y fue confirmada por la Audiencia. El Tribunal Supremo no accedió a la Casación.

Considerando: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la inaplicación en la sentencia recurrida del artículo 1.º, en su párrafo 3.º, del 38 y del número 1.º del 9.º, todos de la vigente Ley Hipotecaria, basándose para ello en que tiene inscrita su parte de finca en el Registro de la Propiedad, sin carga, ni limitación alguna, y como a ella pertenecen las dos habitaciones sitas, respectivamente, en el centro de los pisos 1.º y 2.º de la casa, que se introducen en la otra mitad del inmueble, le pertenece todo lo que está sobre y bajo ellas y, en consecuencia, más de la mitad del ático y del sótano en que ha construido la recurrida, pidiendo su demolición; y habida cuenta que del estudio de lo actuado se desprende que, al fallecimiento de la propleitaria de la casa en cuestión, se dividió ésta verticalmente en dos partes, correspondiendo a cada una de ellas la mitad, señalándola en la escritura particional una misma extensión e iguales características en todas sus plantas, si bien como de hacerse perfecta resultarían partida una habitación del piso 1.º y otra del 2.º situada sobre la anterior, que quedarían excesivamente reducidas, los herederos convinieron en adjudicar tales habitaciones a una de las partes, que

es la que hoy pertenece al recurrente y manteniendo la división normal en las otras plantas, sin dejar constancia de ello en el cuaderno particional y, consecuentemente, tampoco en las inscripciones registrales que la división produjo: es evidente que la inscripción registral que ampara al recurrente sólo protege la mitad de la finca y no el pequeño enclave en la otra mitad, y no se ha cometido la inaplicación de los preceptos aducidos y no puede prosperar el motivo, máxime que a lo sumo, y como la otra mitad de casa también está inscrita con toda la extensión y sin carga ni limitación alguna, respondiendo exactamente a la escritura de división, se contemplaría un caso de doble inscripción del trozo de referencia, que habría de resolverse, como se ha en la sentencia impugnada, conforme a los títulos civiles de los interesados.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina perecen los motivos 2.º y 3.º del recurso, por el mismo cauce procesal que el anterior, y en que se alega la inaplicación en la resolución impugnada de los artículos 350 y 348 del Código civil, respectivamente, ya que si la casa se dividió originariamente en dos partes iguales, según la escritura de protocolización de las operaciones particionales de la herencia, aunque después, y por razones prácticas, se incluye en una de ellas una parte de dos habitaciones de la otra por no resultar partibles, con perfecta conformidad de los herederos adquirentes; ello no puede significar que la concesión del enclave, en dos pisos, supusiera esa misma concesión en las restantes plantas del edificio, que incluso llevaría a la propiedad exclusiva del portal y de escalera, únicos que tiene la finca y de uso común, a favor de uno de los propietarios, al estar colocados debajo de las habitaciones de referencia.

Considerando: Que, por último, se articula un cuarto motivo, sustentado en el número 7.º de tan repetido artículo 1.692, alegando error de hecho en la apreciación de las pruebas por la sentencia recurrida, señalando como documento auténtico que lo acredite el cuaderno particional de la herencia de que se viene haciendo referencia, para deducir que, como en la descripción de las dos mitades de la casa, se reseña primero la que hoy es propiedad del demandante recurrente, y en la siguiente se limita a decir que «el resto», o sea, lo que queda una vez segregado el otro lote, debe comprenderse la cabida del trozo de habitación enclavada a su favor en las restantes plantas y, por ende, en su prolongación, tanto hacia el cielo como hacia el fondo de la tierra; y habida cuenta que, como queda expuesto, la casa se dividió en dos partes iguales, y únicamente para resolver el problema de división de dos habitaciones prácticamente indivisibles, se adjudicaron a la parte que hoy pertenece al recurrente; es visto que el haber logrado tal beneficio no le autoriza a extenderlo a las restantes plantas, y perece el motivo y con él el recurso en su totalidad.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA. «La acción para pedir la nulidad de un contrato tiene que dirigirse necesariamente contra todas aquellas personas a cuyo derecho atañe. Nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio» (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE JUNIO DE 1968)

Antecedentes.—La Comunidad de Vecinos de un Municipio formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia, demanda de mayor cuantía contra el Estado y el Ayuntamiento, sobre acción reivindicatoria, basándola en que dicha Comunidad es titular y poseedora por compra inscrita de determinado monte que, por haber sido incluido en el Inventario de Bienes del Ayuntamiento, éste lo ofreció al Patrimonio Forestal del Estado, que realizó en él obras de repoblación forestal, siendo incluido en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública; que los organismos oficiales se habían negado a reconocer este derecho de propiedad de los demandantes, que agotaron la vía administrativa ante el referido Ayuntamiento y el Ministerio de Agricultura, finalizando la demanda con la súplica de que se dictase sentencia, declarando que la finca es de la propiedad privada y exclusiva de los demandantes; que ha sido indebidamente incluida en el Catálogo de Montes y en el inventario municipal, de los que procede su exclusión; y que se declaren nulos los contratos o convenios concertados por los demandados.

Por el Abogado del Estado y el Ayuntamiento se contestó a la demanda, negando que los demandantes sean propietarios de tal monte y que el Ayuntamiento ha realizado actos posesorios en el mismo, por lo que suplicaban se dictase sentencia, declarándolo de propiedad municipal, por cuya razón debe permanecer incluido en el Catálogo y ser válidos, en consecuencia, los acuerdos celebrados.

La sentencia de la 1ª instancia declaró el monte de la propiedad privada y exclusiva de los demandantes y condóminos; su exclusión del Catálogo e Inventario Municipal; aplicando, en cuanto a la superficie repoblada el artículo 361 del Código civil, de no preferir las partes que los demandantes se subroguen, en lugar del Ayuntamiento, en el convenio celebrado con el Patrimonio Forestal. Apelada esta sentencia, fue confirmada por la Audiencia Territorial. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por el Abogado del Estado, fundado en el motivo único—art. 1.692, 1.º, L. E. C.—de no haber sido oído el Patrimonio Forestal del Estado, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, casando la sentencia de la Audiencia Territorial, y dicta nueva sentencia por la que:

Considerando: Que, con arreglo al artículo 1745, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta sentencia ha de contraerse al extremo respecto del cual ha recaído la casación, que no es otro que el relativo a la acción de nulidad del consorcio o concierto sobre repoblación forestal, celebrado por el Ayuntamiento demandado y el Patrimonio Forestal del Estado, acción cristalizada en el apartado f) de la súplica de la demanda, acerca de la cual no puede recaer pronunciamiento de fondo, por no haber sido demandado ni haber sido oído el referido patrimonio

Fallamos: 1.º Que la finca es de la propiedad privada y exclusiva de los demandantes y demás condóminos en beneficio de los cuales accionan. 2.º Que procede que dicha finca sea excluida del Catálogo e Inventario de Bienes Municipales. 3.º Que procede que por las entidades demandadas, en la medida que les afecte, se deje a la disposición de los demandantes y demás condóminos el monte referido.

DECLARACION DE DOMINIO. «*Las calificaciones y apreciaciones del Tribunal habrán de atacarse en el recurso con la cita de la Ley o doctrina legal infringidas por la Audiencia o demostrando que al hacerlas ha incurrido la misma en error de hecho o de derecho en la valoración de las pruebas*» (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1968).

Antecedentes.—La demanda dirigida contra el Abogado del Estado en representación de la Administración Pública y el Alcalde Presidente del Ayuntamiento, sobre acción declarativa de dominio de un monte, establecía, en síntesis, los siguientes hechos: Que por escrituras públicas de los años 1901 y 1914, los demandantes y la Comunidad de Vecinos, en cuyo beneficio actúan, son dueños de determinadas fincas, que han venido poseyendo ininterrumpidamente como causahabientes y legítimos sucesores de los adquirentes. Que en el *Boletín Oficial* de la Provincia se publicó un anuncio de subasta de pinos, muchos de los cuales se encuentran situados en terrenos de la comunidad vecinal, sobre los que, además, los empleados del Ayuntamiento ejecutan actos de posesión. Que dichas fincas no están incluidas en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, finalizando con la súplica de que se dicte sentencia, declarando que las referidas fincas son de propiedad de los vecinos; su no inclusión en el Catálogo o, en caso contrario su exclusión.

Por el Abogado del Estado y representación del Ayuntamiento se contestó a la demanda, negando la titularidad invocada por los demandantes, la no identificación de las fincas, según resultan de las escrituras presentadas, y en el hecho de que ninguno de los actores figuren como adquirentes en las referidas escrituras.

La sentencia de la 1.ª instancia declaró que las fincas son de la propiedad de los vecinos y que no están comprendidas en la descripción del Monte catalogado. Interpuesta apelación, se confirma el fallo por la Audiencia. Formalizado recurso de casación por infracción de Ley por el Abogado del Estado, fundado en el motivo único—art. 1692, 1.º, L. E. C.—, violación de la reiterada doctrina de que la relación jurídica procesal debe estimarse definitivamente mal constituida cuando no estén en el pleito todos aquellos que de cualquier forma se encuentren afectados por la resolución que se demanda de la autoridad judicial, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que los argumentos esgrimidos en el motivo para sustentar la tesis defendida en el mismo pueden reducirse a tres: a) Que la acción ejercitada por los demandantes no merece la calificación de declarativa, sino de condena, y, específicamente, la reivindicatoria. b) Que ninguno de los primitivos compradores de las fincas litigiosas figura como demandante, ni los actores justifican cómo se ha producido la transmisión de dominio a su

favor o al de la comunidad de vecinos. c) Que el monte, integrado por aquellas fincas, está dividido en parcelas y atribuido individualmente a las personas que nominativamente se citan en un informe obrante en autos, con la extensión y linderos que se concretan en el mismo.

Considerando Que, respecto a la calificación de la acción ejercitada, se limita el recurrente a enarbolarse la suya frente a la de la Sala sentenciadora, pero sin aducir al efecto la infracción de Ley o doctrina legal en que haya podido incurrir el Tribunal, cuya calificación debe prevalecer, por no haber sido atacada en forma. En cuanto al segundo de los argumentos indicados, basta notar, de una parte, que la prueba de las transmisiones de dominio, operadas desde la adquisición realizada por los primeros compradores, no puede ser examinada por el cauce del artículo 1692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de otra, que el juzgador de instancia establece que, aun cuando los primitivos compradores de las fincas no fueren todos los vecinos del lugar, no puede olvidarse que, desde 1914 hasta la actualidad, el estado posesorio sería suficiente para que la acción declarativa de dominio prospere, apreciación que apunta a la adquisición de la copropiedad por usucapión, que tampoco es combatida adecuadamente por el que recurre. Finalmente, respecto a la pretendida división de las fincas que forman el monte litigioso, la sentencia impugnada sostiene que dicho monte es «de propiedad privada de los vecinos en forma de comunidad romana», «proindiviso entre sus dueños», los que realizan en común los aprovechamientos de leñas, esquileo, corta de arbolado y pastoreo, roturando en ocasiones porciones de ese monte común, lo que se hace dividiendo el monte en tantos lotes como partes principales vienen determinadas en los títulos y en el uso, y la adjudicación se decide por la suerte generalmente, con lo que el reparto no es igualitario, sino proporcional al derecho que cada uno representa en la comunidad (no obstante, estas roturaciones suelen ser temporales), recibiendo cada porción el nombre de «senaras»; apreciación que tampoco es atacada en el recurso con la cita de la Ley o doctrina legal infringidas por la Audiencia o demostrando que al hacerla incurrió la misma en error de hecho o de derecho en la valoración de las pruebas, por todo lo cual se impone la desestimación del motivo.

DIVISION MATERIAL DE FINCA URBANA. *«Incurre en incongruencia por 'extra petita' la sentencia que deniega lo que nadie ha solicitado»* (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE DICIEMBRE DE 1968).

Antecedentes.—Se formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre división de finca urbana, exponiendo los siguientes hechos: Que determinada finca urbana pertenecía por mitades indivisas y por título hereditario a dos hermanas, las cuales, por documento privado, pactaron todo lo relativo a la división material del inmueble, haciendo dos lotes que se distribuirían por sorteo, sin posibilidad de ulterior reclamación. Que aun cuando el resultado del sorteo no se hizo constar por escrito, ambas titulares tomaron posesión de sus lotes respectivos, realizando actos de división material y llevaron a cabo la separación de la Contribución Urbana de las fincas resultantes de la división. Fallecidas ambas titulares, los herederos de una—hoy demandados—no han solemnizado todavía por escritura pública la referida división material, por lo que se suplica sentencia en la que se declare que la finca fue objeto de tal di-

visión, en virtud de contrato y posterior ejecución de obras y en la que se ordene a los demandados como únicos herederos a estar y pasar por la anterior declaración, y a otorgar, en unión de los demandantes, la escritura pública de la expresada división y adjudicación. La contestación a la demanda se basó en la subsistencia del estado de copropiedad en vida de los titulares y de sus sucesores, negando que tenga realidad la descripción que se hace del inmueble, por lo que habrá de estarse a lo que resulta del Registro donde figura inscrito por mitades indivisas, sin que la separación de la Contribución Urbana acredite la propiedad individualizada, al tiempo que se alega la excepción de prescripción.

La sentencia de 1.ª instancia, estimando la demanda, señala que la finca fue objeto de división material entre los causantes de los hoy litigantes, en virtud de contrato que aquéllos suscribieron, y condena a los demandados a otorgar conjuntamente ante Notario, en unión de los demandantes, la correspondiente escritura pública de división y adjudicación con apercibimiento de que será otorgada por la Autoridad judicial, si no lo hicieran éstas voluntariamente después de requeridas para ello. La Audiencia Territorial, estimando la excepción de prescripción e inadecuación del procedimiento para elevación a escritura pública que se postula en la demanda, revoca en este único extremo la sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley en base a los artículos 1.692, 1, 2, 3, 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por los demandantes, el Tribunal Supremo casa la sentencia dictada por la Sala y confirma en todas sus partes la del Juzgado, en méritos de la siguiente doctrina:

Considerando: Que tiene declarado esta Sala que incurre en incongruencia por *extra petita* la sentencia que deniega lo que nadie ha solicitado, defecto procesal que vicia la hoy impugnada, puesto que estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, respecto al pronunciamiento que condena a los demandados a otorgar conjuntamente ante Notario, en unión de los actores, la correspondiente escritura pública para solemnizar la división y adjudicación de la finca litigiosa, por estimar, a su vez, la excepción de prescripción para elevación a escritura pública del documento privado «que se postula en la demanda», extremo, este último, inexacto, ya que los demandantes no restringieron su pretensión a que se diese forma pública al negocio jurídico anteriormente revestido de forma privada por el citado documento, sino que, por no contener éste más que una parte, siquiera fuese la básica, del total supuesto determinante del doble efecto jurídico, consistente en la extinción del condominio romano por cuotas y en la constitución del inmueble en régimen de la llamada propiedad horizontal, y por no haberse completado dicho supuesto, sino con la posterior realización del sorteo para la adjudicación de los lotes y con la ulterior ejecución de las obras necesarias para materializar la división, lo que expresamente pretendieron en la demanda fue que se condenara a los interpelados a que cooperaran con la oportuna declaración conjunta al otorgamiento de la escritura pública que solemnizara la división y adjudicaciones, esto es, a formalizar públicamente el total supuesto originador, en el caso concreto, del doble efecto jurídico antes apuntado; razones que imponen la estimación del motivo primero—art. 1.692, 2.º, L. E. C.—de infracción por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual las sentencias deben ser congruentes con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

III. CONTRATOS

FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO: HONORARIOS DE LETRADO.

Marco Medina c. Remiro Velazquez (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1968).

