

## II. Sentencias del Tribunal Supremo

### 1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

#### I PARTE GENERAL

*DAÑOS Y PERJUICIOS. NO SE ESTIMAN DAÑOS Y PERJUICIOS LOS GASTOS NATURALES DE COMPRA E IMPORTACION DE MERCADERIAS, COMO SON LA AGENCIA DE ADUANAS, ENCERRADOS, GUARDERIA, LICENCIA DE IMPORTACION Y PORTES (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1969).*

En sentencia firme se condenó al demandado «N. del Odiel, S. A.», al pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados en la madera transportada desde el puerto de Gefle en Suecia hasta el español de Sevilla, que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación de parte de la indicada naviera y que habrán de ser fijados en periodo de ejecución de sentencia, sin hacer declaración en cuanto a las costas de las instancias.

En ejecución de sentencia, y en recurso de apelación contra el auto de primera instancia, se fijó el importe de los daños y perjuicios en 125.032,43 pesetas.

Interpuesto recurso de casación se declaró haber lugar a él, basándose el Tribunal Supremo en el siguiente Considerando:

Considerando: Que al estimar el auto recurrido que la indemnización de daños y perjuicios ha de limitarse al pago de aquellos que fueran causados a los 1.481 tablonos que fueron sacados de la bodega y cargados en cubierta, que ascienden a la cantidad de 125.032,43 pesetas, prevé contra lo ejecutoriado, puesto que la sentencia firme, que dictó esta Sala en 1 de junio de 1966, condena al pago de los daños y perjuicios causados en la madera desde el puerto de Gefle en Suecia hasta el español de Sevilla, que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación en parte de la

indicada naviera», y el fallo, no sólo porque donde la declaración de voluntad jurisdiccional no distingue, no cabe distinguir, sino porque del contenido del 4.º Considerando de la sentencia de casación, cuyos fundamentos de hecho y de derecho son base de la segunda sentencia dictada, se desprende que las infracciones contractuales declaradas son tanto el traslado de madera de bodega a cubierta como el cargamento que se puso encima de la madera debidamente entibada, como la descarga en indebidas condiciones en el puerto de Sevilla debiendo, por tanto, comprender los daños y perjuicios todos los derivados de tales incumplimientos, procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso interpuesto, casando el auto recurrido, con devolución al recurrente del depósito constituido, según dispone el artículo 1645 de la Ley de Enjuiciamiento.

Los Considerandos de la segunda sentencia dicen:

Considerando: Que los daños y perjuicios sufridos por la madera son los que resultan del demérito de la misma, pericialmente calculado es el 15 por 100 de su valor, que asciende a 257.329,84 pesetas, del mayor peso transportado, debido a la humedad, tasado en 4.938,70 pesetas, de los gastos de emparillado para secarla, ascendentes a 76.369,25 pesetas, y de la inmovilización del capital durante seis meses, que al 5 por 100 de interés de la cifra de 42.338,41 pesetas.

Considerando: Que en forma alguna pueden estimarse jurídicamente como daños y perjuicios los gastos naturales de compra e importación de mercaderías, como son la Agencia de Aduanas, encerrados, guardería, licencia de importación y portes, por lo que tales conceptos deben ser desestimados.

B M B.

## II. DERECHOS REALES

**APROVECHAMIENTOS DE AGUAS.** *Las disposiciones de carácter meramente administrativo son inhábiles para servir de fundamento exclusivo a un recurso de casación por infracción de Ley* (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1968).

Se dedujo demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, dirigida contra el Ayuntamiento, basada en que el actor, adquirente en pública subasta de una parcela de tierra, propiedad del Ayuntamiento demandado, construyó un pozo dentro de dichas tierras que, por su carácter doméstico, no se inscribió en la Jefatura de Minas, y que, con posterioridad, el Ayuntamiento demandado procedió a la apertura de otro pozo a una distancia de 46,10 metros lineales del ya existente, privando al actor del agua necesaria para los usos domésticos.

La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró que el demandado debe realizar las obras necesarias para evitar daños futuros en el aprovechamiento de aguas del pozo existente en la finca del actor. La Audiencia Territorial, revocando la del Juzgado, condenó al Ayuntamiento a que verifique el cegamiento del pozo.

Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por el Ayuntamiento demandado, por interpretación errónea del artículo 2.º del Decreto de 23 de agosto de 1934, en relación con el artículo 24 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, y por violación del artículo 7.º del mencionado Decreto, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso en base del siguiente Considerando:

«Es doctrina constante de esta Sala que las disposiciones de carácter meramente administrativo son inhábiles para servir de fundamento exclusivo a un recurso de casación por infracción de Ley, pero aunque pudieran serlo, siempre serían ineficaces en el orden civil los preceptos del Decreto de 23 de agosto de 1934, dado su inferior rango, para sustituir el sistema de «prioridad real», que informa el artículo 24 de la Ley de Aguas de 1879, por el de «prioridad tabular», dimanante de la inscripción en un Registro administrativo.

**TERCERIA DE DOMINIO SOBRE BIENES INMUEBLES.** *La Sala de instancia es en principio soberana para la apreciación de las pruebas* (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1968).

Los adquirentes por escritura pública de determinadas fincas dirigen demanda contra el Estado por haberse trabado sobre aquéllas anotación preventiva de embargo, como consecuencia de un expediente de defraudación seguido contra el vendedor.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la tercera de dominio formulada, declarando inexistentes los contratos celebrados y nulas las inscripciones a favor de los compradores, manteniendo la ejecución de los bienes anotados. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Territorial, e interpuesto recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, el Tribunal Supremo lo desestima en base de los siguientes razonamientos:

«Según el artículo 62 de la Ley de Contrabando y Defraudación, son nulos y de ningún valor ni efecto los actos que se celebren en contravención a dicho precepto, siendo obvio que, conforme al mismo, la inhabilitación legal para enajenar tiene un carácter absoluto, salvo lo excepcionalmente previsto en el apartado 2, y que esa nulidad sin ningún valor ni efecto, es una nulidad radical y absoluta por ilicitud del acto, conforme a la letra del precepto prohibitivo.

Sólo puede estimarse la existencia del consentimiento desde que la oferta y la aceptación concurren en el acto del otorgamiento, debiendo apreciarse como fechas de perfeccionamiento de las compraventas del presente proceso las que figuran en las escrituras públicas, ya que el documento o recibo del Notario, acreditativo de haber percibido determinada cantidad, no puede ser estimado como auténtico a efectos de casación, pues si bien el Notario está investido de fe pública en los documentos de igual índole que como tal autoriza, no sucede así en aquellos documentos o escritos privados que suscribe por cantidades que particularmente haya recibido.»

**NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA Y CANCELACION DE INSCRIPCIONES REGISTRALES.** *«El pacto de garantía del pago de una deuda, insito en un contrato de compraventa complementado por un documento privado en el que se establece un retracto a favor del vendedor-deudor durante cierto tiempo y con la condición de abonar previamente lo debido, resulta autorizado por el criterio de libertad de contratación mantenido por el artículo 1.255 del Código civil»* (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1968).

En la demanda, los actores manifiestan que si bien otorgaron escritura pública de venta al demandado de varios bienes inmuebles y por un precio

de 74.000 pesetas declarado recibido, en el fondo, dicha compraventa fue totalmente simulada y nula, ya que únicamente obedeció a la necesidad de evitar embargos y a garantizar al demandado las deudas que con él tenían pendientes. Que el precio fijado es irrisorio, y basan sus afirmaciones en un documento privado de la misma fecha que la escritura en el que expresamente se hace constar que aquella obedeció a la necesidad de garantizar al demandado una deuda de 300.000 pesetas. En su contestación, el demandado señaló que los demandantes tenían recibida de él la suma de 300.000 pesetas y convinieron venderle por este precio bienes de su propiedad lo que realizaron por la escritura otorgada. Que firmada ésta, se puso de manifiesto por los vendedores su deseo de recuperar la propiedad de los bienes vendidos, a lo que accedió el comprador concediéndoles derecho de retracto por el plazo de dos años, como así se formalizó en el documento privado. El Juzgado de instancia dictó sentencia en la que se declaró que los bienes vendidos en la escritura pública son de propiedad de los actores. La Audiencia Territorial revocando la sentencia apelada declaró la improcedencia de la nulidad de los contratos pactados con finalidad unitaria en la escritura pública y documento privado complementario, y atribuyó los bienes al demandado en función exclusiva de garantía del débito, señalando, en consecuencia, que los actores sólo podrán recuperar su titularidad mediante el pago de la deuda garantizada. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo en méritos de la siguiente doctrina:

«Como reiteradamente tiene establecido este Tribunal, el pacto de garantía del pago de una deuda, insito en un contrato de compraventa complementado por un documento privado en el que se establece un retracto a favor del vendedor-deudor durante cierto tiempo y con la condición de abonar previamente lo debido, resulta autorizado por el criterio de libertad de contratación mantenido por el artículo 1.255 de nuestro Código civil, y ello ya se estime que los dos contratos que reflejan unitariamente la voluntad de los contratantes constituyen un verdadero pacto de *fiducia cum creditore* o simplemente un contrato complejo de garantía.

Tampoco concurre la ilicitud de la causa que se alega, ya que la sentencia recurrida declara lícita la función de garantía causa del contrato complejo».

El Tribunal Supremo en el presente caso parte de la existencia de un único negocio complejo compuesto de dos declaraciones negociales: las contenidas en la escritura pública y en el documento privado. La primera de proyección externa, y el segundo, comprensivo de la declaración interna que las partes admiten para que surta sus efectos entre ellas. La conjunción de ambas declaraciones, interna y externa, configura el negocio complejo que es el fiel reflejo de la realidad y de lo verdaderamente perseguido por los contratantes.

*DECLARACION DE PROPIEDAD. Frente a la presunción legal del artículo 448 del Código civil a favor del poseedor en concepto de dueño, de serlo con justo título, el juzgador afirma los hechos que declara como resultado del examen de las pruebas practicadas, a los que es preciso atenerse al no ser impugnados. Ha de ser el actor el que pruebe las obligaciones que sustenta, acreditando los hechos constitutivos de su derecho, y a falta de ésta, ha de desestimarse la demanda sin posibilidad de alterar el orden obligado a fin*

*de cargar sobre el demandado la prueba de los hechos* (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1968).

*Antecedentes.*—Se basó la demanda entablada por el Ayuntamiento en que la Sociedad demandada inscribió en el Registro de la Propiedad, con arreglo al 205 de la Ley y como de su exclusivo dominio, una serie de fincas rústicas cuya propiedad pertenece a los vecinos del Ayuntamiento demandante, dado el carácter comunal de los montes de que aquéllas forman parte, ya que desde tiempo inmemorial vienen aprovechándolos para pastoreo de ganados, canteras, cortas de leñas, siembra y recogida de frutos, sin pagar merced alguna. Que alguno de estos montes pertenecen al Ayuntamiento y están catalogados como de su libre disposición por habérselos cedido el Estado, y es en ellos donde radican las parcelas que la sociedad demandada tiene inscritas a su nombre. Que, además, el Ayuntamiento aprobó las bases de un consorcio con el Patrimonio Forestal del Estado, efectuando la aportación de aquéllos al consorcio, y que a su vez, el Distrito Forestal inició expediente de catalogación, quedando el monte de litis incluido en el Catálogo.

La oposición adujo las faltas de legitimación activa y pasiva y especialmente la falta de precisión en los pedimentos de la demanda, que fue desestimada por la sentencia de primera instancia. Interpuesto recurso de apelación la Sala confirmó la sentencia apelada.

Formalizado recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal por violación de los artículos 348 y 448 del Código civil, y 207 de la Ley Hipotecaria, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo en base a la siguiente doctrina.

«Planteado el debate, el juzgador de instancia al examinar la concurrencia de los requisitos esenciales para la eficacia de la acción entablada—justo título de dominio e identificación del objeto de ésta, que ha de comprender el doble aspecto de su completa descripción, con expresión de su situación, cabida y linderos—, plantea la calificación de los títulos esgrimidos por los litigantes con el fin de valorar su virtualidad, no ya para la identificación de la finca inscrita por el demandado, no discutida, sino esencialmente de la que pretende la actora, y si basándose en la prueba practicada—títulos, reconocimiento judicial y testigos—declara como hechos que la finca realmente amparada por el título de la actora no comprende las de la parte demandada, y que si bien el monte en general ha venido siendo en el curso de los años objeto de aprovechamiento, no existe atisbo de que éste se realizase al amparo de algún derecho patrimonial, dichos hechos al no ser objeto de impugnación conducen al decaimiento de los motivos del recurso».

En esta sentencia existe una cuestión que se roza y soslaya, y que reviste, a nuestro juicio, un gran interés; la derivada de la disociación tan frecuente en Galicia entre la «realidad de hechos», cuyo origen se encuentra en la prescripción o en la legislación desamortizadora, que confiere al conjunto de vecinos el dominio y aprovechamiento de montes, dando lugar a comunidades de tipo germánico, y la «realidad jurídica» que atribuye dicho dominio a los Ayuntamientos, bien por la inclusión de los montes en el inventario municipal, bien a consecuencia de su catalogación o consorcio con los órganos de la Administración forestal.

Las graves cuestiones provocadas por esta disociación han originado una serie de tentativas para solucionarlas, que se han plasmado en la Ley sobre

Montes Vecinales en Mano Común de 29 de julio de 1968 (en esta REVISTA, número 469, pág. 1.557).

**RETRACTO DE COMUNEROS.** *Ejercitada la acción aún antes de tener pleno conocimiento del precio y condiciones de la venta, no puede el actor sostener que el plazo de caducidad debe computarse desde que adquirió posteriormente aquel conocimiento pleno* (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1968).

*Antecedentes.*—La actora formuló demanda de juicio de retracto en su calidad de copropietaria proindiviso de una finca, basándose en el hecho de haber tenido conocimiento de la venta y que ante la ignorancia del precio y condiciones de aquella, consignaba determinada suma formulando protesta de depositar el importe del resto del precio tan pronto le fuese conocido.

La sentencia de primera instancia declaró la procedencia del retracto de comuneros y condenó al demandado a otorgar la escritura de venta por el precio realmente pagado, el cual será fijado en periodo de ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de apelación la Sala revoca la anterior sentencia y desestima la demanda absolviendo al demandado.

Formalizado recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, por violación del artículo 1.281 del Código civil, aplicación indebida del artículo 1.253 del Código civil, e interpretación errónea del artículo 1.524 del Código civil, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso aplicando la siguiente doctrina:

«Los motivos del recurso versan sobre si en la fecha en que se celebró el acto de conciliación, o en otra ulterior, aquella en que la demandante intentó obtener en las respectivas Notarias copia auténtica de la escritura de compraventa, llegó a poseer conocimiento suficiente de los pactos y condiciones estipulados, y, por tanto, si al interponer la demanda ante el Juzgado había o no transcurrido el plazo del artículo 1.524 del Código civil; motivos todos que son absolutamente inoperantes, porque si el hoy recurrente, acogándose a la constante doctrina de esta Sala, ejercitó el derecho de retracto de comuneros por medio de la demanda de acto de conciliación, si en este momento ni aún en los nueve días siguientes cumplió los requisitos prevenidos en el artículo 1.618 de la Ley Procesal Civil, y si en la misma demanda manifestó explícita y categóricamente que prefería ejercitar la acción aún antes de tener pleno conocimiento del precio y condiciones de la venta, no podía ni puede, sin ir abiertamente en contra de sus propios actos y sin quebrantar flagrantemente el principio de la buena fe, sostener con eficacia que el plazo de caducidad debe computarse desde que, según ella, adquirió posteriormente aquel conocimiento pleno, tesis que en realidad no viene a ser sino un hábil subterfugio para tratar de abrir paso a una subsanación extemporánea de las omisiones antes apuntadas, en que incurrió al ejercitar su derecho en el acto conciliatorio».

E. F. C.

## III CONTRATOS

*PRECONTRATO: PROMESA DE VENTA. DOCUMENTO PRIVADO.* Garcia Gimeno c. Mata Secretari (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1968).

La cuestión fundamental debatida en el pleito consistía en determinar si el documento privado suscrito por las partes contenía una promesa de venta (tesis del actor que en su demanda solicitaba sentencia condenando a los demandados a otorgar la escritura contra el percibo del resto del precio) o un contrato perfecto de compraventa que el actor había incumplido en cuanto al pago de la parte del precio que quedó aplazada (tesis de los demandados). La demanda fue estimada en ambas instancias, por lo que los demandados recurren en casación alegando en el motivo primero la aplicación indebida del artículo 1.451 del Código civil en relación con los artículos 1.281 y siguientes del mismo Cuerpo legal, y en el motivo segundo, violación del artículo 1.256 del Código civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso, realizando en el Considerando primero un examen del documento en cuestión al decir:

Considerando: Que... la consiguiente aplicación perfectamente debida del precepto legal que el recurso afirma fue indebidamente aplicado: a) en ninguno de los apartados de dicho documento de 4 de septiembre de 1961, se habla de contrato, limitándose a decir que es un «documento recibo» cuyo carácter provisional o preparatorio—típico por otra parte de los llamados precontratos o promesas de contrato—se señala con precisión cuando se añade que «será canjeado por el *definitivo*, que servirá de base para hacer la escritura *definitiva*»; b) en su párrafo penúltimo se habla de que «los señores vendedores se comprometen a vender dicha finca libre de cargas...», muestra inequívoca de que no venden de presente, sino de que se contrae el compromiso de hacerlo en el futuro; c) la cantidad que de momento se entrega y se afirma recibida efectivamente, de 150.000 pesetas, no figura como parte del precio de un contrato firme de compraventa ni se dice tampoco que lo sea de un pacto de este género, ya perfeccionado, sino precisamente «a cuenta de la compraventa», índice bien elocuente de que se refiere a una operación futura de esta índole

En el Considerando segundo se dice:

Considerando: Que la catalogación jurídica de que se acaba de hacer mención es por completo independiente del tipo o clase de documento en que conste el acto cuya configuración jurídica se impugna en este trámite procesal, debido al principio espiritualista que en nuestro sistema legislativo instaura el Ordenamiento de Alcalá y mantiene inalterado el vigente Código civil, especialmente en sus artículos 1.270, 1.258 y 1.450—por lo que respecto de este último se refiere al contrato de compraventa—, que en modo alguno puede decirse alterado por la enumeración contenida en el artículo 1.280 del mismo texto legal, puesto que siempre habrá de ponerse en relación con la dición del artículo 1.279 y con los casos concretos y precisos en que específicamente exige el legislador una forma determinada de carácter público, argumentos todos ellos que de acuerdo con lo que se dice en el escrito de formalización del recurso alegando alguna jurisprudencia de esta Sala, en especial la sentencia de 9 de abril de 1935, no pueden en ningún caso servir para negar la validez jurídica del acto contenido en un documento privado, pues esta

forma de constancia documental en manera alguna puede servir para que una de las partes y mucho menos un tercero la utilice para negar la existencia y realidad de un pacto contractual, pero tampoco puede sostenerse que esta forma de constancia formal pueda influir para desvirtuar el acto jurídico celebrado, cuya naturaleza en Derecho es y tiene que ser independiente—utilizando precisamente los mismos argumentos que emplean los recurrentes—de la clase de documento material en que se haya hecho constar, todo lo cual conduce a la desestimación íntegra y completa de este primer motivo del recurso.