Habiendo prestado, el hoy demandado, determinados servicios como Letrado al demandante, éste remitió a aquél para su pago un talón con la cantidad en blanco, acompañado de una carta. El Letrado consignó la cifra de 200.000 pesetas e hizo efectivo el talón. Estimando excesiva dicha cifra, el actor solicita en su demanda que el demandado libre y le entregue minuta detallada de los trabajos profesionales realizados, con expresión del justo precio que les atribuye, y de resultar sobrante lo entregue, todo ello sin perjuicio del derecho a impugnar tales honorarios ante quien y como corresponda. Estimada la demanda en ambas instancias, el demandado recurre en casación, y el Tribunal Supremo estima el recurso y dicta sentencia, absolviendo al demandado, con fundamento en la siguiente doctrina:

Considerando Que al haber expresado el recurrido, en su carta de 16 de mayo de 1964, su conformidad con la suma que el otro litigante fijara en concepto de honorarios por los trabajos profesionales que le había prestado, y al haber éste señalado la cantidad que estimó conveniente en el cheque que a tal fin se le remitió, es evidente que la declaración que contiene la resolución que se impugna, relativa a que dichas partes no convinieron el precio de tales servicios, pugna abiertamente con la manifestación de voluntad reflejada en aquel documento, y que éste, por sí mismo, de forma evidente y sin acudir a hipótesis o deducciones, patentiza lo contrario de lo que el juzgador de instancia afirma, por lo que debe prosperar el primer motivo del presente recurso, en el que se denuncia dicho vicio *in iudicando*, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sucediendo lo mismo con el segundo, dirigido por el cauce formal del número 1.º de dicho precepto, porque aquella manifestación de la sentencia, y la facultad que otorga al demandante de impugnar la suma indicada, infringe en el concepto expresado en el recurso los artículos 4.º, párrafo 2.º, 1.088, 1.089 y 1.254 del Código civil, que autorizan a los particulares a renunciar a sus derechos, salvo que lo hagan en oposición al interés o al orden público, o en perjuicio de tercero y que imponen a los contratantes el cumplimiento de las obligaciones por ellos convenidas, así como el principio general de derecho *venire contra factum proprium non valet*, reconocido, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 30 de enero de 1963 y 27 de enero de 1966, por lo que debe casarse la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar en el análisis del tercer motivo.

COMPRAVENTA: RESOLUCION POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. Zoyme, S. A., c. Cruz Sancho (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1968).

El Tribunal Supremo estima el motivo 1.º del recurso, que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.504 del Código civil, manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que es doctrina de esta Sala que los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla que, con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, hace aplicación, de modo específico y concreto, el segundo, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, se hubiera estipulado o no que, por falta de pago del precio en el tiempo convenido, tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, prohibiéndose, es cierto, que se le conceda judicialmente un nuevo plazo después de efectuado el requerimiento, pero permitiéndose que hasta que éste tenga lugar el comprador pueda realizar el pago, aunque haya transcurrido el término establecido por las partes, y, sobre todo, exonerando a dicho comprador de los efectos resolutorios, si no se patentiza, de manera indubitada, la voluntad del mismo deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido.

ARBITRAJE: PUNTOS NO SOMETIDOS A DECISION DE LOS ARBITROS
(SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1968).

Contra el laudo dictado por árbitros de equidad, se interpuso recurso de nulidad, al amparo del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número 4.º del artículo 10 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, por entender que habían resuelto puntos no sometidos a su decisión. El Tribunal Supremo desestima el recurso, reiterando la doctrina mantenida en la sentencia de 23 de mayo de 1967 y las que en ella se citan, según la cual, «si bien es cierto que los árbitros de equidad no pueden traspasar los límites del compromiso, también lo es que no están obligados a interpretar con restricciones las facultades que les están encomendadas, apartándose de la misión amistosa y cordial que les ha sido conferida», y también la mantenida en las sentencias de 13 de mayo de 1960 y 4 y 16 de mayo de 1962, entre otras, conforme a las cuales, «la naturaleza y finalidad del arbitraje de equidad permite una mayor elasticidad en la interpretación de sus términos, sin atenerse, en cuanto a si hubo o no exceso jurisdiccional, a la literalidad de las cláusulas compromisorias, procurando inducir la voluntad de las partes, que es la fuente generadora de la jurisdicción arbitral, por el conjunto de todas ellas».

ARBITRAJE: PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO. Infante Martín c. Farré Codina (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1968).

Conforme al auto por el que se declaró la formalización judicial del compromiso, el plazo, dentro del cual los árbitros deberían de pronunciar el laudo, se fijó en cuatro meses, prorrogables por otros dos. El citado auto se notificó al último de los árbitros designados el 27 de octubre de 1966, y los tres árbitros otorgaron la escritura pública de laudo arbitral el 18 de abril de 1967. El recurso de nulidad se funda en el inciso 1.º del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse dictado el laudo fuera de plazo con infracción, por no aplicación del párrafo 1.º del artículo 25 y del artículo 18 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, ambos en relación con el número 4.º del artículo 17 de la misma Ley, y los artículos 7.º, 1.089 y 1091 del

Código civil y doctrina legal que se cita. El Tribunal Supremo desestima el recurso, manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que... apareciendo que la formalización del laudo arbitral fue acordada judicialmente por auto de 17 de junio de 1966, en cuya parte dispositiva se señalaba un plazo de cuatro meses, prorrogables por otros dos, para que los árbitros pronunciaran su laudo y que los árbitros notificaron a las partes que hacían uso de la prórroga, y que éstas no recurrieron tal acuerdo, sino que, por el contrario, instaron durante dicha prórroga la práctica de diversas pruebas, concluyendo por escrito, es evidente la inexistencia de las infracciones denunciadas, por cuanto, en primer lugar, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias, entre otras, de 23 de noviembre de 1960 y 6 de febrero de 1962, no es exigible el otorgamiento de escritura pública cuando, para la formalización del compromiso, se acude al procedimiento judicial que regula el artículo 10 de la Ley, y siendo ello así, también resulta innecesario para hacer uso de una prórroga ya concedida judicialmente, y, en segundo lugar, consta de modo concluyente la conformidad de las partes con el uso de la prórroga por los árbitros, por lo que la posterior disconformidad de una de ellas resulta jurídicamente irrelevante al conculcar el principio del respeto a los actos propios.

ARBITRAJE: PLAZO. CONDENA EN COSTAS. Subirana Subirana c. Constructora Sagies, S. A. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1968).

Los tres motivos del recurso de nulidad se amparaban en el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando en el 1.º que el laudo se había dictado fuera del plazo señalado en el auto, por el que se declaró la formalización judicial del compromiso: en el 2.º, que los árbitros resolvieron puntos no sometidos a su decisión, y en el 3.º, por el mismo fundamento, por incurrir los árbitros en evidente extralimitación al condenar al ahora recurrente en las costas derivadas del arbitraje. El Tribunal Supremo desestima el recurso, manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando. Que establecido en el auto de formalización judicial del compromiso que los árbitros deberían emitir el correspondiente laudo de equidad dentro del plazo de dos meses, a partir de su aceptación del cargo por el último, habiéndose efectuado esta aceptación el día 12 de mayo de 1967 y emitido el laudo el 11 de julio siguiente, no puede estimarse que éste fue dictado fuera de plazo, pues es doctrina de este Tribunal Supremo, manifestada últimamente en la sentencia de 19 de febrero de 1965, que, salvo voluntad contraria, manifestada claramente por el otorgamiento u otorgamientos del plazo, ha de excluirse del cómputo el día de la aceptación, debiendo contarse aquél desde el siguiente; doctrina que precisamente es la que informa la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 1946, invocada inexplicablemente para tratar de apoyar la tesis contraria del motivo primero, el que, por consiguiente, tiene que perecer.

Considerando: Que acordado en el mismo auto que los árbitros deberían emitir el laudo, entre otros extremos y cuestiones, sobre las condiciones de la venta de la finca en pública subasta, sin limitación alguna, y sobre cuál de las partes habría de pagar los gastos del arbitraje, es llano que

los árbitros no resolvieron puntos no sometidos a su decisión al determinar, como una de las condiciones de dicha subasta, la cantidad que había de servir de tipo para la misma y al declarar la obligación del hoy recurrente a satisfacer la totalidad de las costas derivadas del arbitraje, a cuyo pago se le condena, por lo cual, y en atención también a que no procede un recurso de esta especie por supuestas omisiones o deficiencias del laudo, se impone la desestimación de los dos últimos motivos.

ARBITRAJE: AMBITO DEL RECURSO DE NULIDAD (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1968)

El recurso de nulidad que la sentencia desestima, se interpuso al amparo del número 3.º del artículo 1691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 359 del mismo texto legal, por entender el recurrente que el árbitro había resuelto puntos no sometidos a su decisión, incurriendo el laudo en incongruencia. El Tribunal Supremo, después de negar la existencia de dicha incongruencia, comparando la escritura de compromiso y el laudo recaído, reitera la doctrina ya mantenida en las sentencias de 8 de junio de 1904, 18 de enero de 1905, 14 de marzo de 1923 y 17 de abril de 1943, según la cual, «conforme al terminante precepto del número 3.º del artículo 1691 ya citado, la misión del Tribunal es dejar sin efecto lo que pueda constituir exceso en el laudo respecto de las atribuciones concedidas al árbitro, pero no puede corregir sus deficiencias u omisiones, que es lo que denuncia el recurso».

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CARGA DE LA PRUEBA. Guiridi Arregui c Puchades Bartual y Rodríguez Pérez (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1968).

Como consecuencia de un accidente de circulación, se siguió el correspondiente sumario, en el que recayó auto de sobreesimiento provisional y, posteriormente, el dueño de uno de los vehículos promovió el juicio de mayor cuantía a que ha puesto fin la presente sentencia. En ambas instancias fueron condenados los demandados a indemnizar los daños sufridos en el camión del demandante, por lo que dichos demandados recurrieron en casación, al amparo de diversos motivos, no prosperando el recurso e interesando destacar la doctrina mantenida en el Considerando 3.º, que dice:

Considerando: Que en igual caso se encuentra el motivo 4.º y último, donde los recurrentes denuncian la infracción, por violación, en el sentido de inaplicación del artículo 1.214 del Código civil y de la «teoría o doctrina legal y jurisprudencial que comprende sobre la carga de la prueba», porque lo que sí constituye doctrina legal, manifestada explícitamente desde la sentencia de 10 de julio de 1943, es que, si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los daños causados en la circulación vial no está consagrado en nuestro Código sustantivo, esto no excluye que en los casos, como el presente, en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y atribuir al autor del daño la carga procesal de desvirtuar la presunción de hecho, bien entendido que para no tomar en cuenta la antijurisdicción y la culpa, si en prin-

cipio existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal había cumplido con el deber de diligencia y cuidado, atendidas las circunstancias del caso concreto y la situación personal del agente, demostración que no llevaron a cargo los recurrentes.

En el Considerando 2º se dice también:

Considerando: Que... a efectos de la casación civil, no ostenta el carácter de documentos auténticos la diligencia de inspección ocular practicada por la Guardia Civil, primero, y por el Juzgado de Paz, después, incorporadas ambas al sumario referido, ni la diligencia de reconocimiento judicial practicada en el proceso que ha dado origen al presente recurso, ni menos, si cabe, al escrito de réplica formulado por la parte actora.

ARRENDAMIENTOS.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA.

Siendo elemento esencial propio o específico del contrato de arrendamiento el pago de un precio cierto y determinado como contraprestación de la entrega del uso o goce de una cosa, no existe tal contrato cuando en el documento del que se pretende deducir dicha relación no se señala renta ni se fija duración y sólo se habla de la ocupación o retención de la casa mientras no se amortice una cantidad anticipada para obras, a razón de 40 pesetas al mes; es decir, que el pago no se hace en atención al uso, por lo que no tiene carácter de renta o merced (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1969).

Con fundamento en la anterior doctrina, el Tribunal Supremo niega legitimación para ejercitar el derecho de retracto legal del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al presunto inquilino o arrendatario.

DONACION DE VIVIENDAS: ORDEN DE PRELACION. *Conforme al artículo 54 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, las viviendas han de ser semejantes o parecidas, no exigiendo que sean iguales, y el que sean de altura en un piso inferior o superior, si no iguales, si pueden apreciarse semejantes o parecidas, ya que la semejanza es la relación entre cosas análogas o similares, la apreciación de cuyo concepto reserva la Ley al arbitrio del Tribunal* (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1969).

DENEGACION DE PRORROGA: EDIFICACION PROVISIONAL. *La relación que hace el artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no agota las razones por las cuales una edificación ha de estimarse provisional, pues este concepto puede estar determinado por un conjunto de circunstancias que la hagan inadecuada al lugar de su emplazamiento, en relación con las Ordenanzas Municipales, y, en definitiva, con el aprovechamiento del valor del lugar en que está ubicada.—PREAVISO. El plazo de un año a que se refiere el artículo 91 es tope mínimo para no poder demoler antes, pero no obliga a que la demanda se haya de presentar inmediatamente de transcurrido, aun cuando éste expedita la acción. Una vez hecho el preaviso*

al arrendatario, no es preciso repetirlo a los herederos que, por el solo hecho de la muerte, suceden al causante, conforme al artículo 691 del Código civil (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1969).

SUSPENSION DEL ARRIENDO POR ADICION DE PISOS. *No es extemporánea la notificación de la autorización del Gobernador Civil hecha al arrendatario, conforme ordena el artículo 92 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por el hecho de que este último haya recurrido la misma en reposición y después en la vía contencioso-administrativa, ya que el arrendador cumple con atenerse a lo exigido en dicho precepto, es decir, obtener la autorización y notificarla fehacientemente, sin que se le puedan imponer condiciones no previstas en el texto legal, y, además, siendo una variante de la causa 2.ª de excepción a la prórroga, resulta aplicable lo ordenado en el artículo 79, respecto a la concesión discrecional de la autorización, y, por tanto, sin ulterior recurso.—INHABITABILIDAD.* *Concorre cuando existe declarado grave riesgo para inquilinos y arrendatarios en su permanencia en el local durante las obras (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1968).*

LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO. *La introducción en el local arrendado de una servidora doméstica con su familia, habitando el titular arrendatario en otra finca, por lo que aquella no presta servicio de asistencia personal a éste en la propia casa, ni tiene entablada relación laboral como dependiente del negocio al figurar afiliada al Montepío Nacional del Servicio Doméstico a beneficio del titular arrendatario, constituye subarriendo, no siendo aplicable al artículo 5.º, apartado 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que lo que autoriza es el destino del local de negocio, como vivienda para el arrendatario, su familia y personas que trabajen a su servicio, y al faltar el permiso del dueño, es causa resolutoria del arrendamiento (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1968).*

RESOLUCION POR CESION O TRASPASO: FUSION DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA. *Concorre la causa resolutoria 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando la Sociedad arrendataria ha quedado extinguida y absorbida por otra en todos sus derechos y obligaciones, conforme a los artículos 142 y siguientes de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, habiéndola sucedido o continuado la segunda en el uso del local litigioso, ya que ello supone un cambio en la persona del arrendatario, sin anuencia de la propiedad ni atenerse a las formalidades legales al efecto establecidas y sin que pueda oponerse el derecho de subrogación del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que representa una prerrogativa a favor de los herederos o consorcios, como lo pone de manifiesto el texto, al decir «sustituirá» (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1969).*

IV. FAMILIA

ALIMENTOS ENTRE PADRE E HIJO NATURAL RECONOCIDO. *Determinación de la cuantía de los alimentos: principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil.*—**FUNDAMENTACION DE LA CASACION EN NORMAS PROCESALES.** Rodríguez C. Villar (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—La determinación de la cuantía de los alimentos puede impugnarse si los Tribunales de instancia no se ajustan a la proporcionalidad que preceptúa el artículo 146 del Código civil, entre el caudal de quien debe prestarlos y las necesidades del que ha de recibirlos. Los documentos alegados no patentizan la equivocación del juzgador, ya que no se oponen a lo afirmado por éste respecto a la posición social relevante del obligado. Las normas procesales son inadecuadas por su propia naturaleza para servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de Ley.

Antecedentes: 1) Ambas partes, en estado de solteros, procrearon una niña, que fue reconocida como hija natural por el demandado. Al parecer, pensaban contraer matrimonio, que no se llevó a efecto. 2) A los pocos días del nacimiento, el padre abrió a la niña una libreta de ahorros por un importe de 25.000 pesetas, pero posteriormente se negó rotundamente a facilitar a su hija los auxilios necesarios para su subsistencia. 3) La madre enumeraba las necesidades de su hija, por alimentación y dieta especiales, atenciones y cuidados, etc. Y, en contraste, hacía constar la desahogada posición del padre natural, con ingresos varios procedentes de su ejercicio de una profesión liberal, sueldos, retiros y rentas de sus fincas. 4) El padre demandado no discutía la procedencia de los alimentos, pero se oponía a la que entendía desorbitada cuantía, negando las necesidades expuestas y su supuesta privilegiada posición económica; finalmente, hacía constar especialmente que «si bien es hoy soltero, va a contraer matrimonio..., con propósito serio y justificado de crear un hogar familiar, con sus atenciones económicas» (*sic*).

La demanda terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se condene al demandado a satisfacer mensualmente, por mensualidades anticipadas, desde la fecha de la interposición de la demanda, la cantidad de 10.000 pesetas en concepto de alimentos provisionales a su hija menor de edad.

El demandado oponía la excepción de no ser necesarios tales alimentos a su hija, por vivir la actora en casa y compañía de su madre, y, en su caso, y subsidiariamente, se determinase la cantidad procedente como alimentos en 1.000 pesetas mensuales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al demandado a abonar a la actora (en representación de su hija menor de edad) la cantidad de 2.000 pesetas mensuales, como alimentos provisionales.

La Audiencia, ante el recurso de la actora, revoca en parte la sentencia apelada y estima en parte la demanda, y condena al demandado a abonar la cantidad de 5.000 pesetas mensuales como alimentos provisionales, que deberá abonar periódica y anticipadamente, desde la fecha de la interposición de la demanda.

El demandado interpuso recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción del artículo 1.609 L. E. C. y doctrina legal sobre el mismo.

Segundo: Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al fijar la cantidad a abonar mensualmente como alimentos atendiendo al caudal o medios del recurrente y a las necesidades de su hija natural reconocida; error patentizado por los documentos auténticos (?) que cita: certificaciones de una corporación de su profesión, y del amillaramiento en su municipio, oficios de Bancos, etc.

Tercero: Infracción, por interpretación errónea, del art. 142 del Código civil: la sentencia fija la cantidad por alimentos en atención a la posición social del alimentante, mientras que la Ley considera la posición social de la Entidad Familiar y no la persona de alguno de sus individuos.

Cuarto: Infracción, por violación, del art. 146, puesto que la sentencia recurrida—en la fijación de la cuantía de los alimentos—no se ajusta al principio de proporcionalidad que dicho precepto establece.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, en méritos de la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano.

Considerando: Que debe rechazarse el primer motivo del presente recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, denunciándose en él la violación del artículo 1.609 de dicha Ley y de la doctrina legal que lo desenvuelve, no tiene presente que, como con reiteración ha proclamado la jurisprudencia de esta Sala, las normas de carácter procesal son inadecuadas por su propia naturaleza para servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de Ley (sentencias de 25 de mayo de 1959 y 11 de junio de 1960).

Considerando: Que es igualmente inviable el segundo motivo del recurso, sustentado en el número 7 del mencionado artículo 1.692, porque la certificación del Ayuntamiento, que en él se invoca para resaltar el error de hecho que en la apreciación de la prueba atribuye a la Sala de instancia, carece de eficacia a dichos fines, por haber sido analizada e interpretada en la sentencia recurrida (sentencias de 27 de febrero de 1954 y 27 de octubre de 1962); y porque, tanto ese documento como los demás que se enumeran en el motivo, no patentizan por sí mismos y menos de forma evidente, como el precepto exige, la equivocación que, en cuanto a la situación económica del demandado, se expresa en la resolución impugnada, dado que para nada se oponen a lo afirmado por ésta respecto a «su posición social relevante», «su situación preeminente como profesional libre dentro de su especialidad» y a sus posibles ingresos como retirado de la Armada y miembro del Seguro de Enfermedad.

Considerando: Que si bien es cierto que, según copiosa y uniforme jurisprudencia de esta Sala, puede impugnarse en esta clase de recursos la determinación de la cuantía de los alimentos que en virtud de sus facultades hagan los Tribunales de instancia, cuando de modo notorio no se ajusta a la proporcionalidad que preceptúa el artículo 146 del Código civil, entre el caudal de quien debe prestarlos y las necesidades del que ha de recibirlos (sentencias de 13 de abril de 1951, 21 de marzo de 1958 y 14 de abril de 1962), no menos exacto es que tal doctrina no puede vitalizar los motivos 3.º y 4.º del presente recurso, en los que, con arreglo al número 1.º del repetido artículo 1.692, se acusa al Tribunal a quo de haber vulnerado aquel precepto, y

el 142 del mismo Cuerpo legal, por apoyarse ambos en supuestos de hecho completamente distintos de los admitidos por la resolución impugnada que, como se ha visto, no han sido destruidos por el recurrente, razón por la cual deben desestimarse, juntamente con la totalidad del recurso.

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES EN VIRTUD DE CONTRATO. *Cuestión sobre el incumplimiento del contrato y la acción subsidiaria para el pago de alimentos.*—**CONCEPTO DE INFRACCION POR ERRONEA INTERPRETACION:** *Infracción por violación y por aplicación indebida.* Lojo y Figueroa c. Leño y Torres (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.124 del Código civil requiere para dar lugar a la resolución del contrato, que por parte del incumplidor sea apreciable una conducta o actitud persistente y rebelde. La insuficiencia de los alimentos convenidos no es un incumplimiento esencial de la obligación. El artículo 149 del Código civil es el adecuado para la determinación del lugar de la prestación de alimentos: no cabe confundir el concepto de aplicación indebida del mismo con el de su violación. La infracción por errónea interpretación radica en atribuir el juzgador a una norma o doctrina legal—previa su labor de exégesis—un sentido que no se ajusta al que, rectamente, les corresponde, por lo que no cabe tal infracción si el juzgador no planteó cuestión alguna acerca de la fijación del recto sentido de la Ley o Doctrina legal; en su interpretación, puede originar que el precepto se aplique a un supuesto que no le corresponda (aplicación indebida), o que la aplicación se haga en contradicción con lo ordenado en el precepto (violación). La acción subsidiariamente ejercitada tiende a la declaración de la obligación alimenticia a cargo de los demandados, pero no a la petición de la cantidad adecuada como alimentos por insuficiencia de los satisfechos.

Antecedentes: 1) La demandante, viuda, sin herederos forzosos, otorgó una escritura en 1960, por la que sus sobrinos—los demandados—se comprometían a asistirle en su propia casa en todas sus necesidades, a cambio de la transmisión de dos fincas urbanas. Al parecer, la tía creía que había otorgado un testamento a favor de sus sobrinos, y, por tanto, revocable. 2) Posteriormente, la actora se trasladó a otra localidad voluntariamente, donde otorgó poderes y nombró heredera universal a doña C., no familiar. 3) La actora, en vida, interpuso la demanda contra sus sobrinos; a su muerte, se personó en autos su heredera doña C. Constaba que los sobrinos cargaron con los gastos del fallecimiento, excepto los de Iglesia.

La demanda se basa en que el documento otorgado en 1960 era nulo por error grave, por lo que pedía que se dictara sentencia que declarase: resuelto el contrato citado o, subsidiariamente, se declarase la obligación de los demandados de pasar a la actora una pensión alimenticia conforme a lo establecido en el artículo 142 del Código civil y siguientes, en cuantía de 3.000 pesetas mensuales.

En el escrito de réplica, la heredera de la parte actora solicitaba le fuese satisfecha la cantidad que se declarase adeudada por pensión alimenticia desde la demanda de conciliación hasta el fallecimiento de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la petición subsidiaria de alimentos y rechazando los demás pedimentos de la demanda de

los que absolvió a los demandados; y condenó a éstos a abonar a doña C., como heredera de la actora, la cantidad de 42,000 pesetas como complemento de pensión alimenticia.

Ambas partes interpusieron apelación contra dicha sentencia. La Audiencia dictó otra confirmando en lo esencial la apelada (estimando la petición subsidiaria y desestimando los demás pedimentos de la demanda) y condenando a los demandados a satisfacer a doña C. la cantidad de 16.000 pesetas como complemento de pensión alimenticia.

La parte actora interpuso recurso de casación alegando los *tres motivos*, que seguidamente se resumen:

Primero.—Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.124 del Código civil y Doctrina legal que lo desarrolla, al desestimar la sentencia, la petición de resolución del contrato porque la sentencia entiende que al trasladar la residencia ya no formaba parte integrante de su familia, y afirma que no ha sido cumplida suficientemente la obligación contraída de prestar alimentos.

Segundo.—Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 149 y 1.203, 1.º, del Código civil y violación del 1.204 del mismo: porque la sentencia admite la novación respecto del lugar de cumplimiento de la deuda alimenticia; mientras que la opción del obligado a prestar alimentos (art. 149) queda limitada por Ley a los parientes obligados.

Tercero.—Infracción, por aplicación indebida, del artículo 148 del Código civil: porque este artículo crea una obligación que nace de la Ley, y en el caso de autos, tal obligación nace de la voluntad de las partes y es exigible desde su otorgamiento.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, con la doctrina siguiente:

Visto siendo ponente el Magistrado don Jacinto Monge y Martín

Considerando: Que *el primero de los motivos* del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil y de la doctrina de este Tribunal que cita; y *debe inicialmente recordarse que*, conforme a la sentada por esta Sala *respecto al concepto de infracción por errónea interpretación de las Leyes o doctrina legales*, tal vicio *radica* en atribuirles el juzgador, previa labor de exégesis de éstos, un sentido que no se ajusta al que rectamente les corresponde, conforme a las normas gramaticales, sistemáticas y lógicas, al cual opone el recurrente el que estima adecuado, conforme a dichas reglas, y *por ello no cabe la existencia de la infracción referida, si el Tribunal no planteó cuestión alguna acerca de la fijación del recto sentido de la Ley o doctrina*, ello con abstracción en tal momento de su aplicación al caso debatido; y si, al incurrir en la equivocación a que este concepto se refiere, ello pueda dar lugar a que el precepto sea aplicado a un supuesto que no le corresponda, *aplicación indebida*, o a que ésta se efectúe en contradicción con lo ordenado en el mismo, *violación*, tales infracciones, dotadas de propia sustantividad, han de ser alegadas con independencia del vicio inicial que las origina; y al invocarse únicamente la *errónea interpretación*, no cabe la existencia de la misma, puesto que el Tribunal *«a quo»* no efectuó labor alguna de exégesis del artículo alegado; ni, en suma, en el motivo se respetan los hechos que la sentencia afirma para negar que haya existido por los demandados incumpli-

miento esencial y trascendente de la obligación de prestar alimentos a la actora, teniendo presente la doctrina de esta Sala, que declara que «la realidad y extensión del incumplimiento por uno de los contratantes es cuestión de hecho», y contra la afirmación de la sentencia, respecto a tales extremos, sólo puede irse por la vía procesal del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de trámites (sentencias de 16 de noviembre de 1956 y 5 de marzo de 1960); y, por otra parte, que *el invocado artículo 1.124 del Código civil* ha de ser interpretado en sentido racional, lógico y moral, *requiriendo, para dar lugar a la resolución del contrato* que establece, *que por parte del incumplidor sea apreciable una conducta o actitud persistente y rebelde*, y la sentencia recurrida declara como hechos «que la actora, por su propia voluntad y de acuerdo con los demandantes, trasladó su domicilio desde el de éstos al suyo propio, y recibió en éste alimentos, vivienda y asistencia, todo ello en inicial armonía, posteriormente quebrantada»; y, al efecto de la *acción subsidiariamente ejercitada*, declara «la insuficiencia de tales alimentos», dando lugar a la estimación parcial de esta última pretensión; *mas negando*, en todo caso, un *incumplimiento esencial de la obligación* que pudiera amparar la resolución del contrato, razones que han de dar lugar a la *desestimación del motivo* que se examina.

Considerando. Que *el segundo de los motivos*, seguido por el mismo cauce procesal que el anterior, alega la aplicación indebida de los artículos 149 y 1.203 del Código civil, así como la violación del artículo 1.204 del mismo texto legal y de la doctrina que cita, *y debe oponerse*, al primero de los vicios invocados, que, dada la naturaleza de la cuestión debatida, *el primer precepto es el adecuado para la determinación del lugar de la prestación de alimentos*, sin que quepa confundir el mismo con el de la violación del precepto, que no se alega, en relación con el artículo 1.203, que, como puntualiza el recurrente, no es citado en la sentencia recurrida, cual tampoco ocurre con el siguiente artículo que estima violado, lo que excluye los vicios que se denuncian; ni, en suma, el mero razonamiento, que no afecta al fallo, sobre un supuesto de novación tenga eficacia alguna, pues *no se trata de la sustitución de una obligación por otra distinta, sino de la regulación del lugar y modo de prestación de la obligación subsistente*, razones que determinan el *perecimiento del alegado motivo*.

Considerando: Que *el tercero de los motivos*, seguido por la misma vía que los anteriores, alega la aplicación indebida del artículo 148 del Código civil, ya que *se está, no ante la declaración de la obligación de prestar alimentos por virtud de una norma legal, sino del cumplimiento de un contrato que la estableció*, razón por la cual ataca la resolución de instancia en cuanto señala el inicio del pago de la cantidad (que acuerda desde la fecha de la demanda de pobreza de la actora, según puntualizan los razonamientos de la sentencia de primera instancia, aceptados por la recurrida); mas es procedente precisar los términos de la *acción subsidiaria* ejercitada, que *no son las de petición de cantidad adecuada en concepto de alimentos, por la insuficiencia de los satisfechos, fijando al efecto el momento de dicho incumplimiento y la cuantía de la diferencia entre los obligados y los prestados, sino que se pidió «que se declarara la obligación de los demandados de pasar a la actora una pensión alimenticia, conforme a lo establecido en el artículo 142 y siguientes del Código civil, en cuantía de 3 000 pesetas mensuales»*, *precisando*, en el escrito de réplica, «que la cantidad que se declarase adeudada por pensión alimenticia, desde la demanda de conciliación hasta el fallecimiento de la actora, fuese satisfecha a su heredera», ahora recurrente; y tales términos se apartan

totalmente de los que en este motivo se esgrimen como fundamento del vicio que se denuncia, dando lugar dicha petición, y fundamentos jurídicos alegados, a *rechazar* la infracción que en este motivo se denuncia, y con ello la *desestimación* del mismo.

Considerando: Que procede por los anteriores fundamentos desestimar el recurso, con las consecuencias que impone el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TUTELA DE LOS IMPEDIDOS MENTALES: *cuestión de si existe o no una laguna de la Ley en este punto y aplicabilidad o no de la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 1947. Cuestión de si la tutela de los declarados incapaces, conforme al artículo 200, 2.º, del Código civil, ha de ser absoluta o puede ser sometida a limitaciones en su ejercicio.* Serrano c. Correa y el Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—Aunque el Código civil consagra el principio de tutela familiar, es constante y destaca la intervención judicial dentro de la organización tutelar..., pudiendo el Juez acompasar la extensión del organismo supletorio a las necesidades del incapacitado, ya se trate de los casos previstos por la Ley como de aquellos otros que no lo han sido. En nuestro Código civil se aprecia un positivo vacío legal al regular la tutela de los «impedidos mentales», al no hacer mención de algo que hoy es imposible desconocer, cuál es la variedad de matices que la realidad de cada día brinda... Poco importa que el silencio o desconocimiento por la Ley de estas situaciones intermedias sea intencionado: lo efectivo y real es la existencia de situaciones no previstas, cual la «semilucidez permanente». Abundando en esta idea, la sentencia de 5 de marzo de 1947 dijo que «los preceptos del Código civil adolecen de una manifiesta omisión, al no establecer, a los fines de la protección tutelar, la diferencia entre el estado de demencia y el de retraso o debilidad mental...», y que «... resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad, ajustar la extensión de la tutela, en los casos de retraso mental, al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste», doctrina que debe suscribirse por completo, sin que con ello los Tribunales instauren un sistema de *numerus apertus* sobre las causas de incapacitación y la estructura de la tutela. La única *quaestio iuris* es la de si la tutela de los declarados incapaces puede ser sometida a limitaciones en su ejercicio, lo cual debe afirmarse, en virtud del carácter activo que, respecto a la tutela, se da a la Autoridad Judicial.