**TRANSACCION: CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA.** González Aquiso contra Vicasa (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1968).

La Sociedad demandante y el demandado celebraron un contrato de transacción para resolver las diferencias surgidas respecto de otro de ejecución de obras que previamente habían otorgado. Cumpliendo lo convenido en el contrato de transacción, dos arquitectos valoraron la obra realizada por la ahora demandante, valoración con la que no se manifestó conforme el ahora demandado. En el pleito la actora reclama la cantidad que, según la valoración y liquidación realizadas por los arquitectos, le adeuda el demandado. Estimada la demanda en ambas instancias, el demandado recurre en casación alegando en el primer motivo la aplicación indebida del artículo 1.809 del Código civil, en relación con el 1.413 del mismo Cuerpo legal, y en el segundo, error de hecho en la apreciación de la prueba. El Tribunal Supremo desestima el recurso manteniendo respecto del segundo motivo la reiterada doctrina de que no pueden estimarse como documentos auténticos a efectos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquellos «sobre cuya interpretación giró la disputa jurídica y en torno de los cuales los juzgadores de instancia motivaron su valoración y emitieron su juicio», y en cuanto al primero, después de recordar el principio *transigere est alienare*, no habiendo concurrido a esta transacción la esposa del demandado, lo desestima igualmente no sólo por razones procesales (no expresar el concepto de la alegada infracción del artículo 1.413 del Código civil y constituir una cuestión nueva), sino también:

«b) Porque aun prescindiendo de la postura anterior del hoy recurrente contraria a la tesis de la transacción que ahora parece postular y se considerase que la denuncia es concorde con sus alegatos primitivos e incluso se diese por válida la interpretación del referido aforismo, según el que *transigere est alienare*, no es comprensible la relación que se hace con el referido artículo 1.413 del Código civil, donde lo que se prohíbe al marido después de la reforma de 1.958, es llevar a cabo sin el consentimiento de la mujer la enajenación de bienes inmuebles y de establecimientos mercantiles, que no son los supuestos de hecho tenidos en cuenta en el presente caso».

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: REQUISITOS.** Ruiz Talavera y Expósito Molina c. Compañía Sevillana de Electricidad, S. A. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1968).

Dos hijos, menores de edad, de los ahora demandantes, subieron al tejado de una caseta de transformación de la demandada, sufriendo una descarga



eléctrica que motivó la muerte instantánea de uno y graves lesiones al otro que después de dos años y medio de curación le han dejado totalmente impedido para el trabajo. Entendiendo que la demandada había incurrido en negligencia en la custodia de la referida caseta que carecía de las condiciones técnicas necesarias, se solicitaba sentencia condenándola a pagar por vía de indemnización de daños y perjuicios las cantidades que a cada uno de los demandantes estimase justas el Juzgado. La demandada negó su negligencia y atribuyó el hecho a la propia imprevisión de los menores. El Juzgado estimó la demanda condenando a sendas indemnizaciones de 100.000 pesetas en el caso de muerte y 125.000 en el de incapacidad. La Audiencia revocó la sentencia y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo y revoca la sentencia de apelación confirmando íntegramente la de primera instancia.

Dice el Tribunal Supremo:

Considerando: Que... para aplicar a un caso concreto la regla del artículo 1.902 del Código civil, relativa a la acción aquiliana y de acuerdo con la constante doctrina de esta Sala, tan abundante y unánime, que es innecesaria su cita particularizada, se requieren la concurrencia de tres requisitos, que son la realidad de un daño, la relación de causalidad entre éste y el hecho que lo produce y la imputabilidad a un sujeto por haber incurrido, según dice el legislador, en culpa o negligencia.

El mayor interés de la sentencia que se anota radica, a nuestro juicio, en que a lo largo de sus Considerandos 2.º y 3.º contrapone la abundante prueba practicada por el Juzgado (informes y certificados, declaraciones testificales e informes periciales e incluso la propia inspección ocular del Juez, completada con croquis y fotografías del sitio donde se produjo el suceso) con el criterio simplista de la sentencia de apelación que en un único Considerando «donde para nada se alude al resultado de la prueba» se limita a atribuir el daño a «la propia negligente conducta de los menores». En el motivo 4.º del recurso formulado al amparo del núm. 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denunciaba el error de hecho en la apreciación de la prueba designando como documentos auténticos que lo acreditaban la inspección ocular del Juez y su ampliación, las fotografías y una carta oficio de la Compañía demandada y el Tribunal Supremo con criterio ajustado a la naturaleza de los hechos en que tanto valor hay que reconocer a la «mediación» del juzgador de primera instancia, estima el motivo. Se completa la excelencia de esta sentencia al decir en el Considerando 2.º que la negligencia de la demandada no queda «suprimida, ni siquiera reducida por una hipotética compensación de culpas, habida cuenta la edad de los damnificados, el medio rural en que se desenvolvían y la resultante inconsciencia de los posibles males que les pudieran sobrevenir».

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACION SOLIDARIDAD.** Ayala Rodríguez c. Gómez Gómez y Santos Caballero (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1968).

La sentencia recurrida en casación condenó a los dos demandados a abonar conjunta y solidariamente a la demandante en determinada cantidad como indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en un accidente que costó la vida al esposo de esta última. Uno de los así condenados impugna en el

recurso, entre otros extremos, la aplicación de la responsabilidad solidaria hecha por el Tribunal *a quo* por entender que el otro demandado fue dañador en grado principal y se debe repartir la responsabilidad en forma proporcional a la participación que cada infractor haya tenido en la producción del mal. El Tribunal Supremo desestima el recurso y en cuanto a este concreto problema dice:

Considerando: Que. el impugnado y combatido concepto de conegligencia es la única explicación teórica y pragmática del supuesto como del que aquí se trata en que, según resultó probado, aquella negligencia es imputable a más de un solo sujeto, sin que existan elementos que permitan hacer diferencias respecto de la participación de cada uno, del mismo modo que la solidaridad con que se rodea la responsabilidad de los que resulten condenados, no debe interpretarse de acuerdo con la constante y moderna doctrina de esta Sala, que sigue la progresiva corriente doctrinal en la materia, sino como el procedimiento más adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la mencionada responsabilidad, perfectamente compatible por otro lado, con la posibilidad de división interna de la parte de las respectivas obligaciones, a la manera como establece nuestro Código civil, especialmente en los artículos 1.145, 1.146, 1.147 y 1.148».

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. PERSONAS JURÍDICAS.** *Tienen una capacidad correlativa a las individuales y pueden tener una responsabilidad contractual y otra extracontractual o aquiliana propia.* García Gómez c. Villa Dolera y Renfe (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1968)

En determinado paso a nivel fue arrollado por el tren y completamente destruido un tractor propiedad del actor, el cual demandó al maquinista y la RENFE, solicitando se les condenara de modo solidario a indemnizarle en la cantidad que señalaba. Aunque en una cantidad menor fue estimada la demanda en ambas instancias, por lo que la RENFE interpuso recurso de casación alegando en el primer motivo la aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil y en el segundo la infracción de los artículos 1.902, 1.903 y siguientes del mismo Cuerpo legal en relación con diversas disposiciones reguladoras de los pasos a nivel y el Código de la Circulación. El Tribunal Supremo desestima el segundo motivo por no expresar, como ordena el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuál de los tres conceptos de infracción de los que señala el número 1º del artículo 1.692 de la misma Ley es el denunciado y citar en bloque los preceptos cuya infracción se denuncia y en cuanto al motivo primero lo desestima igualmente manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: ... las personas jurídicas tienen una capacidad correlativa a las individuales, y si toda persona jurídica, por el contenido del artículo 38-1º del Código, que atribuye a estos entes la posibilidad de querer y obrar por medio de personas físicas, considerando como voluntad del ente la de estos últimos, tiene que ser reconocida esta atribución de efectos, no sólo en el campo de lo lícito, sino también en el de lo ilícito y pueden tener una responsabilidad contractual y otra extracontractual o aquiliana propia, por todo lo cual el que no se haya aplicado el artículo 1.903 no puede ser omisión determinante de infracción alguna, porque la imputabilidad de la RENFE en este caso no es subsidiaria o refleja, sino propia y directa, comprendida en el artículo 1.902.

## ARRENDAMIENTOS.

**ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACCION DECLARATIVA.** *Ejercitándose una acción puramente declarativa para la determinación de la existencia de un contrato de arrendamiento, su discusión y resolución ha de ventilarse conforme a las Leyes procesales comunes* (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1968).

El demandante formulaba como petición fundamental la de que dictara sentencia por la que «se declarase la existencia de un contrato de arrendamiento de local de negocio que vincula a las dos partes litigantes». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda «en atención a haberla promovido por cauce procesal inadecuado», siendo su sentencia confirmada en apelación. El demandante interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes motivos:

1.º Al amparo de la causa 3ª del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por violación del artículo 1.º de la misma Ley. Se alegó en síntesis que en este precepto no sólo se define lo que ha de entenderse por local de negocio, sino que también se determina que a dicha Ley corresponde la regulación de los arrendamientos de dichos locales de negocio, debiendo entenderse que el ámbito material de la Ley especial alcanza a estos contratos desde el momento mismo de su iniciación o nacimiento sin necesidad de acudir previamente a la legislación común.

2.º Al amparo de la misma causa por aplicación indebida, y como consecuencia de ello, infracción del artículo 151 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que la cuestión planteada en el presente recurso se limita a resolver si la acción ejercitada por el demandante lleva en sí un derecho reconocido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, o si, por el contrario, aquella pretensión de la parte actora, está dentro del área general de la teoría del negocio jurídico locativo, pero sin apoyo en un precepto concreto de la Ley especial arrendaticia urbana, cuestión ella resuelta en las resoluciones de instancia, conforme a este último criterio expuesto, lo que ha dado origen a la formalización del recurso, denunciándose en primer término la violación del artículo 1.º de aquella Ley especial, sin tener en cuenta que la literalidad del precepto hace referencia al concepto de locales de negocio siempre referido a los contratos de arriendo que recaigan sobre ellos, y en el caso actual la cuestión a debatir no radica en determinar si el local que ocupa el demandante es habitable o inhabitable, si su destino primordial es o no el de vivienda, si se ejerce en él o no una actividad de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo, que es precisamente lo que aquel artículo precisa para la calificación de local de negocio, sino que lo que se pretende por el actor, y así se expresa en escrito inicial del pleito y se solicita en el suplico del mismo, al objeto de evitar ser incluido en una situación de precario, es que ante el desconocimiento de un convenio arrendaticio por parte de la propiedad se reconozca la existencia y realidad de un contrato de arrendamiento con efectos vinculantes entre las partes, sobre el local que ocupa el recurrente, y claro está que constituyendo ello una acción puramente declarativa que afecta única y exclusivamente a la determinación de la existencia del contrato de arren-

damiento y de lo que fue objeto del mismo, su discusión y resolución ha de ventilarse conforme a lo dispuesto en las Leyes procesales comunes, por lo que no ejercitándose un derecho amparado en el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos ni en los demás de este Cuerpo legal, se hace inviable este primer motivo del recurso, y de consecuencia, el segundo, que es tan claro, que su sola lectura acredita la correcta aplicación en la sentencia recurrida, desestimándose en su virtud el mencionado recurso, en el que se aprecia temeridad en el recurrente.

R. I. A.

#### IV. FAMILIA

*RECLAMACION DE ALIMENTOS PROVISIONALES INTERCONYUGALES. EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO: su declaración y su nacimiento.—INADECUACION DE PROCEDIMIENTO Y COSA JUZGADA: efectos de la cosa juzgada, en sentido formal.—ABUSO O EXCESO DE JURISDICCION.*  
Lopez c. Arijón (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1968).

*Doctrina de la sentencia*—No cabe confundir la inadecuación de procedimiento con la cosa juzgada; el efecto de la cosa juzgada formal es la preclusión definitiva en el juicio, que excluye la posibilidad de que la resolución dictada sea impugnada en el propio juicio por las partes, pero en absoluto impide la apertura de un nuevo procedimiento sobre los mismos hechos. El hecho de la inadecuación de procedimiento en nada afecta a la jurisdicción con que se actúa. Los efectos civiles del matrimonio surgen de la existencia o no del vínculo y deben ser declarados por los Tribunales civiles; la existencia de la obligación de prestar alimentos ha sido declarada por el Tribunal civil y no subsiste la causa excluyente de tal obligación (por incumplir un cónyuge sus obligaciones).

*Antecedentes.*—Eran hechos reconocidos por las partes, probados: 1) En 1910 ambas partes contrajeron matrimonio canónico. 2) En 1944, a instancia de la esposa, se siguió proceso canónico de separación, dando lugar a la reconvencción, declarando a la actora culpable a causa de su vida licenciosa y de la presunción de adulterio por ella cometido, y decretando la separación por tiempo indeterminado. 3) En 1950, la esposa promovió juicio de alimentos, al que puso fin la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1953, desestimando la demanda. 4) En 1965 el tribunal eclesiástico decretó que quedaba cesante y sin ningún valor en el futuro la sentencia de 1944, y devolvía a los esposos todos los derechos canónicos y civiles, declarando que «exhortaba» a los esposos a cumplir todas las obligaciones canónicas y civiles derivadas del contrato matrimonial. 5) En el mismo año, mediante acta notarial, la esposa requirió al marido—y se le notificó al siguiente día al interesado—«para reanudar la vida en común, pasando la esposa al domicilio conyugal y, caso de no contestar al requerimiento, se interpretase el silencio como conformidad; y de mostrarse disconformes, se tuviese por avisado de que se ejercitaría contra él la acción penal derivada de su actitud»; contestando el requerido que «la sentencia no le condenaba a instar la vida en común, sino que la «exhortaba» a ello, que no tenía obligación de admitir a la requirente en su domicilio y que la misma tenía expeditos los cauces procesales».

Como puntos litigiosos entre las partes, cabe señalar los de: a) *Eficacia* de la sentencia canónica del Tribunal de la Rota: para la esposa, equivalía a la estimación de su reclamación de la vida conyugal; para el marido, no podía obligarle a ello por ir en contra del canon 1.130 del Código de Derecho canónico, y además sólo podía tener eficacia respecto de las cuestiones juzgadas y decididas por la anterior sentencia canónica de 1944, pero *no* respecto de los alimentos por ser cosa juzgada por sentencia del Tribunal Supremo de 1953. b) *Cosa juzgada* que afecta a la pretensión de alimentos: siendo firme la sentencia de 1953, tal pretensión no puede ventilarse por el mismo procedimiento de aquel juicio, sino por el declarativo correspondiente. c) *Causa de la separación*: para la esposa, la causa había cesado al dejar el tribunal canónico sin efecto su sentencia anterior, lo que equivalía a suponer la plena vigencia del matrimonio canónico: para el esposo, la causa persiste perpetuamente mientras el cónyuge inocente no perdona al culpable. d) *Presupuestos para la obligación alimenticia*: El marido había estado pasando a su mujer una cantidad de 500 pesetas mensuales, graciosamente, y dejó de hacerlo desde que el tribunal canónico resolvió en 1965. La mujer vivía de la caridad pública y sin medio alguno de subsistencia. El marido gozaba notoriamente de una posición económica privilegiada, y en una carta decía estar dispuesto a dar a su mujer una pensión de 5.000 pesetas mensuales. Esta situación, para la esposa ya insostenible, la hacía acreedora—a su juicio—de la pretensión de alimentos; para el marido, no tenía obligación de alimentar a la mujer—además de lo ya expuesto en orden a la cosa juzgada—por ser él el ofendido y en base al artículo 73-5.º del Código civil.

La demanda terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare que el demandado viene obligado a abonar a su esposa la cantidad de 10.000 pesetas, o la procedente si el Juzgado estimare que debe ser mayor la pensión alimenticia, condenando al demandado a hacer efectiva a la actora tal pensión por mensualidades anticipadas.

El demandado suplicaba la absolución, ya por la inadecuación de procedimiento o por la excepción de cosa juzgada alegada, o por las razones de fondo expuestas.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando la demanda, condenó al esposo a abonar a la actora la cantidad de 6.000 pesetas mensuales, por mensualidades anticipadas, y con efectos a partir del día 3 de diciembre de 1965 (queda, en la exposición de los antecedentes del pleito, sin precisar a qué obedece esta fecha).