Antecedentes: 1) Por auto del correspondiente Juzgado, en 1950, el demandado fue declarado incapaz para regir su persona y bienes en virtud del expediente sumario que prevé el artículo 218 del Código civil. La base la constituyeron unos informes médicos, dictaminando que «padece una vago parálisis general progresiva, incurable y fatalmente progresiva, cuyo proceso con signos demenciales le incapacita totalmente para regir su persona y bienes». El Consejo de Familia designó como tutor a la esposa del declarado incapaz—la demandante en este pleito—. 2) En 1959, el tutelado presentó escrito al Juzgado, solicitando su rehabilitación, por encontrarse completamente en estado natural. La tutora se opuso, y el Juzgado—previo nuevo reconocimiento médico—dictó auto en 1960, declarando no haber lugar a la rehabilitación del incapacitado solicitada y confirmando el auto de 1950. 3) Meses más tarde, el Letrado del

incapacitado dirigió escrito al Fiscal de la Audiencia Provincial correspondiente, acompañando certificación de otros dos doctores distintos, y éste solicitó del Juzgado se procediese a practicar las diligencias necesarias en orden a la *comprobación judicial* de la sanidad del incapacitado y su posterior rehabilitación; se opuso la esposa y tutora, y previo el oportuno incidente, el Juzgado acordó que el tutelado fuese reconocido nuevamente por tres doctores (distintos de todos los anteriores), quienes informaron en el sentido de que el incapacitado «padece vago parálisis general progresiva, debido a una infección sifilítica del sistema nervioso, que ha producido lesiones irreversibles en su sistema nervioso, debiendo estar sometido a vigilancia médica por necesidad de controlar periódicamente su enfermedad, pudiendo desarrollar trabajos medianos, teniendo limitada su capacidad en todo lo que se relaciona con su vida patrimonial». En su virtud, el Juzgado dictó auto de 1962, manteniendo *parcialmente* la declaración de incapacidad, decretada en 1950 *en cuanto se refiere* al ejercicio de la autoridad marital y patria potestad y la administración del patrimonio conyugal, así como para los actos de disposición *inter vivos* de sus bienes propios, y acordando *alzar y dejar sin efecto* tal medida restrictiva de la personalidad, *declarando su capacidad* para regir su persona, administrar sus propios bienes, disfrutar de sus rentas e intereses y disponer de ellos *por testamento*, y quedando facultado para realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad de sus derechos, sin menoscabo de su obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas de la Sociedad de gananciales. Esta resolución del Juzgado fue confirmada por la Audiencia. 4) Para obtener esta «rehabilitación parcial», el aquí demandado tuvo que acreditar que durante los casi diez años transcurridos había trabajado como traductor de inglés en un Ministerio, en Madrid, haciendo una normal vida de relación y ostentando un cargo de directivo en un club deportivo. demostrativo todo ello de que la incapacidad legal en que permanecía no se correspondía con una *real situación* de incapacidad. Posteriormente, se traslada a su población de residencia y monta un modesto taller de construcción de embarcaciones de recreo. Por tanto, en base a tal situación de hecho, y reconocido médicamente de nuevo (eran los informes aportado al Fiscal, de que se hizo antes mención), se dictaminaba que el paciente estaba curado y sin deterioro alguno de su personalidad.

La demanda en este pleito, promovido por la esposa tutora, suplicaba se dictare sentencia, con los siguientes pronunciamientos: a) dejar sin efecto el auto dictado por la Audiencia en 1962, confirmatorio del auto del Juzgado de 1962, y que se revoque éste en el sentido de no proceder a estimar la rehabilitación parcial del incapacitado, por estarlo éste totalmente para regir su persona y bienes; b) declarar nulos y sin efecto todos cuantos actos hubiere realizado el demandado en virtud de la facultad otorgada por el auto referido, ya que el mismo no era firme por entablarse los recursos correspondientes.

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso a la demanda.

El demandado contestó y se opuso, alegando que tenía conciencia de su curación, de su capacidad y de la integridad de sus facultades, y que precisamente esa conciencia era lo que le movía y llevaba a luchar por obtener su rehabilitación. Suplicaba que se desestimase la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda y absolvió al demandado y al Ministerio Fiscal.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia apelada, en base a la consideración que sigue: «... aunque en el Código civil falten normas

reguladoras de la tutela para los casos de debilidad mental, estado éste distinto al de la locura o demencia, no solamente no hay obstáculo legal que impida acomodar en tales casos las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecia en cada supuesto, sino que, además, siendo uno de los fines que persigue el legislador en materia de incapacidad el de *establecer la debida congruencia* entre la *amplitud* de la misma y el correlativo *suplemento tutelar*, es lógico ajustar la extensión de la tutela en los casos de debilidad mental al mayor o menor grado de intensidad en que la misma se manifestó»...

La demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basándolo en el siguiente *motivo único*, que queda aquí extractado:

Infracción, por interpretación errónea, de los artículos 199, 200, 2º, 213 y 218 del Código civil: el tema fundamental del recurso es si, con arreglo al Derecho español, puede incapacitarse *parcialmente* a un demente, según el grado de demencia, y someterlo a una tutela restringida, limitada sólo a ciertos actos, o si, por el contrario, la incapacidad ha de ser incondicionada y plena la tutela a que se le someta. Las normas legales aplicables al caso son las que se denuncian infringidas: no existe en nuestro Derecho para los locos o dementes ninguna graduación para su incapacidad, ni en la tutela de los mismos distingo (que sólo se admite para los sordomudos en el art. 218) Ha sido la sentencia de 5 de marzo de 1947 la que por vez primera establece la graduación de la tutela con mayor o menor amplitud, según el grado de demencia, distinguiendo la locura del retraso o debilidad mental; pero esta sentencia, aparte de no constituir doctrina legal, entiende la recurrente que modifica sustancialmente las normas del Código civil, y es doctrina legal que «los Tribunales no crean normas jurídicas»; dicha sentencia dice que el Código no regula la tutela del «imbécil», y por ello, ante esta laguna legal, cabe que se le aplique una tutela graduada e incompleta; pero este criterio no es exacto, pues no hay tal laguna, sino que la tutela del «imbécil» está regulada en el Código civil dentro de la tutela de los locos y dementes (que es plena y absoluta), y, además, el legislador no desconoce el concepto de la «imbecilidad» (art. 32), lo que sucede es que en el lenguaje del Código civil, «imbécil» y «demente», son sinónimos; la referida sentencia alude al Derecho extranjero, que admite la graduación de esta tutela, pero hay que objetar que, al publicarse el Código civil, otros Códigos ya admitían un título de incapacidad intermedio y el nuestro lo omitió deliberadamente, también dicha sentencia alude a los numerosos pasajes del Código civil sobre *suplemento* de capacidad para casos distintos del demente, pero todos ellos se refieren a personas con capacidad natural, y en este punto no cabe la analogía. Por todo ello, la doctrina de esta sentencia de 5 de marzo de 1947 es difícil de cohonestar con la organización de la tutela del Código civil. Finalmente, ataca la distinción que la Audiencia hace entre incapacidad por locura y debilidad mental o incapacidad para ciertos actos, por ser inadmisibles en nuestro sistema jurídico, parte de la premisa probada de que el incapacitado estaba sujeto a «una afección mental irreversible», lo que postulaba una sentencia contraria, y se ha dejado impresionar por el hecho de que el enfermo realizase una actividad «cuasi-mecánica», cual la de traducir un idioma extranjero asequible (*sic*), sin considerar la doble vía mental que tales enfermos llevan. Todo esto, sin perjuicio de que—con los enormes avances de la psiquiatría—fuere aconsejable una revisión de nuestros textos legales, no por existir laguna, sino para acomodar su lenguaje y perfilar conceptos, pero esta labor incumbe al legislador.

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

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que, aunque la dualidad tutela y curatela, que se da en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico, desaparece de *nuestro Código civil*, que, inspirado en el francés, *refunde las instituciones pupilares bajo un solo nombre de tutela, subsiste una gran variedad de matices dentro de ella*, pues mientras en unos casos se encamina fundamentalmente a la guarda de la persona y bienes (menores, locos y sordomudos), en otros se instituye para la administración de los bienes (la de los sujetos a interdicción—art. 229—, la de los pródigos—art. 221—), y en otros muchos sólo se suple la capacidad para actos muy concretos y determinados—la del marido menor de dieciocho años (art. 59 del C. c.), la del ausente (arts. 184 y 189), la de administración del peculio donado al menor (art. 162), la del llamado «defensor» para el caso de derechos contrapuestos entre padres e hijos (art. 165), la del menor emancipado (art. 317), etc.—, *lo que quiere decir que la unificación ha sido más formal que real*, pues, aunque desaparece el nombre de *curatela*, sólo incidentalmente mencionado en el artículo 1.764, se provee bajo el nombre unificado a las múltiples necesidades a que aquella institución respondía; así como también se pone de relieve que, *aunque se consagra el principio de tutela familiar, es constante y destacada la intervención judicial dentro de la organización tutelar*, pudiendo decirse que en los procesos sobre declaración de incapacidad mental predomina un interés público, cual es el de evitar, por una parte, que seres incapaces puedan ser dueños de sus actos, así como que seres capaces puedan ser limitados en sus posibilidades de actuar libremente, y *por ello la actuación del Juez goza de mayor amplitud de la que tiene en los demás procedimientos civiles, tanto para llegar a la obtención de la verdad material como para acompañar la extensión del organismo supletorio a las necesidades del incapacitado, ya se trate de los casos previstos por la Ley como de aquellos otros que no lo han sido*; en este sentido, ha llegado a decir la sentencia de este Tribunal de 17 de junio de 1943, repitiendo lo que ya dijo la más antigua de 7 de diciembre de 1901, que a la Autoridad judicial, incluso para las tutelas ya constituidas, «*compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses del menor ó incapaz, según determinante disposición del artículo 292 del citado Cuerpo legal*».

Considerando: Que *en nuestro Código civil se aprecia un positivo vacío legal al regular la tutela de los «impedidos mentales», al no hacer mención de algo que hoy es imposible desconocer, cual es la variedad de matices que la realidad de cada día brinda a través de los informes periciales y de la directa observación del Juez, según la cual «existen enfermos mentales que proceden en su vida corriente con cierta normalidad, pero que reintegrados, sin amparo de ninguna clase, a la plenitud de su capacidad de obrar podrían perjudicar a su propia persona, a sus intereses, los de su familia y los de la sociedad en que viven»; para ellos, tan inadecuada es la absoluta incapacidad como la plena capacitación legal; poco importa que el silencio o desconocimiento por la Ley de estas situaciones intermedias sea intencionado, como parece demostrarlo el hecho de no haber seguido el proyecto de 1951, que las preveía, ni los ejemplos del Código francés de 1804, e italiano de 1865, que también las recogía; lo efectivo y real es la existencia de situaciones no previstas: el Código sólo*

prevé el intervalo lúcido a un solo efecto, en el artículo 665; pero no la «semi-lucidez permanente», a la que deben proveer los Tribunales de Justicia, haciendo uso del relevante poder que el Código español les atribuye en la organización de la tutela, y respondiendo a la obligación de fallar en cada caso, aun en aquellos de silencio u oscuridad legal; *abundando en esta idea, la sentencia de 5 de marzo de 1947* dice que, a pesar de que «los preceptos del Código adolecen de una manifiesta omisión, al no establecer, a los fines de protección tutelar la diferencia entre el estado de demencia y el de retraso o debilidad mental...», «como la demencia y el retraso mental constituyen estados distintos y faltan en la Ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de dichos supuestos, no sólo no existe obstáculo legal que impida acomodar, en este último, la amplitud de las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecie en cada caso, sino que, además, constituyendo uno de los fines perseguidos por el Código civil en materia de incapacidad, el de establecer la debida congruencia, resulta lógico, y conforme con las exigencias de la realidad, ajustar la extensión de la tutela, en los casos de retraso mental, al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste»; doctrina que debe suscribirse por completo, y a la luz de la cual, lo dispuesto en los artículos 218, párrafo 2.º, y 221, no son sino posibilidades previstas que no constituyen obstáculo, sino estímulo y ejemplo de aquellas que no lo fueron; *sin que*, con ello los Tribunales instauren un sistema de «*numerus apertus*» sobre las causas de incapacitación y sobre la estructura de la tutela, pues sólo se trata de acompañar, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, a la realidad, una institución creada; «tutela de los locos o dementes», sin discriminación de matices fundamentales dentro de ellos como corresponde; aparte de que el artículo 32 del Código civil se refiere a la imbecilidad, como «una restricción de la personalidad jurídica», que, de no prevalecer la interpretación a que se ha llegado, quedaría sin posible complemento, ya que el párrafo 2.º del artículo 200 del Código se refiere sólo «a los locos o dementes», y a ellos no pueden asimilarse totalmente los débiles mentales y los «imbéciles», no obstante la disyuntiva que emplea el mencionado artículo.

Considerando: Que el único tema propuesto, a la casación por este recurso, que ampara su único motivo en el párrafo 1.º del artículo 1.692, por interpretación errónea de los artículos 199, 200-número 2.º, 213 y 218 del Código civil, es el de que la tutela de los declarados incapaces (art. 213), conforme al número 2.º del artículo 200, no puede ser sometida a limitaciones en su ejercicio, sino que ha de ser absoluta, como absoluta ha de ser la incapacidad, y que la sentencia de instancia interpretó mal la Ley, al consentir que fueran cercenadas, en la resolución del expediente de jurisdicción voluntaria pertinente, las facultades del tutor que había sido nombrado al recurrido cuando se declaró su incapacidad, en la misma medida en que era ampliada la capacidad del pupilo; y procede desestimarle, por virtud de lo expuesto en los razonamientos que anteceden y de las siguientes consideraciones referentes al caso debatido: Primera: El hecho que la instancia nos da como probado, no combatido en casación, es que «las conclusiones médicas que sirvieron de base a la declaración de incapacidad de 20 de febrero de 1950, no han tenido una posterior confirmación, pues en aquéllas se afirmaba categóricamente que la enfermedad que padece, parálisis general progresiva, es incurable y fatalmente progresiva...»; mas es lo cierto—sigue diciendo la mencionada sentencia—que en los años transcurridos, a partir de dicha resolución, el tutelado ha venido

desempeñando durante algún tiempo el puesto de traductor en una organización oficial y, por tanto, haciendo una vida normal dentro de sus limitadas facultades...); y en posteriores informes, dados igualmente por especialistas médicos, transcritos en la sentencia de instancia, se llega a afirmar: «que la responsabilidad integral del incapacitado se encuentra limitada por las secuelas de su afección de modo parcial», lo que «fue la causa de la 'rehabilitación parcial' del incapacitado», llevada a cabo por el Juzgado en el expediente oportuno, a instancia precisamente del Ministerio Fiscal. Segunda: Que en virtud del carácter activo que, según el Considerando 1.º de esta sentencia y por los razonamientos allí alegados, se da a la Autoridad Judicial en lo referente a tutela, la modificación pudo hacerse incluso de oficio, sin la instancia de parte y aun sin la petición del Ministerio Fiscal. Tercera: Que la modificación acordada por Auto del Juez, que confirma la Audiencia en el suyo de 21 de diciembre de 1962, obedece a la adecuación de las facultades del organismo supletorio de capacidad a la situación real y actual del incapacitado

ACUERDO DEL CONSEJO DE FAMILIA, RESPECTO DE LA VENTA DE BIENES DE UN MENOR: problema de si el tutor puede o no ser suplido por el Consejo de Familia; acuerdo tomado por los tres únicos Vocales, siendo uno de ellos interesado en la operación; problema de la responsabilidad de los Vocales.—**VENTA REALIZADA, CON BASE A UN ACUERDO DEL CONSEJO DE FAMILIA, DECLARADO NULO:** protección o no de los adquirentes o buena o mala fe de éstos. *Repercusiones registrales.* Bellpuig c. O'Callaghan, Bellpuig, Murtra y Castells (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—Es *quaestio facti*—hecho probado—la nulidad absoluta del acuerdo adoptado por el Consejo de Familia para la venta de los bienes de la menor: en tales supuestos, la Ley ha impuesto un cauce obligado, unas autorizaciones previas, unas garantías de defensa, parte de las cuales están recogidas en el artículo 269 del Código civil... Aunque tales facultades, en caso de emergencia o necesidad—a falta de tutor—pueden ser suplidas por el Consejo de Familia, será siempre indispensable que el acto del Consejo sea válido; porque si no lo es, procederá la nulidad radical de todas las consecuencias derivadas de dicho acto. Declara nula de pleno derecho la autorización del Consejo para la venta de los bienes de la menor, procedía declarar la nulidad de la compraventa posterior y fijar las indemnizaciones pertinentes...

Antecedentes: 1) El abuelo de la actora, como heredero universal de confianza y distributario de su fallecida esposa, tenía facultad entre vivos o en última voluntad para distribuir entre los hijos comunes o entre los nietos, a partes iguales o desiguales, nombrando uno o varios herederos, e incluso variando o modificando la distribución tantas veces como tuviera por conveniente, el patrimonio de su esposa. 2) Deseando proceder a la distribución de los bienes de su esposa que tenía encomendada, dicho señor procedió a efectuar una serie de adjudicaciones a sus hijos y nietos de tales fincas. Entre ellas, adjudicó a su nieta, entonces de quince meses—la aquí demandante—la nuda propiedad de cierta finca, que se consolidaría con el usufructo al morir el adjudicante—siendo representada por su madre, ya viuda—. 3) En 1955,

diez años después, la madre había contraído segundas nupcias, lo que la privaba legalmente (en aquellas fechas) de la patria potestad de su hija menor. Sometida ésta a tutela, no se la designó tutor, protutor ni Consejo de Familia en tales momentos. Necesitándose, al parecer, proceder a la venta de la finca de la menor, se constituyó el Consejo de Familia ante el Juzgado de Paz, compuesto por el abuelo (Presidente) y dos tíos (uno de cada rama)—demandados en este pleito—. Al día siguiente de constituido, el Consejo acordó, por unanimidad, proceder a la venta de la finca de la menor, facultando al Presidente para llevar a efecto los trámites necesarios para dicha transmisión, mediante subasta notarial anunciada en el *Boletín Oficial* de la Provincia. No se solicitaba la autorización judicial pertinente, ni constaban las causas de utilidad o necesidad para la menor. Uno de los Vocales estaba interesado en la operación, por tener instalado un molino en dicha finca y explotándolo conjuntamente con otras personas. Tampoco constaban los requisitos previos necesarios para la *delación* de la tutela, ni la inscripción en el Registro correspondiente. 4) Tres meses después, se celebró ante Notario la subasta pública para la venta de la finca de la menor: se adjudicó en 3.000 pesetas a dos compradores *pro indiviso*—los aquí demandados hermanos Castells—, y se hacía constar que dicho precio se ingresaría en una libreta de ahorros a nombre de la menor en la Caja de Pensiones de Barcelona. De hecho, no se hizo ningún depósito a nombre de la menor. Los compradores inscribieron su adquisición en el Registro de la Propiedad. 5) Años más tarde, en 1960, a instancia de la aquí actora, se levantó a los demandados, señores Castells, *acta de presencia*, en la que «reconocieron su adquisición, que el molino en la finca comprada instalado era del señor O'Callaghan (pues antes de comprar él todo, lo habían estado explotando conjuntamente con dicho señor), que el precio realmente satisfecho fue de 125.000 pesetas (aunque sin discriminar qué cantidad correspondía a la casa y cuál al molino), que la suma citada como precio la cobró el señor O'Callaghan, y que no adquirieron el todo hasta que no se pudo hacerlo en forma legal e inscribirlo en el Registro de la Propiedad»... 6) La actora estimaba que se le habían causado unos perjuicios a sus intereses, privada durante diez años de un bien suyo y de sus beneficios o ganancias: cifraba como daños y perjuicios la cantidad de 500.000 pesetas, de las que debían responder los participantes en la trama denunciada.

La demandante terminaba con la súplica—posteriormente ampliada en nuevo escrito—de que se dictare sentencia, por la que se declarase (se expone aquí en forma sistematizada, tras ambos escritos): a) la nulidad absoluta del acuerdo tomado por el Consejo de Familia y declarar la incompetencia del mismo por no estar constituido conforme a Ley; b) la inexistencia del contrato de compraventa implícito en el acta de subasta pública de 1955, por falta del consentimiento del representante legal de la menor, que debió ser el tutor (no el Presidente del Consejo de Familia, con la autorización de los Vocales del mismo); c) la nulidad absoluta del título por el que se inscribió en el Registro de la Propiedad la finca citada, por incumplimiento total de la forma de expresar el consentimiento; d) acordar, en consecuencia, la cancelación total de la inscripción registral practicada, por nulidad absoluta del título inscrito, conforme a los artículos 79 de la Ley Hipotecaria y 173 del Reglamento Hipotecario; e) que la finca descrita es del absoluto dominio y propiedad de la actora; f) el derecho de la actora a ser indemnizada por daños y perjuicios en la suma de 500.000 pesetas, en principio, y sin perjuicio

de lo que se diga en su día en ejecución de sentencia; y g) que se ordene la anotación preventiva de esta demanda en el Registro de la Propiedad, ofreciendo prestar caución por los posibles daños y perjuicios, caso de ser absueltos los demandados.

Prestada la caución y declarada bastante, el Juez decretó la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

El demandado señor Murtra fue declarado en rebeldía, y se le tuvo por contestada la demanda. Los otros dos demandados contestaron y se opusieron, contestando a la demanda en términos muy parecidos, explicitando las circunstancias de la formación del Consejo de Familia, legalidad de su actuación y de la venta, y carencia de perjuicios para la actora (además de aludir a la posible convivencia del demandado, ausente inexplicablemente, con la actora). Terminaron uno y otros suplicando se les absolviera de la demanda.

El Juzgado, para mejor proveer y con suspensión del plazo para dictar sentencia, ordenó la práctica de la prueba pericial por Arquitecto, para dictaminar el *valor en venta* en la fecha de su venta y la *renta anual* de la cosa litigiosa, lo que se verificó ante el Juez y Letrados de las partes. Levantada la suspensión, dictó sentencia, estimando en parte la demanda y estableciendo los pronunciamientos siguientes: 1) la nulidad absoluta del acuerdo tomado por los Vocales del Consejo de Familia; 2) la nulidad absoluta de la compraventa efectuada en subasta voluntaria y, por tanto, ordenaba la cancelación de la inscripción de dominio a favor de los compradores, 3) que la citada finca pertenece en pleno dominio a la actora; y 4) condenar a los demandados (Vocales del Consejo) a pagar a la actora, como indemnización por los daños y perjuicios sufridos, una quinta parte cada uno de ellos de la cantidad de 16.530 pesetas (los causados desde la enajenación hasta el mes en que se dictaba el auto), más la cantidad que proporcionalmente corresponda al tiempo que transcurra en más hasta la definitiva ejecución de este fallo, y absolviendo libremente a los demandados de las restantes pretensiones contra los mismos.

La Audiencia, resolviendo el recurso interpuesto *solamente* por los demandados señores O' Callaghan y Bellpuig, dictó sentencia, por la que: confirma la sentencia de instancia en cuanto a la declaración contenida en el *primer pronunciamiento*, y revocándola en cuanto a los restantes; condenando a los demandados (Vocales del Consejo) a pagar a la actora por partes iguales, como indemnización por los daños y perjuicios sufridos, la suma de 3.000 pesetas, con sus intereses legales desde la fecha de enajenación de la finca; y absolverles, *junto con los demandados* señores Castells, del resto de las pretensiones de la demanda.

La demandante recurre en casación ante el Tribunal Supremo en base a los *cuatro motivos* que seguidamente se resumen:

Primero.—Viola, por inaplicación, el artículo 4.º del Código civil: al confirmar el primer pronunciado de la sentencia del Juzgado, reconoce la nulidad absoluta del acuerdo tomado por los Vocales del Consejo de Familia, y, sin embargo, concede plena validez y efecto a la compraventa, por estimar que la causa de nulidad del acuerdo no arrastra indefectiblemente la del acto de enajenación; al parecer, la Sala cree que la nulidad del acuerdo viene impuesta por el artículo 1.300 del Código civil y que el contrato de compraventa se perfeccionó por concurrir los requisitos del artículo 1.261 del Código civil; pero es el artículo 4.º el que sanciona con la nulidad absoluta los actos eje-

cutados contra Ley, y es obvio que, si el acto previo necesario para otorgarse la venta (o sea, la autorización del Consejo de Familia) resultó nulo de pleno derecho, no pudo darse la venta posterior, fundamentada en dicho acto.

Segundo.—Viola, por no aplicación, el artículo 269, 5.º, del Código civil: al declarar la sentencia recurrida—pese a reconocer la nulidad e ineficacia de la autorización del Consejo de Familia—que es válida la compraventa celebrada sin tal autorización; dicha venta es radicalmente nula en sí misma por falta de dicha autorización (aparte de que sea nulo el acto jurídico que le sirva de base); sin embargo, la Audiencia cree que no concurre vicio que invalide la venta y si concurren los requisitos necesarios para su existencia, y que, por tanto, el comprador adquirió de buena fe: pero ningún principio de nuestra legislación protege a quienes de buena fe *celebraron* contrato radicalmente nulo y no como «terceros», sino como directa «parte» contratante; distinto sería si se tratase de terceros hipotecarios protegidos por el principio de la fe pública registral; la finca adquirida debe correr la misma suerte que la de los bienes adquiridos de buena fe, procedentes de robo o hurto; sin perjuicio de las acciones que les asistan contra los componentes del fraudulento Consejo de Familia o sus causahabientes, responsables: confirma este criterio expuesto la doctrina de la sentencia de 23 de junio de 1953.

Tercero.—Interpretación errónea del artículo 312 del Código civil: al estimar la sentencia recurrida que «la responsabilidad decretada para los Vocales del Consejo de Familia por el artículo 312 del Código civil es vía adecuada para resolver *todas las cuestiones* que con respecto a sus deberes tutelares con el incapacitado o menor»; pero es obvio que dicho precepto establece unas condiciones mínimas de responsabilidad, *independientes* de otras de mayor cuantía: así, si se infringe una norma del Código Penal, deberán ser castigados criminalmente, y lo mismo ocurrirá si con mala fe realizan un acto contrario a lo establecido en la Ley civil (el acto será nulo, con todas sus consecuencias).

Cuarto.—Viola el principio de congruencia, al otorgar el fallo, más de lo que ante la Sala pudo pedir legítimamente la parte apelante: ya que los *únicos* apelantes entre los demandados fueron los señores O' Callaghan y Bellpuig y, por tanto, el fallo del Juzgado ganaba firmeza para los otros demandados (los compradores de la casa y el declarado rebelde): los apelantes sólo podían impugnar la sentencia en los puntos en que les afectara personalmente y tales puntos quedaban constreñidos al *primer pronunciado* del fallo, y el interés en obtener la validez y eficacia de la venta sólo podía asistir a los adquirentes de la finca, quienes consintieron en la sentencia del Juzgado, y al otorgar la Sala más de lo que se le pudo pedir, ha infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo estima el recurso, con la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero

Considerando: Que partiendo del *hecho afirmado*, no ya en los Considerandos, sino en la *parte dispositiva de la sentencia recurrida*, al confirmar *íntegramente el primer pronunciamiento de la del Juzgado* de Primera Instancia, o sea, la *nulidad absoluta y de pleno derecho del acuerdo* tomado por los Vocales del Consejo de Familia de la menor M. D. B. M., para la venta de la nuda propiedad de la casa debatida en el pleito, *hay que acoger íntegramente los dos primeros motivos* de este recurso, amparados ambos en el nú-

mero 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por falta de aplicación de los artículos 4.º y 269 del Código civil; en el primero de los cuales se dice que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley», y en el caso de venta de bienes de menores, la Ley ha impuesto un cauce obligado, unas autorizaciones previas, unas garantías de defensa, parte de las cuales están recogidas en el artículo 269, a que se refiere el segundo motivo, que prescribe que «el tutor necesita autorización del Consejo de Familia para enajenar o gravar bienes que constituyan su capital», y aunque esas facultades, cuando no está nombrado aún el tutor, en casos de emergencia o necesidad, según el sentir de la jurisprudencia, podrán ser suplidas por el Consejo de Familia, será siempre indispensable que el acto del Consejo sea válido, porque si no lo es, como ocurre en este caso, procederá la nulidad radical de todas las consecuencias derivadas de dicho acto; tesis que sostuvo el Juzgado de Primera Instancia y que fue indebidamente rectificada en la apelación, donde, después de declarar, como hemos dicho antes, nulas de pleno derecho las autorizaciones del Consejo de Familia para la enajenación de los bienes de la menor, proclama la validez de la compraventa que se llevó a cabo con base en dichas autorizaciones, cuando debió declarar la nulidad y fijar las indemnizaciones, partiendo de los dictámenes periciales emitidos al efecto, como también lo hizo la primera instancia, cuya resolución fue acatada expresamente por los principales perjudicados, los compradores de la finca, que no apelaron.*

Considerando. Que, una vez admitidos los dos primeros motivos de este recurso, se hace innecesario entrar en el estudio de los demás.

J. C. G.

V. SUCESIONES

DEFENSOR JUDICIAL. PARTICION. Artículo 165 del Código civil. El artículo 165 del Código civil tiene carácter imperativo, debiendo ser interpretado con la necesaria amplitud para salvaguardar el principio de interés público que en él se contiene (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1969).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores y apelados contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había revocado la del Juzgado número 4 de esa capital, en virtud del siguiente género de razones:

Considerando: Que las ideas de seguridad y certidumbre, básicas en todo Ordenamiento jurídico, se agudizan, si cabe, cuando se trata de resoluciones que no están dejadas al libre juego de las voluntades particulares, y en las que el querer legalmente manifestado, llega a ser Ley para los que lo sienten concurrentemente, sino, por el contrario, se encuentran impregnadas de principios de Derecho imperativo, destacando en ellos un incuestionable carácter público, incompatible con aquel arbitrio individual, cual sucede en

las relaciones familiares y tal vez de modo más notorio, dentro de las mismas, las denominadas paternofiliales, de peculiar configuración, en las que fallan los conceptos típicos del Derecho privado clásico, pues en el régimen de la patria potestad, la titularidad del padre, más que como verdadero derecho, debe configurarse como función o, si se quiere, poder-deber, en el que su legal representación demuestra la inadecuación de aquellos conceptos, porque vendría a resolver el llamado derecho en nombre propio sería ejercido contra sí mismo como representante de aquel en cuyo nombre actúa, con una notificación contraria con los términos derecho y deber dentro de la misma relación jurídica, todo lo cual exige un cuidado especial en su tratamiento y justifica las medidas que las legislaciones dictan en esta dirección, en el sentido de proteger y tutelar como más digno de ello el interés de la familia abstracta y genéricamente considerada, evitando al máximo los posibles conflictos de otra clase de intereses que deben estar subordinados a aquél, aunque intercedan entre padre e hijos, pues si entonces la Ley parece amparar a éstos especialmente, lo que en verdad tutela es el referido interés superior, personificado en los hijos por la necesidad de proteger, incluso frente a sus genitores, los derechos de los que, por su edad u otra circunstancia que restrinja su capacidad, no estén en condiciones de solicitar directamente la protección legal, ideas todas ellas elementales en un régimen jurídico normal, a las que responde el sistema, de que se hace eco el artículo 165 de nuestro Código civil, donde terminantemente se preceptúa que «siempre que en algún asunto, el padre o la madre, tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él», disposición imperativa, de ineludible observancia, cuya aplicación deberá ser interpretada, como ya manifestó precedentemente la jurisprudencia de esta Sala, con la necesaria amplitud que permite la vigencia del principio, impidiendo que quede inaplicable por criterios extremadamente restrictivos y con un sentido marcadamente público, antes que individualista y privado.

Considerando: Que dentro de los actos que requieran la protección especial a que se acaba de hacer referencia, en cuanto que implica una auténtica contraposición y contraste entre los intereses de los hijos menores y los de sus padres, bajo cuya patria potestad se encuentra, es preciso señalar los referentes a la formación de inventario y adjudicación de bienes hereditarios que integran el fenómeno jurídico de la división o partición propiamente dicha, porque la distribución o adjudicación, es susceptible de interpretaciones y cumplimientos diversos que pueden perjudicar a los que no están en condiciones de defender su derecho por sus propios medios, como lo entendió siempre la jurisprudencia de esta Sala, pues en la sentencia de 26 de noviembre de 1955 dijo que la Ley concede al inventario una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, debiendo intervenir, a nombre de los menores de edad, sus representantes legales y, por tanto, sus defensores judiciales..., cuando existan intereses contradictorios entre éstos y el padre o madre respectivos, añadiendo en la de 17 de enero 1957, que la madre, viuda, dotada de patria potestad sobre sus hijos menores, puede representarlos, salvo en los negocios en que tenga con ellos un interés opuesto o en pugna, cual sucede en el caso, entonces contemplado de una partición, en que los hijos eran herederos y la madre heredera usufructuaria, para terminar en la sentencia de 14 de diciembre de 1957, sosteniendo que la partición ha de ser presidida con un criterio de estricta equidad, con el fin de que los coherederos reciban cosas de la

misma naturaleza, calidad y especie, incompatibles con la posibilidad de que su padre sea deudor de la masa hereditaria, estando instituidos los hijos de aquél, nietos de la testadora, porque ello está demostrando la existencia de un interés opuesto entre uno y otro; todo lo cual se agudiza en cuanto a exigencia, cuando la atribución de actos se hace en el testamento, no de manera específica, con aplicación y eficacia respecto de bienes determinados, sino de modo global, con referencia a una parte alicuota, como estimó la propia legislación, especialmente en el texto del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor «la liquidación y particiones de herencia, hechos extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores partidores nombrados por el testador, deberán presentarse a aprobación judicial, siempre que tenga interés en ellas como herederos o legatarios de parte alicuota, algún menor, incapacitado o ausente, cuyo paradero se ignore».