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, con base en los siguientes motivos: infracción de la doctrina legal sobre la cosa juzgada, al afirmar la Sala que «ha variado la causa o razón de pedir, en relación con el juicio de la misma naturaleza resuelto hace años», cuando la razón de pedir alimentos es la misma (el matrimonio y la obligación recíproca de los cónyuges), por lo que era inevitable la aplicación de los efectos de la cosa juzgada formal y la reapertura de un nuevo proceso no podía ser con una simple reproducción del mismo juicio, sino en otro de mayor rango y garantía; haber mediado abuso o exceso al conocer por el procedimiento propio del juicio de alimentos provisionales lo que está reservado al juicio plenario de la cuantía correspondiente; interpretación errónea de los artículos 81 y 82 del Código civil, al interpretar la sentencia recurrida con error la eficacia que una sentencia canónica ha de tener en el orden civil,

ya que el principio básico que inspira el Concordato—y por tanto los artículos 81 y 82 del Código civil—es el de que la Iglesia tiene jurisdicción y competencia para disciplinar y entender de los conflictos entre bautizados en materia matrimonial, *pero* los efectos meramente civiles del matrimonio corresponden en exclusiva a la potestad civil y sus tribunales, por lo cual la sentencia eclesiástica *produce* efectos civiles, pero *no declara ni concede* derechos civiles, con lo que no puede producir la inexistencia de la sentencia dictada en 1953 por el Tribunal Supremo, e infracción, por interpretación errónea, de los artículos 143, 152-4.º, 855, 105 y 73 del Código civil y de la doctrina legal a ellos atinente, ya que para que la esposa pueda reclamar alimentos debe cumplir las obligaciones que le impone la Ley, y al incurrir en causa de desheredación perdió el derecho a pedirlos.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, en base a la siguiente argumentación:

Visto siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros

Considerando: Que el recurrente, al formular el *primer motivo* del recurso al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, estimando el fallo contrario a la cosa juzgada, incide en el defecto de confundir la inadecuación de procedimiento con aquélla, inaplicable al fallo recurrido, en que incidentalmente se reclaman alimentos provisionales, por expresa disposición del artículo 1.617 de la Ley procesal, sin que a tal conclusión sea obstáculo la distinción entre cosa juzgada formal y material que, al argumentar sobre el motivo, se hace, puesto que *la primera no tiene otro efecto que la preclusión definitiva en el juicio, que excluye la posibilidad de que la resolución dictada sea impugnada en el propio juicio por las partes, pero en absoluto impide la apertura de un nuevo procedimiento sobre los mismos hechos*, procediendo por ello la desestimación del motivo.

Considerando: Que el *segundo motivo* en que, por estimar que los alimentos debieron ser instados en el juicio ordinario correspondiente y no en el especial regulado por los artículos 1.609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, se alega abuso o exceso en la jurisdicción al conocer por el citado procedimiento, amparándolo en el número 6.º del artículo 1.692 de la citada Ley, debe forzosa-mente perecer, puesto que *es doctrina constante* de esta Sala que «el hecho de que se sustancie el proceso por los trámites del juicio verbal y no por los de la mayor cuantía en nada afecta a la jurisdicción con que se actúa» (sentencias de 19 de noviembre y 15 de febrero de 1949, 3 de mayo de 1955 y 9 de marzo de 1961).

Considerando: Que los *motivos tercero y cuarto*, en que por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la tantas veces citada Ley procesal se denuncian, en el primero, la interpretación errónea de los artículos 81 y 82 del Código civil, y en el segundo la de los 73, 105, 143, 152-4.º y 855 del mismo Cuerpo legal, y doctrina que cita, han de ser desestimados: puesto que, si bien es cierto que los efectos civiles del matrimonio deben ser *declarados* por los Tribunales civiles, también lo es que aquéllos *surgen* de la existencia o no del vínculo, que ha de ser necesariamente tomada como base para su determinación, y la *existencia de la obligación de prestar alimentos* ha sido *declarada* por Tribunal civil; y en cuanto a la *subsistencia de causa excluyente* del deber de alimentos por incumplimiento del cónyuge de sus obligaciones, al haber sido dictada por la jurisdicción eclesiástica, dentro de sus atribuciones, sentencia declarando nula aquella por la que se acordó la separación temporal, desapareció la causa impeditiva, y por ello la sentencia recurrida ha inter-

pretado acertadamente las disposiciones citadas, sin que existan las infracciones denunciadas.

Considerando: Que, al rechazarse todos los motivos articulados, procede la desestimación del recurso y la condena del recurrente al pago de las costas causadas y pérdida del depósito constituido, según dispone el artículo 1748 de la Ley de Enjuiciamiento.

**RECLAMACION DE LITIS EXPENSAS INTERCONYUGALES. CONCEPTO DE ALIMENTOS:** inclusión o no de las «litis expensas» entre ellos; *utilidad de éstas.*—**ABUSO DE JURISDICCION:** uso de un procedimiento distinto al señalado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Avila c. De la Lastra (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1967).

*Doctrina de la sentencia.*—El concepto de «alimentos» lo establece con gran claridad el artículo 142 del Código civil, y son señalados según la posición social de la familia. La doctrina legal que excluye a las *litis expensas* del concepto de alimentos ha sido confirmada por la nueva redacción dada al artículo 68 del Código civil. Al fijar el tribunal *a quo* las *litis expensas* y declarar que tales cantidades son las justas, estimó la utilidad de éstas. El hecho de que en la tramitación de un pleito no se siga el procedimiento marcado por las Leyes procesales en nada afecta a la jurisdicción con que se actúa.

*Antecedentes:* 1) La actora había promovido proceso de separación conyugal ante el Tribunal eclesiástico, por sevicias de su marido, quien reconvinó en la misma causa. En ésta recayó sentencia firme y ejecutoria declarando la separación matrimonial por culpa de ambos consortes. Se devengaron unas costas de 98.386 pesetas, a cargo de la esposa demandante. 2) Al mismo tiempo que el litigio canónico, la esposa promovió querella contra su marido por falsedad documental. Se tramitó el sumario, cuyas actuaciones devengaron 12.108 pesetas. 3) El esposo promovió ante el Juzgado correspondiente la ejecución de la sentencia canónica de separación conyugal, a los efectos del artículo 73 del Código civil, autos pendientes de apelación ante la Audiencia. Además, promovió otras cuestiones, que originaron recursos de apelación en un solo efecto, dentro del proceso de ejecución de la sentencia de separación. Los gastos en tan complejo procedimiento—sin perjuicio de ulterior liquidación—se cifraban por la esposa en 150.000 pesetas. 4) El esposo era propietario de una fortuna aceptable (incierto, según él) y la esposa solamente tenía como medio de vida la pensión alimenticia definitiva que percibía de su marido, de 15.000 pesetas mensuales.

La esposa demanda al esposo, con súplica de que se dictare sentencia condenando al demandado a pagar las *litis expensas* devengadas por su mujer en el procedimiento canónico de separación conyugal (110.489 pesetas), y además las que se devenguen en el proceso civil de ejecución de la sentencia canónica y en las cuestiones incidentales y recursos derivados de dichos autos de ejecución, así como las devengadas en el presente litigio: entregando a la actora, como provisión de fondos y a su cuenta, la cantidad de 150.000 pesetas, sin perjuicio de su ulterior liquidación.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, alegando la excepción de inadecuación del procedimiento, exponía, respecto de la pensión alimenticia que pasaba a su mujer, «que en su mayor parte, como era lógico, no

precisaba como medio de subsistencia» (*sic*), y que el acto de conciliación revelaba que la actora estaba convencida de que su demanda únicamente podría ventilarse en el juicio declarativo correspondiente. Terminaba con la súplica de que se dicte sentencia, estimando la excepción opuesta de inadecuación del procedimiento y declarando no haber lugar a entrar a conocer del fondo del asunto, y en su defecto, para el caso de no estimar dicha excepción, declarar no haber lugar a la demanda, absolviendo en todo caso de ella al demandado.

El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó al demandado a pagar a su esposa, en concepto de *litis expensas*, la cantidad de 110.000 pesetas por los procesos canónicos de separación y penal; más 50.000 pesetas por los que se devenguen en el proceso civil de ejecución de sentencia canónica y los del presente litigio, como provisión de fondos, sin perjuicio de su posterior liquidación activa o pasiva a la terminación de la contienda.

La Audiencia, confirmando sustancialmente la sentencia del Juzgado y estimando en parte la demanda, condenó al demandado a pagar a su esposa, en concepto de *litis expensas*, la suma de 12.108 pesetas: más las costas y gastos en el proceso canónico, en cuantía que se determine en ejecución de sentencia, sin que pueda exceder de 98.381 pesetas; más 50.000 pesetas para las que ocasione el proceso civil de ejecución de sentencia canónica y las del presente pleito, como provisión de fondos, sin perjuicio de su posterior liquidación a la terminación de dichos procesos.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basado en la infracción: de los artículos 481 y siguientes, en relación con los 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al conocer sobre el fondo de la cuestión en el inadecuado procedimiento incidental promovido, y de la doctrina legal relativa a las *litis expensas*.

El recurso es rechazado en virtud de la siguiente fundamentación:

Visto siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros.

Considerando: Que el recurrente, en el *primer motivo* que articula, acusa, al amparo del número 6.º del artículo 1.692, exceso en el ejercicio de la jurisdicción por inadecuación de procedimiento, toda vez que—según él—la *reclamación de litis expensas debió ser tramitada* en el juicio ordinario correspondiente a su cuantía, según establecen los artículos 481, 483 y 488 de la Ley de Enjuiciamiento, pero una *reiteradísima jurisprudencia de esta Sala* tiene establecido (Sentencias de 19 de noviembre de 1949, 3 de mayo de 1955 y 9 de marzo de 1961, entre otras) que *el hecho* de que en la tramitación de un juicio no se siga el procedimiento, marcado por las Leyes procesales, *en nada afecta* a la jurisdicción con que se actúa, ni, por tanto, puede servir de *fundamento* al recurso de casación, amparado en el motivo alegado, que se refiere únicamente a la carencia de jurisdicción.

Considerando: Que teniendo en cuenta que el artículo 142 del Código civil establece con perfecta claridad el concepto de «*alimentos*», comprendiendo en él «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia», y en el mismo *no quedan comprendidos* los gastos de los pleitos que sostenga la mujer con su marido (Sentencias de 15 de abril de 1896, 27 de mayo de 1955 y 24 de enero de 1959, entre otras), el *segundo motivo*, que se formula por violación de la doctrina legal que se cita, ha de ser desestimado, porque las 15.000 pesetas mensuales que, como «*alimentos*» están señaladas a la esposa, *lo tuvieron por ser*, estimando la posición de la familia, *para* cubrir las atenciones antes citadas; y la doctrina legal a que anteriormente se ha hecho referencia ha sido confirmada



por la nueva redacción dada a los artículos 68 del Código civil y 1.890 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley de 24 de abril de 1958.

Considerando: Que el *tercer motivo* del recurso, que por error de hecho en la apreciación de la prueba y en base al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva se aduce, debe ser *rechazado* por dos razones, con entidad bastante cada una para producir la desestimación: siendo la *primera* que no se cita documento auténtico alguno, puesto que, según tiene esta Sala declarado, no lo son los testimonios de particulares, ni las propias diligencias judiciales, ni las declaraciones de testigos, ni la confesión judicial, y la *segunda*, que al declarar el Tribunal *a quo* que las cantidades a cuyo pago condena en concepto de *litis expensas*, atribuyéndolas en partes precisas a cada uno de los procedimientos tramitados, *son las justas*, estimó la utilidad de éstos.

Considerando: Que el *cuarto motivo*, articulado por violación de doctrina legal, alternativamente para el caso de no prosperar el tercero, ha de correr la misma suerte que éste, por el propio razonamiento que en último lugar se hace en el Considerando anterior, ya que el Tribunal de instancia no sólo no violó la doctrina legal citada, sino que la aplicó certeramente.

Considerando: Que al ser desestimados todos los artículos articulados, lo ha de ser igualmente el recurso, con los pronunciamientos consiguientes.

#### MATRIMONIO DE UN NACIONALIZADO ESPAÑOL POR CONCESION REAL.

*EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO: cuestión de si el marido había o no adquirido la vecindad foral al contraerlo.—EFFECTOS PATRIMONIALES: Ley relativa al Estatuto matrimonial y régimen económico del matrimonio.—ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR EXTRANJERO AVECINDADO EN CATALUÑA: cuestión sobre si al adquirir la nacionalidad española por concesión real devino o no aforado catalán.—NACIONALIDAD ADQUIRIDA POR CARTA DE NATURALEZA: sus requisitos y problema de si se sujeta o no a los trámites del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916. La residencia habitual y el «animus morandi».—TESTAMENTO DE CONFIANZA: Ley de la sucesión.—EXISTENCIA O NO DE LAGUNA LEGAL: procedencia de las fuentes supletorias. Luque y Ramirez c. Chastaing (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1967).*

*Doctrina de la sentencia.*—El marido, que había adquirido la nacionalidad española por concesión real, no devino aforado catalán al adquirirla: porque el artículo 15, norma 3.ª del Código civil, parte del presupuesto de una situación jurídica, la de español, que, con el concurso de sucesivas circunstancias, produce un efecto legal, la vecindad común o foral; pero no existiendo aquella, las últimas por sí solas no pueden llevar a tal resultado; porque al adquirir un extranjero la ciudadanía española, queda sujeto al Derecho Civil, llamado «común», sin perjuicio de que posteriormente—conforme al artículo 15—pueda obtener la condición de aforado, y porque, aunque anteriormente hubiera gozado de la condición de español, no acreditada su vecindad foral, ni manifestada su declaración de voluntad ante el Juzgado Municipal, no pudo gozar de la condición de aforado, y sin que la inscripción en el Libro de Ciudadanía pueda equivaler a la necesaria declaración de voluntad. No adquirida la vecindad foral con la adquisición de la nacionalidad española, siendo el marido español común, su matrimonio sin capitulaciones queda sujeto al régimen legal de gananciales. La nacionalidad adquirida por concesión real no está sujeta a los trámites fijados

por el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916. Una cosa es la residencia habitual—*quaestio facti*—y otra el *animus conmorandi—quaestio iuris*: éste, ostensiblemente exteriorizado, evidenciaba una actitud contraria a la adquisición de la vecindad foral. La Ley de la sucesión es la personal del causante. No existe una laguna legal.

*Antecedentes*—Como hechos reconocidos por ambas partes, que quedaron probados, resultan los siguientes: 1) Don E., de nacionalidad alemana, tras diversos cambios de residencia, fijó en Barcelona su domicilio a partir de 1914; en 1922, en base a su voluntad expresada en instancia, pidió y obtuvo la nacionalidad por carta de naturaleza, que le fue concedida por el rey; procedió a su inscripción como ciudadano *español* en el Registro Civil de Barcelona; residiendo desde entonces en dicha ciudad hasta su muerte. 2) El citado don E. contrajo matrimonio en 1928 con doña H. (la demandada). Posteriormente, en 1938, contrajo nuevo matrimonio (*sic*) con la misma, en la Alcaldía de ..., en Francia. En ninguno de los dos casos se otorgaron capitulaciones matrimoniales. Del citado matrimonio no hubo descendencia; sin embargo, en 1944, los conyuges adoptaron una niña (adopción en escritura pública, sin que tengamos otros datos). 3) En el mismo año 1944, aparece una mujer en la vida del citado don E., a la que podemos llamar «Brigitte»: la instala en un piso, sito frente al que habitaba el matrimonio; tiene de ella un hijo—inscrito en el Registro Civil como de padre desconocido—, al que luego presenta en sociedad como hijo legítimo suyo. Prácticamente, la situación de don E. y su esposa era la de separación de hecho. 4) En 1945, en vista de tal situación anómala, ambos conyuges otorgaron una curiosa escritura ante Notario, llamada «de aclaración de situación económica de la sociedad conyugal», en la que *declaran* (hacen constar): a) que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.315 del Código civil, *entienden* que su matrimonio se hallaba contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y b) que cuantos bienes poseen les conviene la calificación de gananciales. 5) En 1958, mediante documento privado otorgado por ambos conyuges y posteriormente autenticado por Notario, los esposos cifraron los bienes de su sociedad de gananciales por un valor nominal—en acciones—de 6.276.000 pesetas, y el marido regaló a su esposa acciones por un valor de 3.600.000 pesetas, con transmisión posterior a través de Agente de Cambio y Bolsa. La causa de tal transmisión gratuita parece ser a modo de compensación o arrepentimiento del marido, que había adquirido e inscrito para «Brigitte» una finca urbana. 6) En 1961, el marido otorgó escritura de revocación de las donaciones hechas a su mujer: escritura *posterior en dos días* a la fecha de su último testamento. 7) Fallecido don E., se observa que había otorgado varios testamentos: en los años 1930, 1939, 1941, 1943 y 1961. En los primeros instituía a su esposa como heredera universal suya, y reafirmaba su condición de «español»; pero en el último, en base a su manifestación de ser residente en Barcelona (al parecer, no está claro en la exposición de los hechos), instituía herederos de confianza, conforme a la Compilación—lo eran los dos demandantes en el pleito—. 8) Promovido el juicio universal de testamentaria (no aparece claro, aunque es de suponer que por los demandantes), se practicó un inventario de los bienes del causante, sin intervenir en él la viuda; ésta retiró un paquete de acciones por valor de algo más de 2.000.000 de pesetas, en concepto de su mitad de gananciales y del usufructo viudal de dos tercios (al no haber hijos del matrimonio); también a

requerimiento de la viuda, se solicitó de un Banco la consignación judicial del saldo de la cuenta corriente, que se ingresó en la Caja General de Depósitos por ordenarlo así el correspondiente Juzgado y confirmarlo la Audiencia. 9) Al fallecimiento del causante, eran interesados en su sucesión: su viuda, la hija adoptiva, el presumible hijo adulterino y los instituidos herederos de confianza.