Considerando: Que en el pleito que da origen al presente recurso, no ha existido la menor duda respecto del supuesto fáctico que la sentencia recurrida admite también de manera expresa, consistente en que, después de fallecido el causante, abuelo de los actuales recurrentes, se procedió a la operación de inventario y adjudicación de los bienes de la herencia, en la que los mencionados recurrentes, a la sazón menores de edad, habían sido instituidos herederos en la mitad de una cuarta parte en concurrencia con su padre e hijo del testador, el cual, ausente de España por entonces, concedió autorización a su esposa para representar a los hijos de ambos, sin recurrir al mecanismo legal del defensor judicial que la Ley prevé, según se ha expuesto con precedencia, necesario en todos los supuestos del género, en los que la pugna de los intereses es indiscutible, ya que la parte alicuota, pero imprecisa en cuanto a su especificación, que habrá de entregarse a unos y a otros, dependerá del criterio que se tenga en cuenta y disposición que se estima conveniente por los que llevan a cabo la adjudicación que puede suponer una gran desigualdad, como, en efecto, lo supuso en este caso, en que a los menores de edad se atribuyeron unos bienes muebles y parte del ajuar de la casa del causante; mientras que los herederos mayores de edad (entre otros, el padre, ausente), partícipes y actores del acto que más tarde fue objeto de impugnación, se atribuyeron el único inmueble existente en el caudal relicto que el mismo día, con la sola y única voluntad de los que ya se consideraban propietarios individuales, vendieron a otra persona en contra, sin duda alguna, o por lo menos al margen por completo del interés, conveniencia y voluntad de los que tenían derecho a parte del señalado bien, según la Ley testamentaria de que fueron desprovistos, sin observancia o funcionamiento legal predispuesto para estos casos, como con todo acierto puntualizó el Juzgado de Primera Instancia.

Considerando: Que al no estimarlo así la sentencia recurrida, entendiéndolo no ser precisa, en el supuesto que aquí se contempla, la aplicación de las indicadas normas legales, es evidente que viola el precepto contenido en el artículo 165 del Código civil, como se sostiene en el motivo 4º del recurso, en el que, por la vía del ordinal 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción por inaplicación del citado artículo sustitutivo, en relación con el 4º del mismo Código, o, subsidiariamente, con el 1.261, apartado 1º, del propio tracto legal, que, en consecuencia debe ser estimado, lo cual, sin necesidad de proceder al examen de los restantes motivos formulados, condene a la casación y anulación de la sentencia recurrida, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las cuotas causadas.

En su segunda sentencia, confirmando la del Juzgado, «condena a los demandados a considerar como nula, inválida y sin valor alguno en Derecho, la escritura de inventario y adjudicación de los bienes de la herencia de don M. T. S., de fecha 12 de marzo de 1956; a estimar como igualmente nula, y sin valor alguno en Derecho, la escritura de compraventa de finca, procedente de la señalada herencia otorgada en la misma fecha; y, finalmente, a que el demandado J. M. B. devuelva y reintegre a la masa de bienes de la herencia indicada la finca que fue objeto de la compraventa, cuya nulidad se declara, así como los terrenos que se adjudicó como exceso de cabida de dicho inmueble, por escritura de 12 de agosto de 1956».

PARTICION POR COMISARIO. Artículo 1.057 del Código civil. El contador ostenta las mismas facultades que el testador para realizar la partición, sin necesidad de anuencia o confirmación de los herederos (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1968).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, desestima el recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que, a su vez, había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia de Plasencia, conforme a los siguientes razonamientos:

Que, respecto al primer motivo del recurso, pese a la cita que se hace en su enunciado, de diversos preceptos contenidos en el Código sustantivo, es de ver que con ella sólo se persigue debatir la tesis sostenida, en la sentencia contra la que se recurre, de no ser admisible que la partición efectuada en las circunstancias y con las consecuencias que lo fue, la impugnada en la demanda origen del presente juicio, pueda estimarse incurso en la nulidad absoluta y radical que se propugna por el actor; y así, circunscrita la cuestión crucial de la litis y atendida la resultancia del elemento fáctico, no impugnado en el recurso, es obligado observar: A) que la ausencia, dentro del Código civil de una teoría general sobre la nulidad de los actos jurídicos, ha tenido que suplirse, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, apoyándose en preceptos dispersos del propio Código, fijando el matiz absoluto o relativo que puede ofrecer tal nulidad, y relacionando su posibilidad, con los diversos elementos que integran la relación jurídica; y así se ha puntualizado que la nulidad absoluta se puede apreciar en orden al «sujeto» (cuando el realizador del acto carece de titularidad para llevarlo a cabo); al «objeto» (si el acto contiene materia ilícita, contraria al orden público que resulte imposible, en el aspecto físico o repudiable en el moral); a la «causa» (si ésta no existe o es ilícita o totalmente falsa), y hasta a la «forma», en los casos excepcionales en que ésta es absolutamente necesaria para la validez del acto; fuera de todas estas hipótesis, el acto jurídico, si advino con algún vicio o produjo alguna lesión, a un derecho protegido, será simplemente «anulable», dentro de los requisitos de tiempo y forma que la Ley, para cada caso, establece, siendo la posibilidad de subsanación o confirmación la que, principalmente, señala la línea divisoria entre las dos especies de nulidad. B) Por otra parte, y circunscrita la posible nulidad a la partición efectuada por contador designado al efecto en el testamento por el causante de la herencia, hay que tener

presente que tal contador subroga y reemplaza *post mortem* a la persona del *de cujus* y ostenta sus mismas facultades para llevar a efecto la partición dentro de las normas señaladas por aquél y sin necesidad, para su validez, de asistencia o anuencia de los herederos, a quienes, no obstante, queda a salvo su derecho de impugnarla en juicio, por defecto o lesión capaz de anularla o rescindirla, pero ello dentro del plazo de duración que la Ley concede a la oportuna acción impugnatoria; transcurrido el cual, la partición se ofrece como inconvencible; puede decirse, en suma, que la total y definitiva eficacia de la partición, realizada por contador testamentario, no requiere confirmación alguna de los herederos y basta, por ello, la inacción de los mismos, mientras dura la acción impugnatoria que la Ley, al efecto, concede a los interesados en la sucesión. C) Que, por ello, en el caso de autos, realizada la partición por uno de los contadores partidores, nombrados solidariamente por el testador, sin que en la misma se contenga nada ilícito, inmoral ni abiertamente contrario a la voluntad del causante y sin más intervención que la obligada del cónyuge sobreviviente, para proceder a liquidar la Sociedad legal de gananciales; formalizada por escritura pública tal partición, posesionados los partícipes de los bienes adjudicados y transcurrido, con exceso, el plazo de duración de la acción para denunciar cualquier vicio concurrente o lesión resultante de ella, la partición se hizo total y definitivamente eficaz, y ya no cabe denunciar con éxito su nulidad, ni aun con ese carácter absoluto que en nada se desprende de los hechos resultantes de autos, por lo que, al no existir las infracciones legales que en el motivo se aducen, éste resulta inviable.

Que tampoco cabe admitir las alegaciones en que se apoya el segundo motivo del recurso, ya que: 1.º Una sentencia absolutoria no puede tacharse de incongruente, si la absolución se produce por causa de excepción, sosteniendo por la parte a quien favorece. 2.º En el caso de autos, sólo se postuló la declaración de la nulidad absoluta de la partición efectuada, tema debatido ampliamente en la litis y que fue rechazada, de modo expreso, en las sentencias de instancia. 3.º La tesis referente a la imposibilidad de accionar, para pedir que se declarase la nulidad, con carácter relativo, de la partición discutida, sólo se trata en la sentencia impugnada como argumento *ad maiorem* y no precisamente de oficio, pues tal cuestión fue claramente planteada en los fundamentos de Derecho, base de la oposición deducida, a la pretensión actora, en el escrito contestando a la demanda. 4.º No hay pues, y en definitiva, incongruencia alguna entre lo pedido y lo resuelto, ni la sentencia recurrida, se pronunció sobre ningún extremo, no propuesto en la litis.

PARTICION. COLACION. *Artículos 1.074 1.035 y 1.046 del Código civil. La partición aprobada judicialmente no tiene el carácter de cosa juzgada y puede ser impugnada por los perjudicados. El artículo 1.035 del Código civil sólo se refiere a las donaciones entre vivos (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1969).*

El Tribunal Supremo, en sentencia pronunciada, siendo ponente el Magistrado don Tomás de Ogayar y Ayllón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado número 25 de esta capital, que, a su vez, declaró rescindida por lesión una partición, aprobada por auto de la Sala 3.ª de lo Civil de la expresada Audiencia, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando: Que las cuestiones discutidas en la sentencia, y tema del presente recurso, consisten en dilucidar si la aprobación judicial de partición, hecha en juicio de testamentaria, tiene o no la autoridad de cosa juzgada y ha de pasarse por ella, y si en caso afirmativo, establecida en dicha partición la obligación de colacionar la mitad del valor de una finca supuestamente donada, tal colación ha de figurar por su otra mitad en la herencia del cónyuge, cual previene el artículo 1.047 del Código civil.

Considerando: Que la finalidad del juicio de testamentaria radica en la práctica de la partición, cuya aprobación por las interesadas no es esencial, dado que ante el silencio de éstos, con la pérdida del trámite procesal de impugnación, tiene el juzgador el imperioso deber de aprobarlas (sentencia de 18 de junio de 1928), pero esta aprobación judicial no varía la naturaleza del acto particional, y es sólo el medio de poner fin al proceso de testamentaria cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten, por lo que tal aprobación judicial no puede impedir que los coherederos, al amparo del artículo 1.073 del Código civil, soliciten su rescisión, dado que el precepto expresa «las particiones», sin distinguir de entre las varias clases de las mismas, y ello es así, porque, como declaran las sentencias de 30 de enero de 1955, la acción impugnativa a que se refieren los artículos 1.086 y 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil versa sobre partición en proyecto, cual lo califica el artículo 1.083 de dicha Ley; mientras que la acción, prevista en el 1.074 del Código civil, actúa sobre partición ya efectuada, la que, como negocio jurídico, puede adolecer de vicios o imperfecciones que la aprobación judicial no puede subsanar, y que son susceptibles de dar origen a su impugnación e ineficacia, no sólo por las mismas causas por las que se rescinden las obligaciones (art. 1.073), sino también como causa especial, por la lesión en más de la cuarta parte que preceptúa el artículo 1.074, rescisión por lesión aplicable a todas las operaciones particionales, sin más excepción que las señaladas en los artículos 1.075—cuando la partición la hace el mismo testador—y 1.078 del Código civil—cuando el adjudicatario ha enajenado los bienes adjudicados—.

Considerando: Que, por lo expuesto, *la partición aprobada judicialmente no tiene el carácter de cosa juzgada* y es susceptible de ser impugnada por los en ella perjudicados, ejercitando las acciones pertinentes, bien sean de nulidad, de rescisión o de modificación o complemento, pues así como las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio unánime de todos los herederos, pueden ser impugnadas posteriormente por diversas causas, según declara la sentencia de 29 de marzo de 1958, en las aprobadas judicialmente, cabe la misma impugnación, tanto si los interesados manifiestan su conformidad, pues ésta no puede purgar los vicios de consentimiento y la lesión se reputa como tal, como si dejan transcurrir el término sin hacer oposición, que son los dos supuestos a que se refiere el artículo 1.081 de la Ley procesal, dado que este silencio, y pérdida del trámite para impugnar la partición, no revela conformidad con la misma ni impide el juicio declarativo correspondiente, según afirma la sentencia de 3 de diciembre de 1928.

Considerando: Que la doctrina expuesta hace perecer los motivos que se sustentan en la inimpugnabilidad del cuaderno particional combatido, y así decae el motivo 3.º, porque la aprobación judicial de aquél no constituye cosa juzgada, según antes se afirma, además de que no cita Ley o doctrina legal infringida, incurriendo así en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 de la Ley procesal, que en este trámite se convierte en causa de desestimación; los motivos 1.º y 2.º, pues ni se aplica mal ni se interpreta con error el artículo 1.076 del Código civil, al afirmar que, a pesar de la aprobación judicial,

puede instarse la rescisión por lesión; el motivo 4.º, pues la partición impugnada no está aceptada por las hoy recurridas las que anunciaron su oposición, ni este consentimiento, en el caso de existir, puede impedir, según antes se razona, la impugnación por lesión; el motivo 10, porque la cuantía de la lesión, como cuestión de hecho, sólo puede ser discutida por la vía del número 7.º y no del 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal; el motivo 11, porque la partición impugnada no puede ser vinculante para las recurridas; y los motivos 12 y 13, porque inciden en el mismo defecto del 3.º, al no citar Ley ni doctrina legal infringida.

Considerando: Que los cinco motivos restantes se refieren a la obligación de colacionar en la herencia de la madre de los litigantes, debido a que, impuesta la misma en la partición del padre, ya no puede discutirse su procedencia, pero esta argumentación carece de base, puesto que, pudiendo impugnarse dicho cuaderno, no cabe duda se basa en la diferencia de valor que se dice existe entre el precio de una finca enajenada y su valor real, como no se ha impugnado la escritura de compraventa ni acreditado que la misma envuelve una donación, no hay posibilidad—dice la sentencia recurrida—de encuadrarla en el artículo 1.035 del Código civil, el que sólo se refiere a las donaciones *inter vivos*, afirmación imbatida, pues: los motivos 5.º y 6.º denuncian vicio de incongruencia, sin citar aquel precepto infringido, y éste omite el concepto de la infracción, causas determinantes y suficientes de su desestimación; los motivos 7.º y 8.º hacen supuesto de la cuestión, pues parten de la existencia de una donación que el juzgador *a quo* no estima acreditada, y el motivo 9.º, denunciador de error de derecho, no cita la norma legal sobre valoración de prueba que pudiera haber sido infringida, lo que obliga a la desestimación de estos motivos, y, por ende, a la del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal

FUNDACION BENEFICA ESTABLECIDA EN TESTAMENTO. Instrucción de 14 de marzo de 1899.—ALBACEAZGO. La representación procesal y extraprocesal de la fundación benéfica establecida por el testador, hasta su completa constitución corresponde a la respectiva Junta Provincial de Beneficencia, conforme al patronazgo conferido por la Instrucción de 14 de marzo de 1899. El albacea, en cuanto le concierne la defensa del testamento y debe responder de su actuación, puede ser demandado, aunque haya entregado los bienes a los herederos designados en el testamento, cuya validez se discute (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1968)

Antecedentes.—La Junta Provincial de Beneficencia de Madrid interpuso demanda para que se declarase: 1) La nulidad del testamento ológrafo otorgado por don E. G. E., fallecido sin legitimarios el 1 de febrero de 1960, con fecha 2 de junio de 1951, en la cual aparecía sobrepuesta la palabra «junio» a la tachada «abril», sin haber salvado el testador dicha tachadura o corrección. 2) La validez del testamento abierto otorgado por el mismo causante ante el Notario de Madrid, don Toribio Gimeno Bayón, el 5 de marzo de 1944, en el que instituía herederos a determinados Establecimientos de Beneficencia, conforme a una fundación benéfica, que habría de constituirse a tenor del testamento.

El Juzgado de Primera Instancia, número 16 de los de Madrid, estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la de la Sala 3.ª de lo Civil de la

Audiencia Territorial de esa capital, y formalizados sendos recursos por los demandados y apelantes—uno de ellos, por el albacea—, por quebrantamiento de forma, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, los desestima, estableciendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que formalizados sendos recursos de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del número 2.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por falta de personalidad en las partes, que fue planteada como dilatoria, desestimada por Autos de 28 de mayo de 1962 y 6 de febrero de 1963, y reproducida como perentoria, fue igualmente rechazada por sentencias de 5 de agosto de 1965 y 21 de diciembre de 1966, se impugna en ambos recursos la personalidad de la Junta Provincial de Beneficencia de Madrid, alegándose la violación del artículo 533, excepción 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 7.º de la regla 9.ª y con el artículo 14, regla 6.ª, de la Instrucción de Beneficencia de 14 de marzo de 1899, motivos que no pueden prosperar, pues establecido en el testamento abierto de 5 de marzo de 1944, cláusula 3.ª, del causante don E. G. E., que instituye heredera del remanente de sus bienes a una *Fundación benéfica que se constituirá* por sus albaceas y que tendrá por finalidad la administración de los bienes que integran dicha remanente, después de pagadas las deudas del testador, para distribuir los productos, frutos y rentas de los mismos, en cuanto a una mitad entre los Asilos de Ancianos Pobres que regentan las Hermanitas de los Pobres y en cuanto a la otra mitad entre las instituciones benéficas que dirigen los Hermanos de San Juan de Dios», baste señalar que, tratándose de una Fundación futura, el artículo 7.º de la citada Instrucción, que se denuncia como violado, atribuye precisamente al Ministro de la Gobernación, entre otras facultades: «9.ª Confiar a las Juntas Provinciales el Patronazgo de las Instituciones de Beneficencia que se hallaren en alguno de los casos siguientes: 1.º *Pendientes de regulación*, interin se realiza ésta con arreglo a la voluntad de los fundadores y a las Leyes...»; el artículo 14, al determinar las funciones de las Juntas Provinciales, señala también entre otras muchas: «6.ª Ejercer el Patronazgo y Administración de las Fundaciones que se les encomiende, con arreglo a lo prevenido en la facultad 9.ª del artículo 7.º, con todos los derechos y obligaciones que a los Patronatos fundacionales corresponderían; 12.ª Velar, porque en los litigios que afecten a la Beneficencia se aprovechen los plazos y recursos legales..., y comparecer y mostrarse parte, si fuere indispensable, con autorización del Ministro de la Gobernación, en representación de los intereses colectivos que les están confiados», en mérito de todo lo cual obtuvo por Orden del Ministerio de la Gobernación de 15 de abril de 1961, a los efectos del artículo 65 de la Instrucción tantas veces repetida, la autorización necesaria para mediante el ejercicio de las acciones adecuadas solicitar la nulidad del testamento ológrafo otorgado por dicho causante en 1951, protocolizado el 21 de marzo de 1960, en cumplimiento de lo ordenado por Auto de 17 de marzo de 1960.

Considerando: Que igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo 1.º del recurso formalizado por la representación procesal de don C. E. S., por no tener el carácter de albacea con que se le demanda, al haber terminado su misión, pues lejos de ello, aun en el supuesto de que, antes de iniciado el pleito, ya hubiera hecho entrega formal de los bienes que constituían la herencia a los herederos y legatarios, es su deber la defensa del testamento del que se deriva su título de comisario (del causante, y, por otra parte, está

obligado a responder de su actuación, por todo lo cual procede la desestimación de ambos recursos.

TESTAMENTO OLOGRAFO. SU NULIDAD. *Artículos 687 y 688 del Código civil. El testamento, en cualquiera de sus formas es, por esencia, un acto eminentemente formal y solemne. Siendo la indicación del mes requisito esencial para la validez del testamento ológrafo, éste es nulo si el testador no salva en debida forma, bajo su firma, el nombre del mes tachado y el sobreescrito, citando las palabras afectadas por la corrección (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1969).*

Los antecedentes son los mismos de la sentencia precedente—26 de marzo de 1968—, dirigiéndose aquí el recurso de casación por infracción de Ley a postular la validez del testamento ológrafo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso.

Considerando: Que al girar toda su discusión que ha dado lugar al presente recurso, en torno a la validez de un determinado acto testamentario, es imprescindible partir del carácter que el testamento tiene en nuestro Derecho, en el sentido de que, por su esencia, es eminentemente formal y solemne, que precisa de la existencia de los requisitos requeridos para cada especie, de los que el testador no puede prescindir ni sustituir, y cuyo incumplimiento acarrea inexorablemente la sanción del artículo 687 del Código civil, según el que «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en el capítulo I del título III del libro III», habiendo proclamado esta Sala, en las sentencias de 10 de julio de 1944, 4 de enero de 1952 y 10 de junio de 1966, entre otras, la necesidad de que las referidas formalidades sean observadas, como garantía de la realidad del testamento, dada la trascendencia jurídica de este acto, por el que una persona dispone de los bienes para después de su muerte, y en las sentencias de 1 de diciembre de 1927 y 28 de octubre de 1965, que ni siquiera en el caso de que racionalmente no pudiera dudarse de que lo consignado en el testamento sea fiel expresión de la voluntad, valdría como tal testamento el que no se hubiese otorgado en alguna de las formas y con todos los requisitos esenciales que en cada caso han de concurrir.

Considerando: Que por lo que concierne al testamento ológrafo, las formalidades de su otorgamiento se hallan contenidas en el artículo 688 del Código civil, 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», añadiendo el párrafo 3.º que, «si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma», siendo la significación semántica de la palabra salvar, como precisa el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la de poner, al fin de la escritura o instrumento, una nota para que valga lo enmendado o añadido entre renglones o para que no valga lo borrado, disponiendo el artículo 153 del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944, que a continuación del último renglón del instrumento público se consignarán las enmiendas y salvedades

necesarias, con la aprobación de las partes y antes de la firma de los que lo suscriben.

Considerando: Que en el caso de autos, declarado por el Tribunal *a quo* que el examen del testamento ológrafo, cuya nulidad se pretende, revela que, tanto las palabras tachadas como las interlineadas, no salvadas en uno y otro caso, afectan nada menos que a la fecha, lo que tiene como consecuencia la ausencia de expresión concreta de fecha, siendo suficiente la falta de esta circunstancia para determinar la inexistencia del testamento, por falta de la indicación exacta del mes, condición esencial para su validez (Considerando 6.º del Juzgado, aceptado por la Audiencia y 3.º de ésta), el motivo 2.º del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 688 del Código civil, fundado en que existe en el testamento otorgado por don E. G. E. una fecha, si bien se trazó una raya sobre el más inicialmente escrito (abril), haciendo constar otro (junio), en tanto permanecen inalterados el día y el año, y que está implícitamente salvada con la firma completa del testador, junto a ella, en el margen de la página, motivo que necesariamente ha de precer, pues, aparte de que el testador ha de ratificar con su firma, lo por él tachado, enmendado o enterrrenglonado, con cita de las palabras afectadas, lo que no aparece cumplido, el informe pericial caligráfico sienta, como conclusiones, que hubo dos redacciones en el referido testamento, siendo las ediciones «junio» sobre «abril» tachado en las líneas uno y nueve de la primera cara, trazadas posteriormente sobre el primitivo testamento, y coincidiendo las suscripciones «Ugenio Grasset» de los márgenes del documento, con la primitiva redacción del testamento, por lo que, bajo ningún concepto, pueden entenderse salvadas esas palabras, lo que determina el incumplimiento del requisito esencial de la fecha, que acarrea inexorablemente la invalidez de la disposición ológrafa, siendo inútil el examen del motivo 1.º referente a las otras tachaduras y enmiendas, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Comentario—Es digna de toda alabanza la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en orden a la interpretación y alcance del artículo 688, párrafo 3.º, en relación con el artículo 687, ambos del Código civil, que puede sintetizarse así: Cuando las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones no han sido salvadas por el testador bajo su firma y no alteran ni varían el exacto sentido de la declaración de voluntad ni afectan a los requisitos esenciales del testamento, se tienen por no puestas y el testamento ológrafo que las contiene es válido; en cambio, cuando las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones no salvadas debidamente se refieren a los requisitos esenciales del testamento o alteran o afectan de modo sustancial a la voluntad del testador, la nulidad o falta de efectos de tales palabras no se localiza en ellas, sino que se extiende a todo el testamento que las contiene (sentencias de 29 de noviembre de 1916 y 3 de abril de 1945).

En el presente caso, las tachaduras y sobreescritos, en las líneas 1.ª y 9.ª del testamento, afectan a algo tan esencial como la fecha, concretamente al mes, que en la redacción primitiva era el de abril, posteriormente tachado para escribir encima «junio», sin que el testador escribiera que debía valer esta última palabra, sino que sólo se contiene la firma completa del testador en el margen de la hoja, junto a las enmiendas, firma que también se contenía en el margen de las otras dos primeras hojas en que iba extendido el testamento y que, según el dictamen pericial caligráfico acogido por el Tribunal, fueron

puestas al escribir primitivamente el testamento, *antes* de la expresada modificación del mes. ¿Hubiera sido otra la solución si se prueba que la firma marginal era simultánea a la enmienda? Estimo que no, porque el artículo 688, párrafo 3.º, del Código civil exige salvar las palabras bajo la firma, lo que presupone que antes de ésta se haga referencia a aquéllas, a fin de que no exista duda alguna sobre la verdadera voluntad del testador. Es cierto que no se requiere que la fecha escrita sea, efectivamente, la que se escribe el testamento, bastando la mera verosimilitud, al presumir la Ley que la fecha expresada corresponde a la real, y que en el presente caso no estamos ante un testamento sin fecha, sino ante un testamento de fecha dudosa; mas precisamente por ello es necesario disipar cualquier posible duda acerca de la voluntad del testador al introducir la modificación, en consonancia con el carácter solemne del testamento mediante la observancia de precauciones dirigidas a asegurar la voluntad del testador, es o sigue siendo la última verdaderamente querida en orden a la disposición de sus bienes, ya que, de igual modo que pudo romper el testamento ológrafo, pudo dicha tachadura no salvar significar una voluntad contraria a la subsistencia del mismo o, al menos, revelar una indecisión en el ánimo del causante al que le faltaba en tal momento la concluyente intención acerca del acto que la precisa en todo caso.

Se desprende también de esta sentencia que no estamos ante un testamento posterior perfecto, a pesar de haber sido protocolizado, capaz para revocar los anteriores (uno, notarial de 5 de marzo de 1944, y otro, ológrafo de 6 de marzo de 1944, que no apareció), lo que es lógico, pues si no cabe apreciar la revocación cuando el testamento ológrafo válido formalmente no se protocoliza, tampoco debe estimarse cuando la protocolización efectuada no era procedente por adolecer de defectos formales determinantes de su nulidad, ya que lo protocolizado era algo inexistente en cuanto acto de última voluntad y solemne. Menos aún puede mantenerse que, puesto que ha habido dos redacciones del testamento ológrafo, la primera de ellas, anterior a la tachadura, había revocado los testamentos anteriores.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

EL ARBITRIO DE PLUS VALIA Y EL URBANISMO

SENTENCIAS DE 7 Y 12 DE ABRIL DE 1969.

I. INTRODUCCIÓN.

Las exenciones y bonificaciones tributarias han constituido uno de los medios tradicionales de la acción de fomento (1), consagrada en nuestra legislación urbanística (2).

Desde las Leyes de ensanche de 29 de junio de 1864 y 22 de diciembre de 1876, hasta las disposiciones vigentes sobre el régimen local, se ha incluido el arbitrio municipal sobre incremento de valor de los terrenos entre los susceptibles de exención o bonificación, cuando el sujeto obligado al pago había realizado determinadas obras de relevancia urbanística.

En este sentido, se impone una elemental distinción entre dos tipos de obras de urbanización: que se trate de obras de nueva urbanización o que se trate de obras de reforma interior.

II. NUEVAS URBANIZACIONES Y REFORMA INTERIOR.

1. *Nuevas urbanizaciones.*

El régimen jurídico de bonificaciones y exenciones tributarias de las nuevas urbanizaciones se regula en los artículos 189 y siguientes de la Ley del Suelo y disposiciones complementarias.

Presupone un terreno que no era urbano, sino rústico. Y es, precisamente por la acción urbanizadora, por lo que aquel terreno rústico se convierte en urbano.

(1) VILLAR PALASÍ (en *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precto político*, «Revista de Administración Pública», núm. 14, pág. 117) recuerda que JUSTI (en *Elementos generales de política*, trad. de A. F. Puig, Barcelona, 1784, págs. 16 y 85) habla ya de las exenciones como medio de fomentar y promover el orden económico.

Cfr. BAENA DEL ALCÁZAR: *Sobre el concepto de fomento*, «Revista de Administración Pública», núm. 54, págs. 72-74.

(2) Me remito a mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, págs. 1.014 y siguientes.

De este modo es la acción del particular, sufragada por él, lo que determina que el terreno:

- tribute por contribución urbana;
- tribute por arbitrio de solares;
- tribute por arbitrio de plus valía.

En este caso, el régimen de bonificación es evidente: se trata, sencillamente, de que no pague el particular, que ha sufragado la transformación, los impuestos que son consecuencia de esa transformación.

Ahora bien, entre los impuestos y arbitrios a que afecta la bonificación no figura el de incremento del valor de los terrenos. Las exenciones de arbitrios locales se refieren únicamente a las «de los arbitrios locales, ordinarios y extraordinarios, que *recayeren sobre edificaciones* en los terrenos por razón de los cuales se costearan las obras».

2. *Reforma interior.*

Cuando no se transforma suelo rústico en urbano, cuando la obra urbanizadora se limita a una transformación de la estructura de la ciudad, entonces el fundamento del posible régimen de exención será distinto. Ya no se trata de eximir del pago a quien, con su esfuerzo y a su costa, ha motivado la sujeción a impuestos y arbitrios el suelo antes no sujeto, sino el fomento de determinado tipo de obras.

A tal efecto, la Ley de régimen local contiene dos normas que, por procedimientos diversos, reconocen al propietario que haya realizado ciertas obras, los correspondientes beneficios tributarios, a efectos de arbitrio de plus valía:

a) Un procedimiento es el de la exención del impuesto. El artículo 520, apartado f), de la Ley de régimen local, dice que «estarán exentos del arbitrio... las primeras transmisiones de solares resultantes de las obras de saneamiento y mejora interior de grandes poblaciones».

b) Otro es el de la deducción de la base del impuesto. El artículo 512, párrafo 1.º, de la Ley de régimen local, dispone: «1) A fin de determinar el incremento objeto del arbitrio, se deducirán del valor corriente en venta al final del periodo de imposición: a) el valor de las mejoras permanentes realizadas en el inmueble durante el mismo periodo y subsistentes en aquella fecha, y b) cuantas Contribuciones especiales de las comprendidas en la sección 2.ª de este capítulo se hubieran devengado por razón del suelo en el mismo periodo: tratándose de terrenos sitos en la zona de ensanche, regidos por la Ley de 26 de julio de 1892, se deducirá, asimismo, el importe del recargo extraordinario del 4 por 100, a que se refiere el artículo 13 de dicha Ley, o del que corresponda en los casos que los Ayuntamientos hicieran uso de la facultad que les confiere el artículo 587 de la presente Ley, devengados por razón del terreno en el periodo de la imposición y el valor actual que en la fecha de la condonación tuvieran las cuotas y recargos ordinarios y extraordinarios condonados al propietario, a tenor del artículo 28 de aquella Ley, en cuanto las cesiones o las obras se realizaran durante el periodo de imposición del arbitrio. El valor actual de las cuotas y recargos condonados se imputará en la forma prevista por el número 3.º del artículo 459 de esta Ley, aplicando al descuento matemático la tasa uniforme del 4 por 100.»

3. Conclusión.

Luego, con arreglo a los preceptos de la Ley del Suelo, ningún beneficio tributario, en orden al arbitrio de plus valía, se reconoce a favor de los urbanizadores.

Los posibles beneficios tributarios, en el ámbito de este arbitrio, se reconocen en la Ley de régimen local [arts. 520, apartado f), y 512, párrafo 1.º].

III. EXENCIÓN DEL ARBITRIO DE PLUS VALÍA DEL ARTÍCULO 520, APARTADO F).

Con carácter general, al aceptar un Considerando de la sentencia apelada, una sentencia de 10 de noviembre de 1966, sentó la siguiente doctrina: «Están exentas del arbitrio de plus valía las primeras transmisiones de solares resultantes de las obras de saneamiento y mejora interior de grandes poblaciones, exención que viene a reproducir la que ya se había establecido con anterioridad a la Ley de régimen local por la Real Orden de 4 de noviembre de 1929, y que encuentra su *ratio legis*—como se vino incluso a declarar por la jurisprudencia, a través de la conocida sentencia de 28 de noviembre de 1933—, en que, en el caso de *solares resultantes de las obras de saneamiento y mejora interior de incremento* del valor de dichos terrenos, es debido de manera específica a los gastos que la realización de tales obras llevan consigo y, por tanto, sería contrario a justicia e incluso a lo que es fundamento del arbitrio de plus valía, que la Administración municipal participara en un aumento de un valor que es fruto exclusivo de la actividad onerosa del titular transmitente.»

Al tratar de aplicar a un supuesto concreto este precepto, se planteó el problema de las características que deberían reunir las obras que dieran lugar a los solares exentos del arbitrio.

A tales efectos, una sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos, de 17 de octubre de 1968 (ponente: MARTÍN FERRERAS), sentó la siguiente doctrina:

«Considerando: Que, mediante pública escritura otorgada en Vitoria con fecha 10 de junio de 1963, don J. U. C. donaba, pura y simplemente, a sus hijos don J. I. y don J. M. U. O., demandados en el presente recurso, un solar situado en la calle del General Alava, de dicha ciudad; y presentada por los adquirentes del terreno una declaración jurada para que fuera girada la liquidación procedente por el arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos, el Ayuntamiento fijó, como importe a satisfacer por tal imposición, la cantidad de 456 502,70 pesetas, liquidación que fue recurrida en reposición por estimar los donatarios que era aplicable la exención prevista en el artículo 3.º de la Ordenanza reguladora del arbitrio, al declarar, transcribiendo lo dispuesto por el artículo 520, 1.º, f), de la Ley de régimen local, que estaban exentas las primeras transmisiones de solares resultantes de obras de saneamiento y mejora interior'; recurso que fue desestimado por la Autoridad municipal, alegando que era necesaria la concurrencia de las dos condiciones (saneamiento y mejora interior) para conceder la exención, circunstancias que no se daban en el solar adquirido por los recurrentes, que era resultado sola-

mente de obras de reforma interior, pero no de saneamiento; y entablado recurso de anada ante el Organismo Jurídico-Administrativo de Alava, fue estimada la pretensión de los señores U. O., con base en que se precisaba la concurrencia simultánea de ambas condiciones, sino que bastaba la existencia de una sola de ellas; resolución motivadora de que la Corporación Municipal planteara el actual procedimiento, en el que la cuestión a examinar se contrae a la divergencia que ha señalado en orden a la exención del arbitrio y que existe entre los acuerdos decisorios de los dos recursos administrativos, pues no hay duda alguna sobre los demás extremos reseñados en los preceptos legales para fundamentar tal exención, ya que aparece expresamente reconocido por las partes de este proceso que el terreno sometido a imposición tiene su origen en la reparcelación de los solares afectados por las obras de apertura y urbanización de la prolongación de la calle del General Alava, siendo adjudicado en propiedad al señor U. C., así como también que la donación efectuada por el propietario en favor de sus hijos ha sido la primera transmisión del dominio del solar después de la ejecución de las mencionadas obras.