El *petitum* de la demanda contenía la siguiente súplica: que se dicte sentencia por la que se declare: 1.º, que don E. adquirió la condición civil de aforado catalán en el mismo instante de adquirir la nacionalidad española; 2.º, que su sucesión, a toda clase de efectos legales, se rige por el Derecho foral de Cataluña; 3.º, que doña H (la demandada) no tiene derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia de su marido, por no serle de aplicación el artículo 838 del Código civil; 4.º, que el régimen económico conyugal de los cónyuges señores... fue el romano de separación de bienes, conforme al Derecho catalán; 5.º, que la escritura de 1945 es nula de pleno derecho, por atentatoria a la invariabilidad del régimen económico conyugal, y por constituir transacción prohibida sobre cuestiones matrimoniales—añadido este inciso último en el escrito de réplica—; 6.º, que el documento de 1958 es nulo de pleno derecho, por atentatorio de la invariabilidad del régimen conyugal, por simulativo de donaciones prohibidas entre marido y mujer y por constituir transacción prohibida sobre cuestiones matrimoniales; 7.º, que las transferencias de valores verificadas por don E. a favor de su esposa, mediando intervención de Agentes de Cambio y Bolsa, son nulas de pleno derecho, por hechas sin causa onerosa y no entrañar acto de comercio ni verdadera «negociación» en Bolsa, y por constituir ejecución de transacción prohibida sobre cuestiones matrimoniales—añadido también en la réplica—; 8.º, la nulidad de pleno derecho de las donaciones hechas por don E. a su mujer como persona inhábil para recibirlas; 9.º, que, no obstante la premoriencia del marido donante, las donaciones no se convalidaron al mediar el arrepentimiento expreso y la solemne revocación por el donante; 10.º, que los herederos del donante puedan legalmente reivindicar todos los bienes que su causante donó en vida a su mujer; 11.º, que condene a la demandada a entregar a los herederos universales de confianza de su finado marido todas y cada una de las acciones de compañías mercantiles del llamado grupo H.; 12.º, que condene a la demandada a entregar a los herederos de confianza de don E. el importe de los dividendos, frutos y demás emolumentos producidos por las acciones reivindicadas, así como los intereses, daños y perjuicios, a reserva, en su caso, de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia; 13.º, condene en costas a la demandada por su temeridad y mala fe.

La viuda demandada se opuso a la demanda, suplicando se dictase sentencia, desestimando la demanda. Y formuló reconvencción, suplicando se declare nula la institución de herederos de confianza a favor de los demandantes, porque—contraído el matrimonio bajo el Derecho común y reiterado en la escritura de 1945, que los cónyuges quieren que su sucesión se rija por el Derecho común—es evidente que el causante no era catalán y tal institución es nula.

Los *puntos controvertidos* en el litigio eran los siguientes: a) la vecindad del marido en el momento de contraer matrimonio; b) el régimen económico-conyugal; c) la validez y eficacia de la escritura de 1945 de «aclaración de situación económica de la sociedad conyugal»; d) la validez de las donaciones

de acciones hechas a la esposa por su marido; e) el testamento último de 1961, instituyendo herederos de confianza a los demandantes; f) la Ley aplicable a la sucesión de don E.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando prácticamente en todas sus partes la demanda, declaro: 1.º, que don E., simultáneamente a la concesión de la nacionalidad española, adquirió la condición civil de aforado catalán con efectividad de un mes después (fecha de la inscripción en el Registro Civil); 2.º, que la sucesión de don E., a toda clase de efectos legales, se rige por el Derecho foral de Cataluña; 3.º, que el matrimonio contraído en 1928 se rige, en cuanto a los bienes, por el sistema legal de separación de bienes; 4.º, que la escritura de 1945 es nula de pleno derecho; 5.º, que el documento de 1958 es nulo asimismo de pleno derecho; 6.º, que la donación de los valores a que tal documento se refiere, y las posteriores transmisiones mediando Agente Colegiado, no producen efectos transmisórios de tales valores, que continúan siendo propiedad de don E., al constituir donaciones que no fueron convalidadas por el causante; 7.º, que los citados valores deben ser entregados por la demandada a los herederos de confianza, actores en este procedimiento, con los frutos producidos a partir de la defunción de don E.; 8.º, que, desestimando la reconvención de la demandada, declara válido el testamento otorgado por dicho don E., y, por ende, la declaración de herederos de confianza hecha en dicho testamento, 9.º, que no se hace especial declaración de costas, por no observarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

La Audiencia dicta sentencia, por la que: a) confirmando en parte la sentencia de primera instancia, declara que el causante adquirió la condición civil de aforado catalán con simultaneidad a la concesión de la nacionalidad española, que su sucesión se rige por el Derecho foral de Cataluña, y que el testamento último del causante es válido y, por ende, la institución de herederos de confianza, sin hacer condena en costas, y b) revocando en parte la sentencia apelada, absuelve a la demandada de los restantes pronunciamientos de dicha sentencia.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación, en los que se aprecia la labor de excelentes juristas y el rigor lógico con que se desarrollan sus respectivas tesis. Aquí no podemos hacer una exposición detallada de ambos y haremos un extracto de lo más relevante de ambos escritos.

El recurso interpuesto por los demandantes se articulaba, en base a la infracción de Ley y fundado en los números 1.º, 2.º y 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en 15 motivos, que se resumen como sigue:

Primero: por violación en su aspecto negativo—falta de aplicación—del artículo 1.281-1.º del Código civil y doctrina legal que lo desarrolla, respecto a la escritura de «aclaración» de 1945, cuyo tenor contextual está formado por términos claros y sencillos, reveladores de que los cónyuges formularon solemnemente una declaración de su criterio acerca de la vecindad civil inicial del español llegado de la extranjería que, residiendo en territorio foral, se casó sin capitulaciones previas.

Segundo: por infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1.254 y 1.261-1.º del Código civil, respecto de la citada escritura de 1945, cuyo tenor contextual evidencia que los cónyuges otorgantes *entendieron* que entre 1928 (fecha del matrimonio) y 1945 se hallaban sometidos al régimen de gananciales y que en 1928 el marido era español-castellano (pese a residir en Barcelona) por haber transcurrido sólo *cinco* años desde su nacionalización: su consen-

timiento tenía por objeto dejar constancia *de lo que decían que habían entendido* acerca de hallarse sometidos al artículo 1.315-2.º del Código civil—no unas capitulaciones informales—, por lo que el contenido de dicha escritura sólo era la dación de fe de un *criterio jurídico*, no un verdadero consentimiento respecto a un convenio. Sin embargo, la sentencia recurrida afirma que la Sociedad *paccionada* de gananciales fue el régimen económico matrimonial, y también afirma que el marido desde que fue español—y, por ende, en el momento de matrimoniar—era de regionalidad catalana: y como afirma la sentencia que el régimen inicial conyugal fue sin capitulaciones, hay en ello una grave contradicción, ya que el régimen legal supletorio catalán es el de separación de bienes.

Tercero: por infracción, por falta de aplicación, de los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil, respecto de la misma escritura de 1945, ya que la *creencia* de los otorgantes, acerca de la vecindad civil y del régimen legal supletorio, importa un grave «error *iuris*» sustancial sobre la cosa—regional civil del marido—sobre la que versó su declaración de voluntad.

Cuarto: por infracción, por aplicación indebida, de los artículos 7 y 52 de la Compilación de Cataluña, respecto de la citada escritura, que evidencia que los cónyuges quisieron formular una *declaración* «para que no haya dudas ni equívocos»... *de lo que habían entendido y entendían*, pero no quisieron ni pactaron el régimen de gananciales, por lo que es impropio que a tales hechos se apliquen las normas jurídico formales de la Compilación citadas.

Quinto: por infracción, por violación, de los artículos 7 y 1-2.º de la Compilación catalana, pues el artículo 7 recoge el sentir jurídico tradicional del pueblo catalán, en el sentido de la necesidad de la escritura pública para las capitulaciones, y es doctrina legal que «el concepto infractivo de violación atañe específicamente a la existencia, subsistencia y determinación del alcance de una norma jurídica», lo que lleva consigo averiguar si está o no vigente y precisar su ámbito en el tiempo y en el espacio, decidiendo el Juez su eficacia para regir una situación de hecho.

Sexto: por infringir el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el principio *iura novit curia*, al no ser la sentencia congruente con las peticiones de ambas partes (el *petitum* de la demanda es que se declare que el régimen conyugal era el de separación de bienes, previa declaración de que era catalán al contraer matrimonio), cuyas peticiones precisaron claramente el hecho objetivo de la litis, que excluía el hecho capitulativo; pero la Sala aduce una *exceptio pacti conventi* no alegada por la demandada y plantea de oficio una cuestión nueva.

Séptimo: por idénticas infracciones que el anterior y del principio de rogación procesal, pues las peticiones de ambas partes sobre la nulidad o validez de la escritura de 1945 dependían del hecho de la vecindad civil del novio al casarse, con lo que la Sala debió declarar, o el régimen de separación o el de gananciales, pero nunca que el marido era catalán y que el régimen era de gananciales: la congruencia imponía una sentencia idéntica a la del Juzgado.

Octavo: por error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos relativos a los medios de prueba—1.218, 1.225 y 1.232 del Código civil—, en cuanto a que los hechos alegados por la viuda demandada (sobre la conducta conyugal del marido desde 1944) fueron valorados como irrelevantes por el Juzgado, aunque «algunos de ellos fuesen constitutivos de

la causa psicológica a la que, en última instancia, se daba su proceder». hechos de cuya jurídicamente errónea apreciación de pruebas se precaven los recurrentes en este motivo.

Noveno. por el citado error y el correspondiente proceso mental de deducción por la Sala (negando lo que el documento dice). formulado *ad cautelam*, por si se estimare que algunos hechos de los alegados por la demandada no son verdaderos y reales

Décimo: por infracción de los artículos 1.261-3.º, 1.274 y 1.275 del Código civil (en cuanto a la causa impulsiva y determinante), en relación con el artículo 56 del Código civil—todos ellos infringidos por falta de aplicación—, porque el incumplimiento de la obligación de «vivir juntos» del artículo 56 del Código civil no puede ser objeto de contrato, y ese contrato es nulo por ilicitud de la causa (contraria a la esencia del matrimonio); que «el perdón del adulterio por precio ha sido siempre una de las cosas más odiosas e indignas» (*sic*), y que es doctrina legal sobre la causa individual impulsiva y determinante, elevatoria del móvil a la categoría jurídica de «verdadera causa en sentido jurídico», el que ésta imprime a la voluntad una dirección finalista e ilícita del negocio.

Decimoprimer: formulado alternativamente, por violación del artículo 1.276 del Código civil, ya que si se parte—lo cual lo niegan los recurrentes—de que la escritura de 1945 es *un contrato*, hay que admitir que se funda en un motivo falso (la supuesta regionalidad común del marido), y ese motivo adquiere la categoría de causa y lleva a su nulidad por ineludible aplicación del citado artículo 1.276

Decimosegundo: para el caso—que estiman cierto los recurrentes—de no ser un contrato dicha escritura de 1945. denuncian error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos 1.232 y 1.239 en relación con el 1.218 del Código civil, pues en tal escritura los otorgantes hacen *una confesión extrajudicial* acerca de una situación jurídica que estiman existente, lo cual abarca dos puntos: a) la confesión—más bien *cogitatio*—en orden a lo que creen es su régimen conyugal desde su matrimonio, y b) la confesión respecto de la inexistencia de capitulaciones, por lo que la Sala no puede deducir el otorgamiento de capitulaciones del hecho de unas declaraciones manifestativas de no existir tales capitulos

Decimotercero: por error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos auténticos (la susodicha escritura de 1945): pues la escritura dice lo contrario de lo que la Sala afirma.

Decimocuarto: se infringe, por aplicación indebida. el artículo 1.315 del Código civil, al aplicarlo como norma supletoria a un contrayente *al que se declara* catalán por la misma sentencia recurrida.

Decimoquinto: se infringen, por violación, los artículos 20, 22 y 23 de la Compilación catalana, sobre el juego de la presunción «muciana», ya que la citada escritura y el documento de 1958 envuelven unas donaciones a la mujer constante matrimonio: aquí consta el arrepentimiento del marido, que muere en 1961 sin convalidarlas Sin embargo, la sentencia parece como si dijera que hay una especie de gananciales catalanes, que determinan la inoperancia de los artículos de la Compilación invocados. Ello es insostenible: de un lado, porque la prohibición de donaciones entre cónyuges es muy compatible con los gananciales (arg. art. 1.334, C. c.), y por otro, consta del documento de 1958 una efectiva entrega a la esposa de bienes por un valor del 57 por 100 de los gananciales. Procedía que la Sala declarase nulas tales do-

naciones, en base a la nulidad de dicho documento: no importa que los bienes fueran o no gananciales, sino que hay unas donaciones en vida del marido (en forma de negociación bursátil), que muere sin convalidarlas, lo que infringe los preceptos forales catalanes invocados.

El recurso de casación interpuesto por la demandada, dirigida por don Antonio Hernández Gil, se articula en *cuatro motivos*, que a continuación resumo:

*Primero*—Por infracción de los artículos 15, 17 (anterior), 19 (actual) y 1.315 del Código civil y del artículo 1.º del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, al declarar la sentencia recurrida que don E., simultáneamente a la concesión de la nacionalidad española por Real Decreto, adquirió la condición civil de aforado catalán. Se desarrolla la argumentación en cuatro puntos básicos:

a) Es evidente que don E. era originariamente extranjero, con lo que no puede estimarse que simultáneamente con la adquisición de la nacionalidad se produjo la adquisición de la condición de aforado. Porque es requisito preciso para determinar la Ley personal interna—conforme al art. 15 C. c.—que en el interesado concurra la condición *genérica* de nacional o español; la aplicación de la norma común o foral requiere una discriminación de orden interno o interregional (de base territorial) y de efectos determinativos de la Ley personal. Lo demuestra la naturaleza del precepto y sus disposiciones particulares: todo el precepto se dirige a resolver un conflicto entre Leyes españolas *de ámbito territorial diferente*.

b) Si cabe sostener que un extranjero, con la adquisición de la nacionalidad española, adquiere la vecindad foral, ello sólo sería posible si la nacionalidad y la regionalidad tuvieran en común un elemento o soporte cual el tiempo de residencia; pero esto no ocurre en el caso de autos, en que el causante adquirió la nacionalidad directa o graciosamente (por carta de naturaleza, según Real Decreto de 1923) y *no* por naturalización indirecta o por residencia. Aunque en la instancia el solicitante aludiera al tiempo de residencia en España, no altera lo expuesto. Y aun admitiendo que el tiempo de residencia anterior pudiera apreciarse en orden a la vecindad, son *hechos probados* que al cursar su petición residía en Barcelona *desde ocho años antes*, no habiendo transcurrido diez años desde que se domicilió en España. Con lo que se infringe el artículo 15, párrafo 2.º, del Código civil.

c) Que la necesidad de adquirir la nacionalidad española es acto distinto de la vecindad requerida para ostentar la condición legal de catalán (artículo 15 C. c.): para adquirir la *nacionalidad*—conforme al artículo 17-4.º del Código civil en su redacción anterior—basta ganar vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía, mientras que para adquirir *regionalidad* es indispensable la residencia en territorio de Derecho foral—conforme al art. 15 C. c.—. No se adquieren al mismo tiempo la *nacionalidad* y la *regionalidad*: porque los plazos del artículo 15 están previstos para personas que ostenten ya la nacionalidad española, y porque la vecindad ganada en cualquier pueblo (y, por tanto, en localidades sujetas al Derecho foral) determina la adquisición de la *nacionalidad*—conforme al artículo 17-4.º anterior del C. c.—. Es evidente que la nacionalidad y la vecindad son instituciones distintas y que la nacionalidad es condición jurídica que necesariamente precede a la vecindad foral: a ésta se llega, después de adquirida la nacionalidad, mediante el transcurso de nuevos plazos y cumpliendo los requisitos exigidos en el art. 15 C. c.— Por todo lo expuesto, el causante, don E., español, nacionalizado en el momento del matrimonio, *no era aforado*, por residir menos de diez años en Barcelona y *no haber manifestado*

su *voluntad* de ganar la vecindad catalana ante el Juez municipal correspondiente.

d) La sentencia recurrida invoca reiteradamente el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, que resulta aplicado indebidamente, como lo patentiza el artículo 1.º de tal Decreto relativo a la «justificación y declaración de haber ganado los extranjeros vecindad en España, que constituye uno de los medios de adquirir la nacionalidad española»... Por tanto, dicho Real Decreto queda circunscrito a la adquisición de nacionalidad *por vecindad* (al amparo del artículo 17-4. C. c. anterior). Y en el caso de autos, el causante adquirió la nacionalidad *por carta de naturaleza* (regulada entonces por el art. 17-3.º C. c.), por concesión graciosa, por Real Decreto. Con lo que la sentencia infringe el artículo citado, al transferir disposiciones relativas a la adquisición de nacionalidad *por vecindad* a la adquisición de nacionalidad *por carta de naturaleza*: en *aquella* se trata de un procedimiento administrativo ante un Juez municipal y la concesión se hace por el Ministerio de Justicia, y en *ésta* se trata de una concesión real en base a la *voluntad* del peticionario extranjero (no basada en la vecindad o residencia), y con resolución del Ministerio de la Gobernación.

e) Que la infracción, por violación del artículo 1.315 del Código civil, se produce de una manera refleja, ya que don E. no tuvo la condición de aforado catalan al adquirir la nacionalidad española, ni tampoco podría ostentarla por no haber transcurrido los diez años que exige el artículo 15 del Código civil cuando contrajo matrimonio: por lo cual el matrimonio—regido por la Ley personal del marido—quedó sujeto al régimen de gananciales desde el momento de su celebración

*Segundo.*—Por infracción, por violación del artículo 15, párrafo 2.º, del Código civil, relativo a la *vecindad* y de la doctrina legal que lo interpreta, así como de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil. Lo desarrolla así:

a) Que la sentencia recurrida entiende que la condición de aforado catalán fue adquirida simultáneamente con la nacionalidad, pero no está la Sala muy convencida de ello, cuando al razonar la validez del testamento último del causante estima que la condición de aforado catalán la tenía definitivamente adquirida porque en la fecha del testamento habían transcurrido con exceso los diez años de residencia. Pero el artículo 15, párrafo 2.º, del Código civil, no hace funcionar el plazo de los diez años de residencia con el simple automatismo del tiempo, sino que lo combina con la voluntad del interesado: de modo que la voluntad es verdaderamente decisiva, y una manifestación de voluntad en contrario priva de efectividad al transcurso del tiempo.

b) Este último criterio interpretativo es abonado por una numerosa y reiterada doctrina legal, asimismo infringida. Y es de notar que el causante, don E., desde que adquirió la nacionalidad española, hizo constantes manifestaciones de ser ciudadano español sujeto al Derecho común: en cuatro testamentos y en una escritura (la de 1945).

c) Finalmente, la sentencia no llega a fijar el *dies a quo*, requisito indispensable para computar un plazo, ni tampoco constata la existencia de una residencia ininterrumpida, todo lo cual viola la doctrina legal de las sentencias de 27 de octubre de 1900, 23 de diciembre de 1904 y 21 de enero de 1958. Así las cosas, cobra señalado relieve en el presente caso la reiterada intención de *some-timiento al Derecho común*.