Considerando: Que la Comisión Central de Urbanismo aprobó, en 6 de marzo de 1956, el Plan General de Ordenación Urbana de Vitoria, del que forman parte las obras ejecutadas en la referida calle, plan vigente con anterioridad a la actual Ley del Suelo, por lo que sus normas reguladoras eran las comprendidas en la Ley de régimen local, que, en su artículo 129, clasificaba las obras municipales de urbanización en cuatro grupos: de reforma interior de poblaciones, de ensanche, de extensión y de saneamiento, siendo definidas en el artículo 130 las primeras como 'las de urbanización en el interior del casco de la población, tanto cuando los proyectos tengan carácter general como cuando sólo afecten a una zona', y las últimas como 'las que se realicen para mejorar las condiciones higiénicas de la población o de algún sector importante de ella, ya se efectúen en el suelo, ya en el subsuelo'; observándose que este artículo habla de 'reforma interior', mientras que el 520 se refiere a 'mejora interior' para conceder la exención del arbitrio, diferencia de palabras que no implica la existencia de obras de distinta naturaleza, pues no aparece en el texto legal ningún precepto que haga referencia a tal diversidad, y, además, el Reglamento de obras, servicios y bienes municipales de 14 de julio de 1924, empleaba indistintamente ambas palabras para denominar la misma clase de obras, y entre las que figuraban en este grupo señalaba la apertura de vías públicas, con lo que se seguía la trayectoria iniciada por la Ley de 18 de marzo de 1895, al calificar como obras de mejora interior de las poblaciones las que tenían por objeto ensanchar las vías existentes o crear otras nuevas; y aparte de que la redacción del citado artículo 520 no autoriza a establecer únicamente en el caso de que las obras estén incluidas en los dos grupos de saneamiento y mejora interior, y no cuando solamente aparecen comprendidas en uno de ellos, debe tenerse en cuenta, principalmente, que el artículo 134 determina para todos los Municipios la obligación de formar un Plan general de urbanización 'que comprenda la reforma, ensanche, higienización y embellecimiento de su aglomeración urbana', con lo que se engloban en un solo plan de actuación los diversos grupos de obras reseñadas en el artículo 129, siendo consecuencia de esta inclusión que las obras comprendidas en dicho Plan general gocen de la exención tributaria cuando se refieran a cualquiera de los dos grupos citados en el artículo 520, circunstancia concurrente en el caso actual, puesto que la apertura de la prolongación de la calle del General Alava estaba señalada, y así lo reconoce el propio Ayuntamien-

to demandante, al resolver el recurso de reposición interpuesto por los demandados contra la liquidación del arbitrio, como obra de reforma interior en el Plan general de ordenación de la ciudad; debiéndose tomar en consideración también que tal obra fue aprobada por el Pleno municipal, en sesión de 8 de enero de 1958, cuando ya estaba vigente la actual Ley del Suelo, que, en su artículo 9.º, fija las características de los planes generales de ordenación urbana, y en sus artículos 12 y 19 establece el concepto de los planes de reforma interior y saneamiento, respectivamente, en términos análogos a los empleados por la legislación precedente, añadiendo en su 9.ª disposición transitoria que los planes de urbanismo existentes, cuando comenzó la vigencia de la nueva Ley, seguían subsistiendo, aun cuando debían acomodar su actuación a las normas señaladas por la nueva ordenación legal.

Considerando: Que la exención del arbitrio de plus valía, en el supuesto de la primera transmisión de solares resultantes de obras de saneamiento y mejora interior, únicamente puede ser concedida en el caso de que tales obras hayan sido costeadas por el propietario del terreno, pues no sería justo que la Administración Municipal participara, mediante la cuota impositiva fijada al particular, de un incremento de valor que ha sido exclusivamente debido a la actividad económica del dueño del solar, y así lo reconoce el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de noviembre de 1966, reiterado el criterio sostenido en la sentencia de 8 de noviembre de 1933, en interpretación de la Real Orden de 4 de noviembre de 1929, por la que se introdujo la exención en nuestro sistema legislativo; circunstancia que se da en el presente caso, pues el propio Ayuntamiento ha certificado en autos que la finalidad de las obras, en su totalidad, ha corrido a cargo de los propietarios afectados y en proporción a las superficies que les fueron adjudicadas en la reparcelación: figurando en la liquidación definitiva de las obras don J. U. C., a quien se atribuyó una superficie de 1.539,22 metros cuadrados, a la que correspondió la cuota de 1.849.846,39 pesetas, de la que se descontaron 408.608 como importe de expropiaciones.

Considerando: Que el apartado 3.º del antedicho artículo 520 establece que 'el Derecho de exención habrá de referirse siempre a la persona o entidad que recaiga el arbitrio, a tenor de los preceptos del artículo 517', señalando este último precepto que en los actos *inter vivos*, a título lucrativo, recaerá el arbitrio sobre el adquirente, circunstancia que parece indicar la imposibilidad de aplicar la exención del arbitrio a los señores U. O., ya que, según se ha expuesto anteriormente o siendo el costeamiento de las obras requisito indispensable para conceder tal exención, la aportación al coste total de las obras fue hecha por su padre, que, posteriormente, les hizo donación del solar resultante de la urbanización de la nueva calle; pero este apartado 3.º ha de ponerse en relación con el primero del mismo artículo, que relaciona los diversos motivos de exención, distinguiendo una de carácter objetivo (precisamente, el relativo a las primeras transmisiones de los aludidos solares), de otros subjetivos (como son los establecidos en favor del Estado, Municipio de la imposición, provincia a que éste pertenece, iglesia, etc.), y mientras en aquél se concede el beneficio con un fin de equidad, en compensación a los gastos hechos por los dueños de los terrenos, en los demás casos se trata verdaderamente de un privilegio otorgado a diversas Entidades, del que solamente pueden hacer uso, en caso de transmisiones a título gratuito, cuando aparezca con la calidad jurídica de accidente, criterio restrictivo que no debe ser aplicado en el caso de que se transmitan por el mismo título unos bienes que se han revalorizado como consecuencia exclusiva de la actividad económica

de un particular, la cual sirve de fundamento para conceder la exención con independencia de la condición de las personas que intervengan en la transmisión.»

Esta doctrina fue aceptada por la sentencia de la Sala 3.^a de 12 de abril de 1969 (ponente: ROLDÁN MARTÍNEZ), que formuló, además, la siguiente declaración en su primer Considerando: «Que aceptados por las partes y apreciados correctamente por el Tribunal *a quo* los supuestos de hecho de que el terreno sometido a imposición del arbitrio de plus valía tiene su origen en la re-parcelación de los solares afectados por las obras de apertura y urbanización de la prolongación de la calle del General Alava, de la ciudad de Vitoria, y que dichas obras merecen la calificación de obras de saneamiento y reforma o mejora interior realizadas en régimen de cooperación privada en ejecución de un proyecto municipal de urbanización, que las mismas han sido costeadas íntegramente por los propietarios de los terrenos en proporción a las superficies o extensión, y, finalmente, que la transmisión, efectuada del terreno solar que motivó la liquidación del arbitrio constituye la primera transmisión, aparece aplicada e interpretada debidamente en la sentencia objeto de este recurso de apelación, los preceptos atinentes a la aplicación al caso de autos de la exención establecida en la letra f) del artículo 520 de la Ley de régimen local para las primeras transmisiones de solares resultantes de las obras de mejora interior de grandes poblaciones, que les alcanza la exención, sin precisar, a la vez, de concurrencia de que sean de saneamiento, pues, esta interpretación gramatical y literalista conduciría a una solución sin justificación y contraría a la *ratio legis* y a la finalidad de la exoneración tradicionalmente establecida a favor de la primera transmisión de solares resultantes de obras de reforma interior que, como las de apertura y urbanización de una nueva vía pública, con todos los servicios que se especifican en la Memoria, llevan incluso, siempre de manera implícita, una mejora en las condiciones de salubridad y seguridad de los terrenos para convertirlos en solares edificables, por lo que procede la desestimación del recurso de apelación y confirma la sentencia apelada en todas sus partes, porque la razón de justicia justifica la aplicabilidad de la exención, por la razón y motivo que han determinado al legislador a su concesión, a pesar de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 520.»

En consecuencia: Para que pueda aplicarse la exención que prevé el artículo 520, apartado f), de la Ley de régimen local, han de darse los requisitos siguientes:

1.º Que el solar sobre el que recaiga el arbitrio sea *resultante* de las obras a que se refiere el precepto. Si ha de ser «resultante», ello implica que antes no existía como tal solar.

2.º Que las obras sean de «saneamiento y mejora interior». La sentencia comentada admite la exención para cualquier obra de reforma interior. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo, que considera planes y proyectos de reforma interior «los concernientes al casco urbano y encaminados a sanear barrios insalubres, resolver problemas de circulación o de estética, mejorar servicios públicos o realizar otros fines semejantes».

La interpretación jurisprudencial quizá sea un poco generosa para el contribuyente, teniendo en cuenta el principio literalista de interpretación de las

normas tributarias, y, sobre todo, que, cuando se trata de obras de reforma interior, el principio general no es la exención del arbitrio, sino, a tenor del artículo 512, párrafo 1.º, la dedicación de la base del importe de las obras.

IV. LA DEDUCCIÓN DE LA BASE DEL ARTÍCULO 512 DE LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL.

Respecto de la deducción de la base que regula el artículo 512, párrafo 1.º, de la Ley de régimen local, una sentencia de 7 de abril de 1969 (de que fue ponente BOMBÍN NIETO), al aceptar los considerandos de la apelada, sentó la siguiente correcta doctrina:

«Considerando: Que a efectos de la aplicación del referido arbitrio, los Ayuntamientos vienen obligados a fijar cada tres años los tipos unitarios de valor corriente en venta de los terrenos enclavados en su término municipal, señalando precios unitarios para cada una de las zonas en que pueden dividir o clasificar el total perimetro municipal (art. 511 de la Ley de régimen local).

Considerando: Que así como para calcular el valor de las fincas en el momento inicial del periodo impositivo, los Ayuntamientos pueden apartarse de las valoraciones del Índice, tomando en cuenta los consignados en las escrituras o títulos correspondientes (apartado 3.º del citado art. 511); en cambio, para la determinación del valor en el momento final del mismo periodo, es absolutamente preciso atender a los precios consignados en los referidos Índices

Considerando: Que, en consecuencia, comparando el valor inicial, deducido del Índice, o, en su caso, de los otros medios autorizados, y el valor final que, en todo caso, debe resultar del Índice de valoración, se obtiene el incremento del valor, objetivamente estimado por la Administración, que ha experimentado la finca objeto de imposición y que han sido debido al alza motivada por factores independientes de la actividad del propietario.

Considerando: Que de dicho valor final fijado en el Índice corresponde, en primer lugar, el valor de las mejoras realizadas en el inmueble dentro del periodo impositivo y subsistentes en la fecha de cierre del mismo

Considerando: Que el fundamento de dicha deducción es evidente, puesto que, en tal caso, la mayor estimación que haya merecido la finca, por razón de las obras y mejoras realizadas por el propietario, debe imputarse exclusivamente a la actividad de éste; pero lógicamente para que proceda dicha deducción, es preciso demostrar que en la valoración del Índice se han tenido en cuenta las obras de mejora realizadas por el propietario, pues de no ser así, es claro que los precios unitarios del Índice responden únicamente a la elevación general del precio de los terrenos, debida a la influencia de factores extraños a la actividad de la propiedad, y, naturalmente, no es preciso deducir lo que previamente no ha influido en la estimación del valor, ya que si se dedujese del valor final el importe de las obras realizadas en la finca, y que no se tuvieron en cuenta para su determinación, el propietario afectado resultaría beneficiado, en relación con los demás propietarios de la misma zona.

Considerando: Que en el presente caso, los precios tomados en consideración por la Administración municipal para fijar el valor de las fincas sujetas a imposición, han sido los de carácter general señalados para todas las fincas incluidas en la zona, sin que exista elemento alguno que permita establecer

que en su estimación se han tenido en cuenta las obras realizadas por la Sociedad 'Dow Urqunesa', por lo que, dada la doctrina expuesta, resulta totalmente improcedente la deducción acordada en las resoluciones recurridas.

Considerando: Finalmente, que es necesario rechazar el argumento expuesto, tanto en la contestación a la demanda del ilustrísimo señor Abogado del Estado como en la formulada por la representación de la parte codemandada, y, según el cual, los terrenos afectados por el arbitrio sólo están sujetos al mismo como consecuencia de las obras realizadas por la Sociedad propietaria, por lo que entienden resulta improcedente se trate de exaccionar el impuesto sin tener en cuenta el importe de las obras que han hecho posible la aplicación del mismo.

Considerando: Que tal argumento olvida que, en principio, están sujetos al arbitrio de plus valía, según el artículo 510 de la Ley de régimen local, todos los terrenos situados en el término municipal, quedando únicamente exceptuados los afectos a una explotación agrícola, forestal o ganadera, y aún éstos, siempre que no reúnan las condiciones legales de solares, conforme a lo dispuesto en el artículo 499 de la propia Ley.

Considerando: Que, por tanto, los terrenos de que se trata, aunque no hubieran sido adaptados para una explotación industrial, habría que estimarlos en principio, sujetos al arbitrio de plus valía, ya que no existe elemento alguno que permita adscribirlos sin dicho destino a una explotación agrícola, forestal o ganadera, por lo que no resulta cierta la premisa en que se basa dicho argumento de que sin tales obras no hubieran estado sujetos al impuesto.»

En esta doctrina, por tanto, se consagran los siguientes principios básicos:

1º Que, para determinar la base del arbitrio, es *absolutamente preciso atender a los precios consignados* en los Índices municipales. Terminante declaración que suelen olvidar algunos Municipios (v. gr., el de Madrid), al girar sus liquidaciones, obligando a los contribuyentes a recursos contenciosos inútiles, por prejuizados, pero costosos. Es cierto que el Reglamento de la Hacienda Municipal de Madrid, en su artículo 57, dispone:

«El valor corriente en venta de los terrenos, en las fechas a que las valoraciones se contraigan, se determinará con arreglo a los valores unitarios fijados en el Índice y de acuerdo con sus reglas de aplicación, excepto en el caso de que, al practicar cualquier liquidación del arbitrio correspondiente a una transmisión de dominio, se comprobase que el valor del terreno consignado en la escritura o título de transmisión fuere superior al que se deduciría, con arreglo a los valores unitarios del Índice y sus reglas de aplicación; en tal caso de excepción, se podrá liquidar el arbitrio, tomando como base para calcular el incremento el referido valor consignado en las escrituras o títulos, si se cumplen, además, estas dos condiciones:

a) Que se respete el valor originario realmente tenido en cuenta y aplicado como actual en la liquidación de la transmisión inmediata anterior.

b) Que al incremento resultante se le aplique la corrección que el Gobierno señale, a efectos de impuesto de aumento real de valor de las fincas rústicas y urbanas, como consecuencia de las fluctuaciones del nivel general de precios.»

Pero, aparte de que el precepto es de legalidad dudosa, en todo caso ha de tenerse en cuenta que se trata de supuesto excepcional—el precepto habla de

«caso de excepción»—, que únicamente podrá aplicarse si se dan las circunstancias que el mismo prevé,

2.º Que, para que pueda deducirse del valor de Indices las mejoras realizadas en el inmueble dentro del período impositivo, es, asimismo, necesario que se den las circunstancias siguientes:

- a) Que se trate de mejoras permanentes, que afecten al terreno.
- b) Que las mejoras se hubiesen tenido en cuenta en la valoración del Índice.

J. G. P.