*Tercero.*—Por infracción, por violación, de los artículos 10 y 14 del Código civil y 3 de la Compilación catalana, porque—siendo la Ley de la sucesión la



personal del causante—al no ser dicha Ley la especial o foral catalana, carece de validez el último testamento de 1961.

*Cuarto.*—Por infracción, por violación, del artículo 6.º-2.º, del Código civil y de la doctrina legal interpretativa del mismo. Este motivo persigue sobre todo la *finalidad* de velar por la certeza de las normas y la jerarquía de las fuentes. En la fundamentación del fallo del Juzgado—aceptada por la Audiencia—se parte de que el problema de la Ley civil española aplicable al extranjero que adquiere la nacionalidad española no puede resolverse mediante la directa aplicación de los preceptos del Código civil, por lo que debe acudir a la costumbre, los principios generales del Derecho y a la opinión de los tratadistas. A toda esta argumentación hay que oponer: 1) que los principios generales del Derecho son fuente subsidiaria, que sólo puede utilizarse cuando exista una *laguna* en la Ley: lo que no ocurre en el caso, como se demuestra en los motivos precedentes; 2) que la opinión de los tratadistas *no constituye* fuente de Derecho admitida por el artículo 6.º-2.º del Código civil (de aplicación general a todo el territorio español), ni tampoco puede equipararse a la doctrina legal que admite la Ley de Enjuiciamiento Civil (también de aplicación general): con lo que se viola de nuevo el mismo precepto y la doctrina legal sobre ello.

El Tribunal Supremo acoge íntegramente este recurso de la demandada y rechaza totalmente el de los actores, sentando la siguiente doctrina:

Visto: Siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros,

Considerando: Que a efectos de resolución del doble recurso interpuesto, dado el contenido de los motivos de casación alegados por cada parte como fundamento de su impugnación y el hecho de que la estimación de alguno de los propuestos por la representación de doña E. Ch C lleva como inexcusable consecuencia la desestimación de todos los articulados por la otra parte, en aras del principio de economía procesal, *han de ser primeramente estudiados los que hacen referencia al estatuto personal aplicable a don E. H. P. y validez o nulidad de los actos jurídicos realizados por el mismo*, que desarrolla la impugnación efectuada por la representación procesal de su esposa.

Considerando: Que es origen de todas las declaraciones que contiene el fallo recurrido aquélla que estima que el señor H., con simultaneidad a la obtención de la ciudadanía española, que le fue otorgada por concesión real en Decreto de 22 de mayo de 1923 y adquirió efectividad en 10 de julio del mismo año, devino aforado catalán; más el *juicio lógico-jurídico* que tan docilmente explana la Sala, tanto en sus Considerandos como en los que acepta de la sentencia de primera instancia, *tiene en su desarrollo algunos errores* que le llevan a la *equivocada conclusión* que sienta y que son:

*Primero.*—Al aplicar al señor H. la norma tercera del artículo 15 del Código civil, *no tiene en cuenta* que el citado precepto en los supuestos contemplados por todas las que establece, *parte del presupuesto de una situación jurídica, la de español, que, con el concurso de sucesivas circunstancias, produce un efecto legal, la vecindad común o foral*; pero, no existiendo aquélla, las últimas, por sí solas, no pueden llevar a tal resultado.

*Segundo.*—*Al adquirir un extranjero la ciudadanía española*, y con ello el estatuto personal de los nacionales, ha de entenderse que *queda sujeto al Derecho civil*, que, por ser de aplicación a la mayoría de los españoles íntegramente y a todos en parte (título preliminar, título IV. Leyes especiales, Ley Hipotecaria, etc.) es denominado *Derecho común, sin perjuicio* de que, obtenida

la nacionalidad, pueda ampararse en lo dispuesto en el artículo 15 para obtener la condición de aforado.

Y *tercero*.—Aunque anteriormente hubiera gozado de la condición de español, *no acreditada su vecindad* durante diez años en territorio de distinta legislación civil, *ni manifestada*, después de la residencia de dos años, ante el Juez municipal, *su voluntad* de adquirir la vecindad foral, tampoco pudo gozar de tal condición; *sin que la inscripción en el libro de ciudadanía*, requisito necesario para la adquisición de la nacionalidad, por ser forzoso, *pueda suponer la declaración de voluntad* que en un Considerando de la resolución impugnada se le atribuye.

Considerando: Que documentalmente *acreditado que la ciudadanía la obtuvo* el señor H. *por concesión Real*, sin sujeción a los trámites establecidos por el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, no puede ser éste aplicable, y *al resultar*, según se establece en el Considerando anterior, que, no obtenida la condición de aforado con la nacionalidad, *no habían transcurrido diez años de residencia continua en Barcelona a partir de la fecha de su nacionalización, ni durante el tiempo que media entre la fecha de ésta*, 10 de julio de 1923, y *aquella en que contrajo matrimonio*, 15 de julio de 1928, *manifestó* ante el Juez municipal *su voluntad* de acogerse a la vecindad foral catalana, únicas dos formas de adquirir la misma según, el artículo 15 del Código civil, *su matrimonio*, al no haber otorgado capitulaciones matrimoniales, estaba *obligatoriamente sujeto* al régimen legal de gananciales, según establece el artículo 1.315 del Código civil.

Considerando: Que, *por todo lo expuesto, es procedente*, al haberse cometido las infracciones que, en el *primer motivo del recurso* y al amparo del número 1.º del artículo 1.692, por violación de los artículos 15, 17 (en su redacción anterior a la reforma de la Ley de 15 de julio de 1954), 19 y 1.315, todos del Código civil, y aplicación indebida del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, se denuncian, *la estimación total del mismo*.

Considerando: Que, si bien la *sentencia recurrida*, en su penúltimo Considerando y en el 14 de la de primera instancia que acepta, *establece como probado* que el señor H. *llevaba más de diez años de residencia ininterrumpida en Barcelona y por ello*, aunque no hubiera adquirido tal condición con su naturalización, *era «avecindado foral»*, y la *jurisprudencia de esta Sala* tiene reiteradamente *declarado* que si la *residencia habitual es cuestión de hecho*, cuya apreciación compete al Tribunal de instancia, *la existencia o no del «animus conmorandi»*, que como requisito necesario establece el párrafo segundo del número 3.º del artículo 15 del Código civil, y consagra reiteradísima jurisprudencia de este Tribunal en sentencias entre otras de 29 de marzo de 1892, 20 de abril de 1917, 13 de marzo de 1929 y 21 de enero de 1958, *es apreciación jurídica*, susceptible, por tanto, de ser atacada, como lo ha sido en el *segundo motivo* de este recurso, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, y más en el caso presente en que es declarada por la Sala sentenciadora la validez de la escritura otorgada por ambos cónyuges en 23 de noviembre de 1945, *en la que se manifiesta* por el señor H. que «al tiempo de celebrar su matrimonio y durante los años transcurridos, han entendido los comparecientes hallarse sometidos al régimen legal de gananciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.315 del Código civil», y añade más adelante: «Que habiendo residido constantemente en Barcelona y careciendo de descendencia *quieren formular la presente declaración para que ni ahora ni en lo futuro pueda abrigarse duda alguna del régimen aplicable a*

*los bienes adquiridos durante el matrimonio, que es de manera exclusiva el de la sociedad legal de gananciales»,* declaraciones que, dados sus claros términos literales, son constitutivas de una explícita voluntad de seguir acogido a la legislación civil común, *voluntad que vuelve a exteriorizarse* en el documento privado que otorgaron en 1958 ambos consortes, y fue notarialmente autenticado, y por ello, al no haberse estimado por la Sala de Instancia la existencia del *animus* contrario a la adquisición de la vecindad foral, ha sido violado el párrafo citado del artículo 15 y la doctrina legal, infracciones denunciadas en el segundo motivo que al amparo del número 1.º del artículo 1692 se articula y *debe ser estimado*.

Considerando: Que declarado en los anteriores que don E. H. no gozó en momento alguno de la condición de aforado catalán, son evidentes las violaciones legales que por la vía del número 1.º del artículo 1692, tantas veces citado, se acusan en *el tercer motivo*, ya que, de acuerdo con los artículos 10 y 14 del Código civil y 3.º de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, es nulo el testamento otorgado por dicho señor instituyendo herederos de confianza, y, al no haberlo declarado así la Sala, debe ser *estimado* el motivo.

Considerando: Que *no existiendo laguna legal* que haga necesario acudir a fuentes supletorias para fundamentar la declaración jurisdiccional, según se ha acreditado en los Considerandos anteriores, *es improcedente la aplicación de los principios generales del derecho*; y como *la opinión de los tratadistas no es fuente de Derecho*, según dispone el número 10 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento y la reiterada jurisprudencia de esta Sala, al haberlo estimado así la Sala, aceptando los Considerandos 4.º y 8.º de la sentencia de primera instancia, ha cometido las infracciones que al amparo del número 1.º del artículo 1692 y por violación del número 2.º del artículo 6.º del Código civil y doctrina legal que cita se denuncian, debiendo en consecuencia ser *estimado* dicho motivo.

Considerando: Que *ninguno de los quince motivos* en que se fundamenta el recurso de casación por infracción de Ley, que la representación procesal de don J. E. L. D. y don P. R. de R. articula, *tiene viabilidad*, porque: *en primer lugar*, todos ellos *parten de supuestos* que devienen inexistentes al casarse la sentencia recurrida por estimación del recurso interpuesto por la otra parte, y *segundo*, porque *al establecerse la nulidad del testamento* que les otorga la condición de herederos de confianza *desaparece la base jurídica* en virtud de la que accionaban y los derechos derivados de tal condición.

Considerando: Que, en base a todo lo anteriormente relacionado, procede, con estimación total del recurso interpuesto por doña E. C. C., casar la sentencia recurrida, y desestimando el formalizado por don J. E. L. D. y don P. R. de R., declarar no haber lugar al mismo, condenándoles al pago de las costas causadas.

— Segunda sentencia:

Considerando: Que, por los propios fundamentos de la casación que precede, *debe declararse no haber lugar a ninguno de los pedimentos contenidos en la demanda*, por no haber adquirido en momento alguno don E. H. P. la condición de aforado catalán, y *la nulidad del testamento otorgado por dicho señor* en 21 de marzo de 1961, por el que instituía herederos de confianza a don E. L. D. y don P. R. de R., pues al carecer de tal condición está incurso en la prohibición contenida en el número 4.º del artículo 785 del Código civil.

Considerando: Que no existen fundamentos especiales para pronunciamientos de condena en costas a ninguna de las partes sobre las causadas en las instancias.

Fallamos: Que con revocación total de la sentencia dictada por el Juez de primera instancia número 3 de Barcelona, en 12 de septiembre de 1963, debemos declarar y declaramos: *no haber lugar a ninguno de los pedimentos contenidos en la demanda*, que desestimamos, absolviendo de ellos a la parte demandada; y dando lugar a la *reconvencción*, debemos declarar y declaramos: *nulo el testamento otorgado* por don E. H. P. en 21 de marzo de 1961, por el que *instituía herederos de confianza* a don J. E. D. y don P. R. de R.; todo ello sin condena en costas a ninguna de las partes en los dos grados de instancia, e insertese esta sentencia en la certificación mandada librar.

**EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.** *Compra efectuada por la mujer con aseveración por el marido de que el precio procede de dinero parafernial: cuestión de si juega o no la presunción muciara, siendo ambos cónyuges catalanes. Problema de revocación de las donaciones disimuladas bajo compras.* Pascual c. Martí (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1968).

**Doctrina de la sentencia.**—La afirmación del juzgador de instancia de que «pertenece al propio peculio de la mujer el importe o precio que se pagó por la finca adquirida y se hizo con el asentimiento del marido» es cuestión de hecho, con ella se cubren las exigencias del artículo 23 de la Compilación.

**Antecedentes.** 1) El demandante, arquitecto, aforado catalán, contrajo matrimonio con la demandada en 1940 bajo el régimen de separación de bienes y sin aportar la esposa al matrimonio bienes de ninguna clase. 2) El actor, por su profesión, «no sólo se dedicaba al ejercicio profesional por cuenta de su clientela, sino que, además, realizaba pingües beneficios con la compraventa de solares»... (así en la demanda) (*sic*), preparaba las operaciones, las consumaba y pagaba, adoptando su esposa una actitud pasiva al intervenir en algunas de ellas como compradora. 3) En 1959, mediante escritura pública, ambos esposos aparecían como compradores por mitades indivisas de un solar, por el precio confesado de 850.000 pesetas; en la cláusula 5.ª de la escritura se expresaba que «los cónyuges citados aceptan la precedente venta a su favor otorgada y sus efectos jurídicos, y la señora M. manifiesta que el dinero por ella satisfecho procede de sus bienes parafernales no entregados en administración a su marido, quien corrobora dicha aseveración». 4) Posteriormente, la esposa pidió la separación de su marido, concedida provisionalmente (carecemos de datos), y se marchó de la vivienda familiar. 5) En consecuencia, el esposo compareció ante Notario y mediante escritura procedió a revocar todas las donaciones que anteriormente hiciera a su esposa.

En su demanda, el actor suplicaba que se dictare sentencia, por la que se declarase: que la escritura de compra de un solar en 1959 encubría una donación entre cónyuges de una mitad indivisa de la finca que aparecía como comprada por la demandada, y que—al haber sido revocada esta donación por el marido donante—se anule la inscripción de dicha mitad indivisa practicada en el Registro de la Propiedad a favor de la demandada, por ser la finca del pleno y exclusivo dominio del actor, y que se ordene la práctica de una nueva

inscripción a favor del marido; y que se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a silencio y callamiento perpetuo (*sic*).

Emplazada por edictos la demandada, formuló demanda de pobreza, y verificado, su representación—designada de oficio—no formalizó la contestación en el término concedido, por lo que se dejó sin efecto la designación de oficio y se la requirió para que contestase la demanda, lo que no hizo, siendo declarada en rebeldía y por contestada la demanda.

La práctica de la prueba se evacuó por el actor, dándose por decaído el trámite para la demandada en rebeldía, pero se le concedió en estrados.

El Juzgado estimó totalmente la demanda.

La Audiencia, estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocó la sentencia apelada y absolvió a la apelante de la demanda.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley, apoyado en dos motivos, que seguidamente se exponen en extracto:

*Primero.*—Infracción, por interpretación errónea, del artículo 23 de la Compilación catalana; invocaba los precedentes anteriores al artículo de la Compilación infringido, por la vigencia continuada en Cataluña de la llamada «presunción Muciana»; denunciaba la infracción de las sentencias de 19 de mayo de 1903, 6 de julio de 1940 y 19 de noviembre de 1964, y de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 5 de julio de 1894, 17 de septiembre de 1895, 20 de mayo de 1896, 31 de marzo de 1900, 16 de enero de 1901, 4 de noviembre de 1906 y 23 de marzo de 1929, cuya doctrina desvirtuaba lo alegado respecto a la procedencia del dinero que la esposa dijo haber satisfecho para la compra reseñada, y afirmaba que la mujer debía justificar necesariamente la procedencia del dinero con que verificó la adquisición y no la pertenencia de este precio para la correcta aplicación del citado artículo 23 de la Compilación.

*Segundo.*—Por error de hecho en la apreciación de las pruebas, que resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador: porque conforme a la presunción Muciana y al artículo 1.250 del Código civil, el actor estaba dispensado de toda prueba respecto de los hechos básicos y constitutivos de su derecho: era la demandada la que debía justificar plenamente de dónde procedían los bienes por ella adquiridos durante el matrimonio y, en su caso, la procedencia del precio de adquisición. Pero la Audiencia, en la apreciación de las pruebas, tan sólo se limitó a estimar «si era de su propiedad y sola pertenencia el precio por ella pagado»...

El Tribunal Supremo rechaza el recurso con la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que en el *segundo motivo del recurso*, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, al amparo del número 7.º del artículo 1692, se citan como documentos auténticos: las escrituras públicas de 10 de septiembre de 1958 y 31 de enero de 1959, así como el oficio del Director de la Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Barcelona de 23 de diciembre de 1956; y hay que desestimarlos por dos razones: porque por sí mismos nada significan en contra de lo afirmado por la instancia y porque una copiosa jurisprudencia de esta Sala tiene afirmado que no serán considerados como documentos auténticos, a efectos de casación, aquellos que fueron analizados por la instancia, ya que, al interpretarlos desde otro punto de vista, lo que se pretende es sustituir por el propio criterio el que, objetivamente al estudiarlos, formó el Tribunal.

Considerando: Que tampoco es posible aceptar el primer motivo, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin con-

*culcar los fundamentos de hecho dados por la instancia, donde se precisa, no sólo la adquisición por parte de la mujer de la finca sobre la que se pretende la declaración de que fue donada por el marido, sino que se afirma que pertenecía a su propio peculio el importe o precio que se pagó por ella en la cláusula 5.ª de la propia escritura de compra de 31 de enero de 1959, con el asentimiento del marido, que hoy impugna sus afirmaciones, y con ello se cubren todas las exigencias del artículo 23 de la Compilación de Derecho catalán, para considerar la finca discutida como bien propio de la mujer.*

**RECLAMACION DE FILIACION NATURAL** *Acción dirigida por el hijo ya mayor de edad contra los herederos del supuesto padre: litigio precedente entre la madre, siendo menor el hijo, y los mismos demandados. Problema de si se aplica o no la excepción de la cosa juzgada material. Presentación del documento original reconociendo la paternidad de un «conceptus»: fondo del documento y fondo del litigio. Teoría de las tres identidades del artículo 1.252 del Código civil. Lacal c. García-Conde y otros y Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1968)*

*Doctrina de la sentencia.*—La identidad causal en la cosa juzgada se refiere al fundamento o razón en Derecho, diferente de la acción y de los medios de prueba. En ambos litigios la causa de pedir es la existencia de un documento en el que se reconoce la paternidad, y aunque se confundiera la causa con el medio probatorio, el documento en ambos supuestos es el mismo (en un caso, copia fotográfica, y en el otro, el original). La sentencia precedente de 25 de mayo de 1945 puso de relieve que la desestimación de la demanda se debió a la carencia de prueba suficiente para acreditar la pretensión de reconocimiento con base en el documento alegado. No es posible plantear un pleito posterior con el único fin de mejorar o completar los títulos justificativos de la pretensión, ante el fracaso de la misma por falta de prueba.

*Antecedentes.* 1) El actor había nacido en 1937, siendo inscrito en el Registro con los apellidos maternos, como hijo natural. 2) Aparecía un documento autógrafo suscrito unos cuarenta días antes del nacimiento por el supuesto padre, reconociendo su paternidad respecto de lo *conceptus*. Pero el reconocedor falleció antes de nacer el niño. 3) En 1939, la madre natural—como representante legal de su hijo menor de edad—interpuso demanda contra los herederos del supuesto padre para que fuese declarado el niño como hijo natural del mismo. La demanda fue rechazada en las dos instancias, y el recurso de casación interpuesto también fue rechazado por el Tribunal Supremo por sentencia de 25 de mayo de 1945: ésta aludía a que la solución del sentenciador (de rechazar tanto la eficacia probatoria del documento fotográfico como la del original) no aparecía en pugna con la Ley... El documento que se había aportado al pleito era una fotocopia del documento autógrafo original. 4) El actor, al llegar a su mayoría de edad, reiteraba la pretensión deducida por su madre, para que le fuera reconocida la condición de hijo natural: aportaba al pleito el citado documento autógrafo original.

La demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia por la que se declarase al actor hijo natural del reconocedor (en el citado documento).

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso a la demanda, proponiendo que preferentemente se resolviera sobre la excepción dilatoria de cosa juzgada y solicitando se desestimara la demanda.

Los demandados se opusieron y contestaron a la demanda, negando la autenticidad del documento original aportado y solicitando se acogiera la excepción perentoria (*sic*) de cosa juzgada y se abstuviera el juzgador de conocer del fondo del proceso y, caso de conocer de la pretensión formulada, se desestimase la demanda y se absolviese a los demandados.

El Juzgado, para mejor proveer, acordó que por perito calígrafo se procediera al cotejo del documento con las firmas indubitadas que figuraban en el pleito seguido anteriormente entre la madre del actor en su nombre y los mismos demandados; verificado, se unió a los autos el dictamen emitido en el sentido de que el documento cotejado era auténtico y extendido por el supuesto padre.

Levantada la suspensión del término para dictar sentencia, el Juzgado dictó sentencia aceptando la excepción de cosa juzgada y desestimó la demanda, con absolución de los demandados.

Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia dictó sentencia por la que, revocando la sentencia del Juzgado y estimando la demanda, declaró que el actor era hijo natural del firmante del documento y que le correspondían los derechos que a tales hijos atribuye el Código civil.

Los demandados interpusieron recurso de casación, basado en los *dos* motivos que resumo a continuación:

*Primero.*—Por violación del artículo 1.252 del Código civil y doctrina legal que lo desarrolla (sentencias de 7 de julio de 1943, 12 de julio de 1951, 31 de mayo de 1958 y 21 de diciembre de 1962): porque la triple identidad que dicho artículo exige—con técnica ya rebasada de «presunción de verdad»—para que se pueda apreciar la cosa juzgada en sentido material, constituye una barrera que impide al Juez del nuevo pleito toda actividad jurisdiccional sobre el asunto litigioso, ya decidido en otro anterior; dicha excepción responde a una necesidad social que por razones de seguridad y certidumbre impone el mantenimiento de lo resuelto, y viene a ser una de tantas concesiones como la justicia hace a la seguridad para la mejor obtención del bien común; no se trata de que la anterior sentencia desestimatoria produce sólo cosa juzgada formal, sino que la Audiencia ha confundido el fondo de la demanda anterior (examinado entonces y desestimado) con el contenido o fondo del documento en que aquélla se fundaba; que, en cuanto al litigio objeto de autos, era evidente que la cosa u objeto reclamado era la misma, es decir, la declaración de que el hoy recurrido era hijo natural; que la causa, *ratio* o *causa petendi* de la pretensión, son los fundamentos de hecho que la legitiman, y es el mismo en ambos procesos y consiste en el documento suscrito por el supuesto padre natural, invocado en ambos: no presentado en el primero (tan sólo su fotocopia) y sí acompañado en la segunda demanda; que las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron son también idénticos, ya que en uno y otro litigio son demandados los herederos del supuesto padre natural y es demandante, en el primero, la madre y legal representante de su hijo menor, y en el segundo, éste mismo; que, aunque lo anterior no fuera exacto, siempre sería aplicable el párrafo 3º del artículo 1.252 al ser el recurrido causahabiente de la demandante en el primer litigio, y que todo ello, sin olvidar la excepcional extensión de la cosa juzgada que establece el artículo 1.252-2º «en las cuestiones relativas al estado civil de las personas», incluso respecto

de terceros, con eficacia inmutable *erga omnes*; por lo expuesto, es indudable que la sentencia recurrida ha incidido en la violación que se denuncia.

*Segundo.*—Infracción por interpretación errónea del artículo 135-1.º del Código civil: al declarar válido y suficiente el documento aportado a los autos como reconocimiento de la filiación natural del hoy recurrido; se alega como subsidiario, por si se fallase que la sentencia recurrida podía entrar a conocer del fondo del asunto en el nuevo pleito: porque dicho documento no debería ser estimado eficaz, ya que el Código civil se refiere a hijo *presente y determinado*, nunca a un hijo *que se cree habrá de nacer en tiempo futuro y que es desconocido* por el autor del escrito; que el reconocimiento—como acto personalísimo y libre—debe ser realizado *con pleno conocimiento* por la persona que formaliza el escrito, y tal conocimiento es parcial e insuficiente *antes* de que el supuesto padre conozca la fecha y circunstancias del parto y el aspecto físico del hijo, etc.; y, finalmente, cita la opinión de los autores (ALBALADEJO, VICENTE, JAÉN y ROYO) y la doctrina de la sentencia de 19 de diciembre de 1902.

El recurso es acogido por el Tribunal Supremo, en base a la doctrina que sigue:

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

Considerando: Que *en materia de filiación natural* y sobre todo en lo relativo a su reconocimiento, se abrió paso modernamente en nuestra Patria *la tendencia favorable a una interpretación declarativa* frente a la meramente restrictiva que se apoyaba en los precedentes legislativos del sistema español, especialmente el francés, acabando por imponerse en especial por influjo de la doctrina de esta Sala, *a cuya formación contribuyó poderosamente la sentencia de 25 de mayo de 1945*, en la que se puso de relieve la diferencia existente entre el texto del Código napoleónico limitativo en sumo grado y el de nuestra primera Ley substantiva civil, que en su artículo 135 está admitiendo de modo expreso, en los supuestos concretos que menciona, el llamado reconocimiento forzoso de paternidad; *dirección interpretativa cuya aceptación se refuerza en la hora actual*, como consecuencia de las nuevas corrientes morales, sociológicas, y en definitiva humanitarias, que tan destacada importancia tienen en esta parte del Derecho, *pero que, sin embargo, es preciso armonizar, no sólo con la letra de la Ley, mientras ésta no sea modificada, con el fin de impedir interpretaciones que puedan ir en contra de lo dispuesto en la misma, sino también y de manera muy principal con el mínimo de exigencia, de seguridad y estabilidad, indispensable en toda clase de relaciones jurídicas, pero fundamentalmente en las familiares que ofrecen un carácter tan peculiar, impregnadas como están de principios cuyo contenido es público antes que privado, lo que supone un sometimiento inevitable de los simples intereses particulares al fin superior de la institución y, en definitiva, al bien común que la familia representa dentro de su esfera de acción, en cuanto basada en el matrimonio, auténtico principium urbis et quasi seminarium reipublicae.*

Considerando: Que *en el supuesto que da lugar al presente recurso, el problema se origina debido a que por segunda vez se discute la validez jurídica del reconocimiento como hijo natural de quien ahora figura como recurrido, que primitivamente solicitó la madre durante la menor edad de aquél, con base legal en el número 1.º del artículo 135 del Código civil y con apoyatura probatoria en la fotocopia de un escrito del presunto padre—de quien traen causa los actuales recurrentes—en el que reconocía la paternidad de un «conceptus» que los hechos posteriores demostraron nació después del fallecimiento del declarante; preséntanse extemporáneamente el original del referido docu-*



mento en la segunda instancia, por lo que no fue tenido en cuenta, al menos aparentemente, por los anteriores juzgadores, cuyas decisiones fueron confirmadas en casación con la *sentencia de esta Sala de que antes se ha hecho mención, de 25 de mayo de 1945, y que en el pleito origen de este recurso instó el propio interesado, después de alcanzar la mayoría de edad, apoyando esta vez su pretensión en el original del documento, desestimándose la demanda en primera instancia* por entender el juzgador que se trataba de cosa precedentemente juzgada, apreciando con ello la pertinente excepción, que, en cambio, no prosperó ante el Tribunal *a quo* por considerar la sentencia recurrida que no se daban los supuestos, ni concurrían los requisitos exigidos por la Ley para que pudiese válidamente apreciarse esta clase de excepciones procesales.

Considerando: Que para dilucidar *la única cuestión planteada y que, como se acaba de indicar, consiste en saber si concurre o no la excepción de cosa juzgada*, como sostuvo la sentencia de primera instancia, *debe ante todo precisarse el concepto de la misma a través de la interpretación dada por la doctrina tanto científica como jurisprudencial*: de acuerdo con la que puede decirse que *en su sentido material, que es el único que ahora interesa, cosa juzgada significa simplemente la imposibilidad de apertura de nuevos procesos en un mismo asunto para evitar decisiones judiciales que, como dijo la doctrina de esta Sala (especialmente contenida en las sentencias de 1 de diciembre de 1954, 6 de febrero de 1965 y 1 de julio de 1966, entre otras muchas) pudiesen contradecir a otras anteriores, lo que implica la inatacabilidad de los resultados procesales definitivos, cuya presencia está enmarcada en nuestro Ordenamiento jurídico por la concurrencia de las tres identidades que se especifican en el párrafo 1.º del artículo 1252 del Código civil: en primer lugar, la subjetiva (eadem personae) señalada por nuestro legislador en un doble aspecto, al desdoblar el verdadero y único límite personal en la llamada igualdad física, relativa a la persona de los litigantes, que habrán de ser los mismos, y en la jurídica, o sea, la condición o calidad con que actuaron en el proceso; en segundo término, la real u objetiva (eadem res), que nuestro Código concreta impropriadamente en las cosas, y que en puridad se refiere al objeto, considerado como bien en sentido jurídico, pudiendo ser material—cosa—o inmaterial, y, finalmente, la causal, relativa a la causa o razón de pedir (eadem causa petendi), entendida no ya como los simples hechos y su correspondiente calificación jurídica, sino también, y ante todo, como el fundamento o razón en Derecho, diferente de la acción en cuanto modalidad procesal que es necesario ejercitar para que aquélla tenga efectividad, y distinta, asimismo, de los meros medios de prueba con los que pueda hacerse valer, según proclamó la doctrina de esta Sala, contenida entre otras muchas, en las sentencias de 15 de febrero de 1921, 4 de julio de 1932, 7 de junio de 1934, 11 de abril de 1940, 12 de mayo de 1942, 12 de julio de 1951 y 26 de septiembre de 1962*

Considerando: Que de acuerdo con todo lo anterior, *para valorar los transcritos conceptos generales en relación con el caso concreto objeto de debate, forzosamente habrá que partir de la triple identidad referida, único procedimiento que permitirá decidir acerca de la existencia o no de la discutida excepción; apareciendo, en primer lugar, que la identidad de personas es indiscutible, no sólo desde el punto de vista físico, sino también jurídico, pues si bien es cierto que en el primer litigio quien actuó fue la madre del actual recurrido, no lo es menos que lo hizo durante la menor edad de éste y no en su propio nombre, sino, como es lógico, en el de dicho hijo menor en su con-*

dición de «representante legal» del mismo, como consecuencia de lo que establece el número 1.º del artículo 155 del Código civil, todo aquello con independencia de que el párrafo 2.º del artículo 1.252 del propio texto legal preceptúa que «en las cuestiones relativas al estado civil de las personas...», la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado», *clase de cuestiones dentro de las que no puede ofrecer duda alguna que deberán incluirse las referentes al estado de hijo natural, que es el aquí reclamado*, en un caso por su representante legal y en otro por el propio hijo, *con el consiguiente valor absoluto que la presunción tiene* concedida por el legislador; como igualmente es clara e indudable la identidad real u objetiva, habida cuenta que en ambos litigios el único objeto de las pretensiones actuadas fue el reconocimiento de un hijo natural, y en los dos también se trataba del tipo concreto de reconocimiento llamado forzoso en nuestro Ordenamiento jurídico.

Considerando. Que la tercera de las necesarias identidades ha sido, en cambio, discutida en el caso presente, e incluso negada por la sentencia recurrida, al sostener, entre otras cosas, que «en el pleito anterior no se entro "en el fondo de la cuestión", desestimándose la demanda por razones puramente procesales», y que «el documento indubitado del padre en que manifiesta el reconocimiento expreso de su paternidad, no ha sido objeto de enjuiciamiento en cuanto al fondo»; afirmaciones confusas, porque tratándose de un proceso iniciado al amparo del número 1.º del artículo 135 del Código civil, el único fondo que puede existir es el documento en sí, pura forma, o si se quiere mera expresión formal, que habrá de ser indubitada para poder conseguir el fin propuesto, por lo que parece más bien que el Tribunal «a quo» se está refiriendo a que los defectos de forma procesales o externos fueron la razón de que los juzgadores del pleito anterior no llegaran a examinar el documento de referencia en su forma original, lo cual nada tiene que ver con la fundamentación con que se intenta justificar la desestimación indicada, porque la causa de pedir, que es la identidad que se discute, en ambos litigios fue la misma, cual es la existencia de un documento en el que se reconoce la paternidad, no debiendo confundirse, según dijo con reiteración este Supremo Tribunal y se ha recordado con precedencia, la causa o razón de pedir con el medio de prueba que pretende justificar la pretensión, a los efectos del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento; y además, porque, incluso dentro del marco de la apuntada confusión entre medio probatorio y causa, el documento en ambos supuestos es el mismo, del que, en un caso, se presenta una copia fotográfica, y en el otro, el original que, de ser realmente original, estaría demostrando la flagrante contradicción de la parte actora y ahora de la sentencia recurrida, que hablan de diferentes fundamentos o causas de pedir.

Considerando: Que, por otra parte, tampoco los argumentos utilizados por el Tribunal «a quo», en lo que tienen de hecho, corresponden con la realidad tal y como resulta de los autos originales, puesto que la sentencia de la Audiencia de 5 de abril de 1943, que fue la que quedó firme como consecuencia de la desestimación del recurso de casación interpuesto en el proceso anterior, no se limitó a rechazar por defectos procesales relativos al momento de la presentación, el tantas veces citado documento original, sino que se está refiriendo directamente al mismo cuando dice que «... no consta su autenticidad porque sobre él no hay la menor aseveración...», añadiendo seguidamente que «el hecho de que la fotografía haya producido un informe pericial favorable... no es indicativo de que el original lo obtuviera igual, ni que dicha fotografía

concuere exactamente con dicho original..., *de manera que éste no reúne los caracteres exigidos por el número primero del artículo 135 del Código civil*, y no podrá surtir efecto en la hipótesis de que se prescindiera de la prohibición del artículo 504 de la ley de procedimiento»; postura ésta que se ve confirmada más tarde en la sentencia de esta Sala varias veces citada de 25 de mayo de 1945, relativa al proceso precedente, donde se afirma categóricamente que las razones que cita «... han llevado al sentenciador a una solución —la de rechazar tanto la eficacia probatoria del documento fotográfico, como la del original— que no aparece en pugna con la Ley...», todo lo cual está poniendo de relieve que la desestimación de la primitiva demanda fue debida exclusivamente a la carencia de prueba suficiente con la que pudiese acreditarse la pretensión actora de reconocimiento con base en el documento alegado, que ni en su copia fotográfica, ni en su original, sirvieron para el fin pretendido; con independencia de la importantísima circunstancia de que se declaró hecho probado, que no fue ni siquiera combatido en la casación del pleito anterior, el que si el documento original no se presentó con la demanda, en contra de lo exigido en el mencionado artículo 504 de la Ley procesal, fue debido de modo exclusivo a la deliberada actitud de la madre del actual recurrido que entonces actuaba como actora en nombre de aquél, no siendo posible plantear un pleito posterior con el único fin de mejorar o completar los títulos justificativos de la pretensión ante el fracaso de la misma por falta de prueba, como ya dijo esta Sala, especialmente en la sentencia de 12 de julio de 1951.

Considerando: Que, de acuerdo con cuanto queda expuesto, resulta indudable la concurrencia de los requisitos requeridos por la Ley para la estimación de la excepción de cosa juzgada al modo como se dice en el motivo primero del recurso, en el que por la vía correcta se alega violación por inaplicación del artículo 1.252 del Código y de la doctrina legal que cita, que, consiguientemente, debe ser estimado, procediendo—sin necesidad de entrar en el examen del otro motivo que también se articula—la casación y anulación de la sentencia recurrida, sin que existan méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas.

**IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL.** *Requisitos de validez del reconocimiento. Alcance del artículo 138 del Código civil: clase de «perjuicio» y legitimación de los accionantes. Prescripción extintiva de la acción ejercitada. Prescripción adquisitiva del derecho al uso de los apellidos.* Hermanos Díaz-Ordóñez c. Asensio y Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1968).

**Doctrina de la sentencia.**—Para que el reconocimiento de paternidad natural sea válido requiere que el autor del reconocimiento tenga capacidad necesaria para hacerlo y que el favorecido reúna las condiciones precisas para ostentar la cualidad de hijo natural. El artículo 138 del Código civil no determina qué clase de perjuicio ha de experimentarse para resultar legitimado en el ejercicio de la acción de impugnación, pero—como la doctrina española y la jurisprudencia francesa entienden—ese perjuicio puede ser no sólo económico, sino también moral: fundado sobre la dignidad de la familia legítima o el honor del apellido. El compartir con el hijo adulterino el uso de los mismos apellidos y el tener que admitirle como miembro de la familia suponen una lesión a los derechos inmutables, al uso y disfrute de los apellidos, de carácter

exclusivo para los miembros de la misma familia. El problema relativo a la prescripción extintiva de la acción de los demandantes es cuestión nueva. Tampoco puede prosperar el punto relativo a la prescripción adquisitiva del derecho al uso del apellido por el demandado.

*Antecedentes:* 1) Don A.—hermano de los demandantes—había contraído matrimonio con doña A., la cual falleció en el año 1936. El matrimonio se celebró (al parecer) antes de 1930. 2) En el año 1930 nació un niño, inscrito como hijo natural por su madre en el Registro Civil—el demandado—. 3) Don A. falleció en el año 1962, en estado de viudo, sin tener descendencia legítima de su matrimonio. Había otorgado dos testamentos: en el primero, en 1940, ante Notario, manifestó en la cláusula 2.<sup>a</sup> que «en estado de viudo, y de sus relaciones con una persona cuyo nombre no revela por impedírselo la Ley, nació un niño, al que reconoce como hijo suyo... cuyo nacimiento tuvo lugar en... 1930, que fue inscrito en el Registro Civil, de... quien, en virtud del reconocimiento hecho y autorización del testador, podrá usar en lo sucesivo el apellido del mismo, llamándose, por tanto, ... y podrá gozar de todos los beneficios que le concede el vigente Código civil...»; dicho testamento fue presentado (*sic*) en el Registro Civil, a fin de que el reconocimiento se anotara marginalmente en la inscripción del niño. En el segundo testamento, ológrafo, protocolizado después del fallecimiento, constaba—además de la ratificación del reconocimiento del citado hijo—la disposición siguiente: «El resto de mi fortuna, así como mis otros bienes muebles e inmuebles, se los dejo a mi citado hijo A., hijo de doña M., sin otra limitación que la de que estos bienes raíces, y en particular la casa y coto de ..., no podrán ser enajenados por él y no entrará en plena posesión de su propiedad hasta después de casado y que tenga hijos legítimos y éstos hayan cumplido la edad de quince años; mientras esta condición no se realice, deseo que mis bienes raíces, y en especial esta casa y coto, tengan en el Registro de la Propiedad anotación específica de que pertenecen a la reserva troncal, mientras que mi hijo A. se case y contraiga matrimonio canónico y no tenga hijos que lleguen a alcanzar la edad antes especificada de quince años». 4) El hijo reconocido promovió pleito contra todas y cualesquiera ignoradas personas que pudieran tener interés en las citadas reservas y prohibición del testamento ológrafo, y el Juzgado dictó sentencia por la que declara «la nulidad de la reserva troncal y prohibición de disponer, declarando, en consecuencia, que el actor es heredero único universal y libre de su fallecido padre, sin perjuicio de los legados y demás disposiciones testamentarias ológrafas no afectadas por la nulidad declarada...». 5) El fallecido padre natural era poseedor del título de ..., y conforme a lo dispuesto por su madre en su testamento, era el custodio y depositario del archivo, escrituras, papeles y demás documentos relacionados con el título. 6) El hijo reconocido acreditó la posesión de estado de hijo natural, tanto en lo efectivo como en lo económico, y la convivencia durante toda la vida del padre en concepto público de tales padres e hijo, e incluso en el duelo familiar a la muerte del padre recibió los testimonios de pésame de amigos y conocidos.

La demanda terminaba con la súplica de que se dictase sentencia por la que se declarase nulo y sin ningún valor ni efecto el reconocimiento de hijo natural hecho en el testamento de 1940 a favor del demandado, por no concurrir en dicho testador, ni, por tanto, en el hijo reconocido, las circunstancias legales necesarias para conceptuarlo como natural; y que se ordenase la cancelación de la inscripción en el Registro Civil causada por la presentación de dicho

testamento, mandando al Juez Municipal del mismo que la cumplimente y realice, así como a la Dirección General de Seguridad para que se rectifique el Documento Nacional de Identidad por ser así de justicia

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso a la demanda, negando los hechos alegados por los actores en tanto en cuanto no se demostrasen cumplidamente probados, y terminó con la súplica de que se dictase sentencia en su día, desestimando la demanda.

El demandado contestó y se opuso, haciendo suyas las manifestaciones del Ministerio Fiscal y negando los hechos de la demanda; alegó que los demandantes carecían de legitimación activa para accionar y que se amparaban en su presunto derecho *ab-intestato*, citando los artículos 946 y siguientes del Código civil (¡existiendo una sucesión testada!) y en el término «perjudique» del artículo 138 del Código civil. Terminaba suplicando que se dictase sentencia por la que se acogiera la excepción formulada de falta de legitimación de los actores y falta de acción inherente y subsiguiente, desestimando la demanda y absolviendo de ella al demandado.

El Juzgado, para mejor proveer y con suspensión del término para dictar sentencia, acordó que se reclamara de la correspondiente Audiencia certificación de la sentencia dictada en el recurso interpuesto por los aquí actores contra la dictada por el Juzgado, en autos sobre declaración de nulidad de reserva troncal (véase en el epígrafe 4 de estos Antecedentes).

Levantada la suspensión acordada, el Juzgado dictó sentencia por la que declaró no haber lugar a la demanda, absolviendo al demandado y al Ministerio Fiscal.

La Audiencia—partiendo de la base de que los actores poseen legitimación bastante para acreditar la acción, en función de que el reconocimiento de hijo natural lesiona determinados derechos y les causa por ello perjuicios que, al no ser clasificados por el artículo 138 del Código civil, se ha de entender que corresponden tanto a los de contenido económico como a los de daño moral—, revocando la sentencia apelada, declaró nulo y sin ningún valor ni efecto el reconocimiento de hijo natural hecho a favor del demandado en el testamento de 1940, por no concurrir en el testador, ni, por tanto, en el hijo reconocido, las circunstancias legales necesarias para conceptuarlo como natural; y ordenó la cancelación de la inscripción causada en el Registro Civil, ordenando al Juez Municipal del mismo que la realice y cumplimente, así como a la Dirección General de Seguridad para que rectifique el Documento Nacional de Identidad

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, con base en los dos *motivos* que seguidamente se resumen:

*Primero*.—Infracción, por aplicación indebida, del artículo 138 del Código civil y doctrina legal que lo desarrolla (Sentencias de 28 de abril de 1915, 24 de diciembre de 1913, 10 de febrero de 1942 y 15 de octubre de 1960): dicho artículo es exponente de la falta de legitimación de los actores, ya que si se demuestra que no han sufrido perjuicio alguno, es claro que carecen de legitimación; no hay tal perjuicio por varias razones concluyentes: que no son herederos forzosos de su hermano y ningún perjuicio les ha supuesto no recibir nada de quien no estaba obligado a dejarles nada, y porque nadie responde de actos ajenos (el apellido dado a los actores) y el reconocimiento de la paternidad natural por su hermano en nada les perjudica, sobre todo si el ahora alegado perjuicio les era conocido durante más de veinticuatro años como mínimo y lo habían consentido (con lo que van «contra los propios ac-

fos»); aducía, sin desarrollarlo, que la acción había prescrito; que si están legitimados activamente, también deben estarlo pasivamente para indemnizar al único perjudicado—el recurrente—, y, finalmente, porque el perjuicio contenido en el artículo 138 del Código civil es incuestionablemente distinto en su totalidad al contenido de la pretensión de los actores, quienes no han justificado en forma alguna hallarse comprendidos entre «los perjudicados» por el reconocimiento.

*Segundo.*—Infracción, por aplicación indebida, del artículo 4.º del Código civil: norma que, por su generalidad, restringe mucho su eficacia práctica; pero la sentencia en su aplicación llega a conclusiones divorciadas de los hechos coetáneos y posteriores (al de la inscripción en el Registro civil, con falsedad probable) por la actuación de los familiares conocedores de tal reconocimiento que luego lo impugnan; que es evidente cuál fue la voluntad e intención del reconocedor y cuál fue también, dada la actuación coetánea y posterior de sus hermanos, la intención y voluntad de éstos; que la aplicación del artículo 4.º del Código civil, por estímulos e impulsos procesales causados por los actores, está fuera de lugar, dadas su actuación, intención y voluntad, de que la falsedad del reconocimiento no se conociera *durante* veinticuatro años; y, finalmente, que es doctrina legal que «los actos nulos, por disposición de la Ley o por mutua voluntad de las partes, no pueden originar el ejercicio de acción alguna, por los que en ellos han intervenido para pedir su ejecución o cumplimiento».

El Tribunal Supremo rechaza el recurso por la doctrina que sigue, de la que es ponente don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros:

Considerando: Que lo mismo se califique de negocio jurídico que se reputé acto jurídico en sentido estricto, el *reconocimiento de paternidad natural es la declaración* realizada por un hombre o por una mujer—o impuesta por una resolución judicial—, *en la que se hace constar el lazo de filiación* que le une con el hijo natural a que se refiere, y *constituye un medio de conferir a los hijos naturales el estado de filiación de que carecían*.

Considerando: *Que, para su plena validez, requiere* que el autor del reconocimiento tenga la capacidad necesaria para hacerlo, y que *el que resulte favorecido por él reúna las condiciones precisas para ostentar la cualidad de hijo natural*, pues, aunque el artículo 129 de nuestro Código civil no es tan rotundo en su expresión como el párrafo 1.º del artículo 119, ni como el artículo 335 del Código civil francés, sin embargo, *del contexto de ambos, relacionado con el del artículo 138 y con otros preceptos de nuestro Ordenamiento positivo, se infiere que no puede hacerse el reconocimiento de hijos adulterinos* y, por consiguiente, que el realizado en favor de quien ostenta esta cualidad debe ser declarado nulo, ya que la nulidad es la sanción que la Ley impone generalmente a la vulneración de las disposiciones prohibitivas.

Considerando: Que *el aludido artículo 138 del Código civil, abundado en esta tesis, de manera clara y terminante, dispone que «el reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo 2.º del artículo 119... podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique»*; y *aunque no determina qué clase de perjuicio ha de experimentarse para resultar legitimado en el ejercicio de esa acción de impugnación*, hay que proclamar—como la doctrina científica española y la jurisprudencia francesa entienden—que *ese perjuicio o interés puede ser* no solamente el económico, sino también el perjuicio o interés moral, *fundado sobre la dignidad de la familia legítima o el honor del apellido*, que las Leyes tienen el deber de salvaguardar, ya que, con arreglo al

aforismo jurídico sancionado por reiterada jurisprudencia, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, si el legislador hubiera querido admitir excepciones, hubiera hecho las salvedades oportunas, en vez de emplear los *términos generales* que usa.

Considerando: Que, consiguientemente, *reconocido por las partes litigantes y estimado por la sentencia recurrida*, que el demandado fue concebido en época en que su padre estaba ligado por vínculo matrimonial con mujer que no era la madre de dicho demandado, es lógico afirmar—como lo hace dicha sentencia—que carece de capacidad para ser reconocido por su padre, «dada su condición indiscutible de hijo adulterino», y que «no hay duda de que obligar a los hermanos del padre del demandado a compartir con éste el uso de los mismos apellidos y a tener que admitirle como un miembro más de la familia supone una lesión a los derechos inmutables que las personas tienen a usar y disfrutar de los apellidos que nos legaron nuestros antepasados con carácter de exclusiva para los que verdaderamente sean miembros de la misma familia, como nacidos dentro de su seno»; por lo que hay que proclamar también, como hace dicha sentencia, que los aludidos demandantes están legitimados para el ejercicio de la acción originaria del pleito, aunque no tuvieran el interés económico que aquélla les niega, con argumentación que podrá ser discutida, dada la condicionalidad de la cláusula testamentaria, y, además, la posibilidad de que el demandado pudiera concurrir con otros parientes a heredar a cualquier hermano de su padre que falleciera sin descendencia y sin haber otorgado testamento.

Considerando: Que, además—si como también afirma la sentencia recurrida—, se tiene en cuenta que el acto de reconocimiento de hijo natural «se hizo en base de falsear la verdad, resulta que la inscripción en el Registro Civil se apoya en un acto radicalmente nulo, por contrario a la Ley y a la moral, según el artículo 4.º del Código civil».

Considerando: Que, por tanto, lo mismo el artículo 138 de dicho Cuerpo legal, que el cuarto aludido, han sido debidamente aplicados al caso controvertido, dado que el hijo, que ha sido reconocido natural, no tenía esta cualidad, y que con tal reconocimiento se les ocasiona—por lo menos—un perjuicio moral a los hermanos legítimos de quien hizo aquel reconocimiento, cuya existencia los legitima para ejercitar la acción de impugnación de tal reconocimiento; y, consiguientemente, al hacer aplicación de esos preceptos, al caso debatido, la Sala sentenciadora no los infringe, y los dos motivos del recurso, que denuncian la indebida aplicación de ellos, tienen que claudicar.

Considerando: Que el problema relativo a la prescripción extintiva de la acción de los demandantes—que el Código civil italiano rechaza en supuestos tales—, aunque fue aludido en el primer motivo del recurso, no fue, sin embargo, debidamente desarrollado después, y, además, constituye cuestión nueva, pues no fue planteado en la fase de alegaciones, por lo que no puede ser objeto de examen por este Tribunal de casación; y en cuanto a la prescripción adquisitiva del derecho al uso del apellido por el demandado, que también parece esgrimirse por él, tampoco fue recogida ni rechazada en la sentencia que se impugna, ni fue alegada en debida forma en el recurso, ni podría prosperar con arreglo a las sentencias de 16 de junio de 1916, 18 de enero de 1929 y 8 de noviembre de 1950.

J. C. G.

## V. SUCESIONES.

**ACCION DE PETICION DE HERENCIA: PRESCRIPCION.** *La accion de herencia es prescriptible, a diferencia de la acción de división o partición hereditaria, con la que no puede confundirse, que es imprescriptible* (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1968).

Los cónyuges vizcainos, don J. A. A. y doña G. L. M., otorgaron capitulaciones matrimoniales y se confirieron mutuamente poder testatorio o comisario amplio y cumplido, y cuan bastante en Derecho y Fuero fuere necesario para que qulen de ambos sobreviviera, por sí y en representación disponga de todos sus bienes entre los hijos que procreasen constante matrimonio, por testamento o por donación, bien instituyéndoles herederos por partes iguales o dando todo a cada uno (*sic*), con las aportaciones, exclusiones y demás previsiones para semejantes casos, prorrogándole, además del término legal, todo lo necesario para la mejor colocación de la familia, ante el Notario de Bilbao, don Isidoro Erquaga, el 17 de agosto de 1905; falleciendo el marido, bajo la vigencia de dicho poder, el 8 de abril de 1921; sobreviviéndole su esposa y los tres únicos hijos habidos del matrimonio, la más joven de los cuales alcanzó la mayoría de edad el 8 de julio de 1928. La viuda, como comisaria foral, donó, el 25 de febrero de 1937 y el 15 de marzo de 1940, a su hijo don J. A. L., lo que constituía la herencia de los bienes inmuebles dejados por el causante, consistente en la mitad del caserío «L.», con todos sus pertenecidos, falleciendo dicha señora el 22 de marzo de 1958. Dos nietos de la misma, don P. y don J. J. A., como actores, apelantes y recurrentes frente a los restantes descendientes, demandan se declare que el poder testatorio caducó el 9 de julio de 1929, es decir, al año y día de haber alcanzado la mayoría de edad la más joven de los hijos de dicho matrimonio, doña A. L., y por ello la nulidad de las donaciones hechas por doña G. L. M., ocho y once años después de haber cumplido aquella la mayoría de edad; por lo que, al no haber hecho uso doña G. L. M. del poder testatorio en el plazo legal, procede abrir la sucesión legítima del causante, don J. A. A.

El señor Juez Comarcal de Durango, en funciones de primera instancia, desestimó la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la sentencia del Juzgado y estimó en parte la demanda al declarar la caducidad del poder testatorio con fecha de 9 de julio de 1929 y la nulidad absoluta de las donaciones, pero desestimó a solicitud de apertura de la sucesión intestada a favor de los tres hijos o estirpes de descendientes por partes iguales al entender que había prescrito la acción de petición de herencia.

Recurrida la sentencia por los actores y apelantes, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso en tres Considerandos, de lo que ofrece mayor interés el último, según el cual:

Considerando: Que, por último, se articula el tercer motivo, por el mismo cauce procesal que el anterior, denunciando la aplicación indebida en la resolución impugnada de los artículos 192, 1.016 y 1.969 del Código civil, basado en que, al no haber ausentes, ni tener en su poder los bienes, no cabe aplicar los preceptos; y como quiera que la sentencia no aplica tales preceptos, sino que los señala únicamente como argumento para sostener la prescriptibilidad



de la acción de petición de herencia; es visto que no puede prosperar el motivo y decae el recurso en su totalidad; sin que sea obstáculo para ello la cita que se hace del artículo 1.965 de dicha Ley substantiva, que se refiere a la imprescriptibilidad de la acción de partición de herencia que no debe confundir con la de su partición.

**ADQUISICION DE LA HERENCIA. POSESION CIVILISIMA. COMUNIDAD HEREDITARIA.**—Artículos 348, 394, 399, 440, 1.063, 1.068 y 1.232 del Código civil. *La posesión sólo se entiende transmitida al heredero desde la aceptación, sin necesidad de la aprehensión material, retrotrayéndose sus efectos a la muerte del causante. La comunidad hereditaria es un tipo de comunidad o categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral en la que, hasta tanto se realice la partición, la posesión real de los bienes relictos corresponde, no a cada comunero, sino a todos ellos. Y comprende dicha comunidad todo elemento patrimonial no personalísimo, tanto activo como pasivo* (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1968).

**Antecedentes.**—El pleito gira en torno a la partición de la herencia del padre común, don J. B. D., casado en segundas nupcias con doña E. B. B., hermana de su primera esposa, con la que tuvo un hijo, el demandado, apelante y recurrente don A. B. B., quien a la muerte de su madre usufructuaria procedió como si fuera único dueño y señor de los bienes relictos del padre, por lo que uno de los seis hijos habidos por éste en su primer matrimonio, don M. B. B., demanda a su hermanastro y demás coherederos—de los que sólo comparece uno—a fin de que se dividan dichos bienes en siete partes iguales, con las pertinentes indemnizaciones y abonos a cargo del hasta entonces único poseedor de hecho de los mismos, el hermanastro don A. B. B. por frutos percibidos, impensas y daños ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia de Ginzó de Limia estimó sustancialmente la demanda, sentencia que en lo principal fue confirmada por la de la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña. No conforme don A. B. B. con esta resolución interpone recurso de casación en cuyos motivos denuncia violación, entre otros, de los artículos 392, 400, 401 y 1.608 del Código civil, entendiéndolo que el actor carece de legitimación para ejercitar la acción de división de la herencia por cuanto en momento alguno tuvo la posesión material de los bienes cuya división solicita, así como por falta de identificación de las fincas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando: Que la sucesión *mortis causa* de los derechos se opera a través de la vocación o llamamiento *in abstracto* a una eventual sucesión, la delación u ofrecimiento de la herencia, y la adquisición o perfección del Derecho hereditario, que históricamente ha tenido lugar con arreglo a dos sistemas diferentes: el romano, que en los primeros estadios de la evolución histórica de este Derecho se producía *ope legis* en el momento mismo del óbito del causante, respecto a los herederos *sui et necesarii*, es decir, de quienes por hallarse sometidos a la potestad patria o dominical del causante eran sus inmediatos continuadores y no podían rechazar la herencia, pero a medida que fue posible y aun frecuente instituir por testamento heredero a un extraño,

resultó imprescindible subordinar la adquisición del título de heredero y del Derecho hereditario a la aceptación del llamado, en forma expresa—*cretio*, *aditio*—o tácita—*pro herede gestio*—, dadas las responsabilidades que ser heredero podía acarrear (responsabilidad personal y *ultra vires* por las deudas hereditarias), organizándose en el Derecho intermedio como único sistema el de los llamados *heredes extranei vel voluntarii*, no transmitiéndose la herencia al heredero mientras no se efectuaba la tradición; y el germánico, que partiendo de que es la sangre, el parentesco, lo que hace heredero y de su concepción de la herencia como adquisición del saldo favorable que pudiera resultar luego de enjugadas las deudas, se prescinde de la necesidad de la aceptación, entendiéndose que la transmisión de titularidades del causante al heredero se produce en el instante mismo de su muerte, sin solución de continuidad, a que responden los principios medievales *Der Todt erb den Lebendigen*, *Le mort saisit le vif*; es decir, que el muerto inviste—transmite y entrega los bienes—al vivo, aunque al heredero le sea posible la renuncia o repudiación, tingiéndose que el renunciante no fue nunca heredero, y que lo fue, en cambio, desde la muerte del *de cujus* quien haya de sustituir al renunciante, a diferencia del sistema romano, en que para no adquirir basta con no aceptar.

Considerando: Que respecto de la posesión de los bienes hereditarios, mientras en el sistema romano el heredero sucede en la *conductio usucapiendi* del causante y continúa la usucapción realizada por él, pero no hereda la *possessio ad interdicta*, para la cual ha de comenzar una nueva posesión, los Derechos germanicos proclaman que *mortus facit vivus possessorem*, máxima que significaba en su origen que el heredero podía inmiscuirse en la posesión de las cosas hereditarias sin cumplir ninguna formalidad, y más tarde en el Derecho feudal autorizó el tránsito del feudo al sucesor sin necesidad de nueva investidura, y de ahí se dedujo entonces para el Derecho privado que la *Gewere* de los bienes del difunto se prolongaba en el heredero, el cual siempre era un pariente, en virtud de la especie de investidura necesaria que recibe el nombre de *saisine*.

Considerando: Que la institución de la *saisine*, y en España sus reflejos en la Ley 45 de Toro, introducen en la doctrina del Derecho común el concepto de posesión civilísima, así llamada, según Antonio Gómez, *quia juris -civilis ministerio, sine artificio nulloque actu interveniente... sed sola legis statuti vel consuetudinis dispositione transfertur*, que no se recoge fielmente en el artículo 440 del Código civil español, pues *la posesión sólo se entienda transmitida desde la aceptación de la herencia*, y por ello el llamado heredero no la tiene, pero el que acepta sí, siguiendo con el ello el sistema romano, si bien una vez aceptada la herencia, la adquisición de la posesión ya tiene lugar con arreglo al sistema germánico, por ministerio de la Ley, produciéndose *ipso jure*, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía, retrotrayéndose también sus efectos al momento de la muerte del causante, pero de manera forzosa y necesaria, ya favorezca, ya perjudique al heredero.

Considerando: Que en caso de aceptación por más de un heredero, la sucesión *mortis causa*, desemboca en una comunidad, que comprende todas las relaciones jurídicas patrimoniales del difunto, excepto aquellas que, por su naturaleza o por su contenido, se extinguen por la muerte de la persona a la que están adheridas, es decir, todo elemento patrimonial activo o *passivo*

correspondiente a los sucesores, estado de comunidad, del que se sale, en todo caso, mediante la división con partición de la herencia.

Considerando: Que la jurisprudencia estima la comunidad hereditaria como un tipo especial de comunidad, comprendido en el marco general de la comunidad de bienes y derechos que regula el título III el libro II del Código civil, pero que tiene características propias y un principio de régimen orgánico que le erigen en una categoría jurídica intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral (sentencias de 30 de abril de 1935 y 17 de mayo de 1963); y que hay que establecer una distinción entre la comunidad que resulta de una sucesión hereditaria por causa de muerte, y la comunidad o condominio general, que se regula en el título III del libro II del Código civil, pues mientras en aquella cada heredero hasta que se realice la partición, sólo disfruta de una parte ideal de todos los bienes de la herencia, sin una posesión real individual que corresponde a todos, en éste disfruta de una posesión real y efectiva de la parte que le corresponde en la cosa, de la cual puede disponer, como así se deduce de los artículos 394 y 399 del mencionado Cuerpo legal (sentencia de 25 de noviembre de 1961).

Considerando: Que en el caso de autos, son hechos declarados probados por los juzgadores de instancia: Primero: El fallecimiento, bajo testamento otorgado en legal forma, de un causante común. Segundo: Que los bienes, cuya partición se pide, formaban parte de la herencia del causante común. Tercero: Que se llevó a efecto la partición de la herencia, y que en las operaciones particionales, tales bienes se adjudicaron a la viuda del testador en usufructo y en nuda propiedad a los restantes herederos, hoy demandantes y codemandados.

Considerando: Que en el motivo 2.º del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la aplicación indebida del artículo 1.068 del Código civil, que no puede prosperar, ya que se limita a impugnar el documento particional en el que viene afirmando la existencia de la nuda propiedad indivisa entre los litigantes, sin seguir el cauce adecuado del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al hecho básico que sustenta tal declaración.

Considerando: Que igual suerte tiene que correr el motivo 3.º, que también, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la aplicación indebida del artículo 1.232 del Código sustantivo, en relación con los artículos 497 y 498 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo un cauce inadecuado al impugnar la confesión del demandado, hoy recurrente, en unas diligencias preliminares, valoración de prueba que, en todo caso, no sería susceptible de crítica en casación, por responder a una apreciación conjunta con otros elementos, que no pueden desarticularse para imprimir a uno de ellos la fuerza preponderante, según reiterada doctrina de esta Sala.

Considerando: Que firmes los hechos declarados probados, necesariamente perecen los restantes motivos; el 4.º, en que se alega violación del artículo 348 del Código civil, porque hace supuesto de la cuestión, negando la comunidad de bienes entre los litigantes, que ha quedado categóricamente proclamada en la sentencia recurrida, que llega a precisar que «la posesión absolutamente precaria del oponente, dimanada de un usufructo extringido y cuyo alcance le era perfectamente conocido, no origina ninguna clase de derechos y en nada roza a la posesión mediata que a los demás comuneros corresponde, y si acaso únicamente acentúa un principio de absoluta mala fe, que pudiera llegar, si eso se pretendiera, a las consecuencias que concreta el

artículo 455, y que de todas maneras se inserta en el ámbito del 450, ambos del Código civil» (Considerando 1.º, *in fine*, de la Audiencia), y el primero, por desconocer la doctrina recogida en los cinco primeros Considerandos de esta resolución sobre las características propias de la comunidad hereditaria, que la distinguen de la común, a la cual únicamente se acoge con la cita de los artículos 392 y 491 del Código civil.

**Comentario.**—De esta interesante sentencia, cuyos tres primeros «Considerandos» son reproducción literal de los de la sentencia de 9 de junio de 1964, debida al mismo Magistrado ponente, merecen destacarse los siguientes puntos

1.º Consolida la ya reiterada jurisprudencia, según la cual el sistema de adquisición de la herencia obedece en el Código civil a las directrices romanas, con el carácter esencial de la aceptación en cualquiera de sus formas. Y este sistema romano puede afirmarse que es el vigente en toda España, incluidos los territorios forales. Así, la Compilación catalana, que lo recoge con mayor expresividad que el Código civil, establece como regla general la necesidad de la aceptación con eficacia retroactiva (art. 98, parr. 1.º), con algunas excepciones, como la del fideicomisario (art. 204) y el legitimario (art. 123, párr. 2.º), quienes no la precisan. Parece claro que una tal interpretación del Código civil habrá de facilitar en su día la ansiada unificación, incluso, a pesar de algunas desviaciones de stirpe germánica, como la que sigue

2.º Pone de relieve la desviación que en el sistema romano representa el artículo 440 del Código civil, si bien para que la excepción sea menos violenta acepta, de entre las posibles interpretaciones, la que supone excepción de menor entidad, consistente en exigir la aceptación para que se entienda transmitida la posesión al heredero, conforme el criterio de un sector doctrinal (cfr. ESPÍN, *La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapción*, «R. D. P.», 1943, págs. 624 y sigs., y *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Salamanca, 1965, págs. 47 y 66). De suerte que la transmisión de la posesión no se produce automáticamente a favor de cualquier heredero, sino sólo a favor del heredero que haya aceptado. De ello pueden obtenerse algunas consecuencias útiles. En primer lugar, no se independizan la cuestión de la adquisición de la herencia—dirigida fundamentalmente a obtener la propiedad de los bienes—y la de la posesión de los bienes relictos; sería, en efecto, un contrasentido que, habiendo adquirido lo más (la propiedad de los bienes relictos), no se tuviese lo menos (la posesión) y no pudiera ejercitar el heredero las acciones interdictales, o, a la inversa, que se admitiese una posesión sin acto alguno demostrativo de una voluntad de poseer que parece debe estimarse elemento indispensable, frente a la mera detentación. Y, en segundo lugar, ese entronque entre la adquisición de la herencia mediante la aceptación—con la voluntad que entraña—y la transmisión de la posesión puede llevar a un resultado que, no por sorprender, sería menos cierto: el de que resulta superfluo e incluso contradictorio fundamentar esa transmisión posesoria en un principio netamente germánico, extraño al sentido general de nuestro Derecho, de honda raigambre romana. A mi modo de ver—y puede que esté equivocado—, merece la pena difuminar todo lo posible el pretendido fundamento germánico del artículo 440 del Código civil y

destacar, en cambio, que su finalidad no fue totalmente extraña al Derecho romano. Es más: una investigación que en este comentario está fuera de lugar, podría poner de manifiesto cómo el artículo 440 puede explicarse desde un punto de vista fundamentalmente romano. En efecto:

— La *possessio civilissima*, de estirpe germánica, prescinde en absoluto del *animus possidendi*, de cualquier acto exteriorizador de una voluntad posesoria, que se suple por la Ley, ya que se trata de una transmisión operada *ipso iure*, sin más razón ni fundamento que el mandato legal. Siendo así, que en nuestro Derecho se precisa la aceptación del heredero para que se le transmita la posesión, no se sigue fielmente el precedente germánico. Con lo que, al existir una desviación al mismo, disminuye sensiblemente la utilidad de su invocación.

— Aunque el precedente mediato del artículo 440 sea el artículo 723 del Código civil francés, existen notables diferencias entre la primitiva redacción de este precepto (que fue modificado por Ley de 25 de marzo de 1896) y el nuestro, como son fundamentalmente, que el precepto francés sólo se refiere a los herederos legítimos, excluyendo a los hijos naturales, al cónyuge y al Estado, y, además, emplea una forma de expresión mucho más tajante que el artículo español, consistente en «son apoderados o, mejor, son investidos de pleno derecho» (*sont saisis de plein droit...*), expresión esta última que omite nuestro artículo 440, el cual se refiere indiscriminadamente a cualquier heredero, pero sólo en el caso de que «llegue a adirse la herencia». En cuanto al precedente más inmediato, constituido por el artículo 554 del Proyecto de 1851, existen también notables diferencias, no sólo en cuanto a la colocación sistemática (en las disposiciones generales relativas a la herencia en el Proyecto y en el título de la posesión en el C. c.), sino también la redacción («los herederos suceden...», dice el Proyecto, frente a «la posesión... se entiende transmitida...», en el caso de que llegue a adirse la herencia», condicionamiento que omite el Proyecto). Todo lo cual hace que sean de muy relativo valor tales precedentes y las razones expuestas por GARCÍA GOYENA, frente a la modificación experimentada ya en el Anteproyecto del Código civil (1882-1888) (confróntese art. 445 del Anteproyecto, en la publicación de M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1965), que se refiere, lo mismo que el Código civil, a la repudiación para sentar la *presunción* contraria; mientras que el Código civil francés y el Proyecto de 1851 no mencionan para nada a la repudiación. Como ha dicho muy bien RODRÍGUEZ ABRADOS, «con materiales franceses e italianos, traduciendo al pie de la letra los textos de sus Códigos, nuestros codificadores, con una pequeña modificación, al parecer sólo en la consecuencia jurídica, crearon un sistema radicalmente opuesto...» (*Donación con reserva de facultad de disponer*, «Anales de la Academia Matritense del Notariado», t. XVI, pág. 427, y separata, página 9). Si esto es así, en un precepto como el artículo 639, de mayor aproximación a su modelo, ¿ha de ser distinto en el artículo 440, cuyas diferencias con el texto francés son mucho mayores? Una cosa es la inspiración material de un precepto y otra muy distinta su «trasplante» e interpretación, según su encuadre sistemático.

— Es digno de tenerse en cuenta que existen textos romanos en los que se valoran abundantes supuestos de la *possessio ficta*, de la cual vendría a ser una manifestación la *possessio civilissima*, según BALDO. Siendo así, que la esencia de esta última no resultó desconocida para los juristas romanos, siquiera con su buen sentido práctico no llegaran al extremismo germano, y que nuestro Código no ha seguido este último, parece posible amparar la

interpretación del artículo 440 en precedentes romanos, y aun la *ficta possessio* semeja más acorde con la expresión, «se entiende» que la pura posesión civilísima germana.

— El profesor Espín ofrece una posibilidad digna de consideración cuando estima que «el artículo 440 contiene una de las manifestaciones de posesión espiritual, que, como excepción a la posesión corporal, permite nuestro Código civil, que hay que poner en relación con el artículo 438, en cuanto prevé para la adquisición de la posesión, junto a la ocupación material, «los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir la posesión» (*La adquisición*, cit., pág. 74).

— En resumen, si la posesión civilísima fue conocida en el Derecho romano a través de los numerosos supuestos de la *possessio ficta* y por ella podría explicarse tal vez el artículo 440, cuyas diferencias de sus precedentes franceses son notables, ¿qué necesidad hay de acudir a antecedentes germánicos, no fielmente seguidos por demás, para decir sobre ello que supone una excepción en pugna con el sistema? Antes de proclamar la existencia de una excepción parece preferible agotar todos los medios y posibilidades a favor de un encaje en el sistema general, y sólo cuando esto no sea hacedero, tratarlo como tal supuesto excepcional. Así se evitaría, además, tener que decir que el principio germánico no se recoge fielmente en el artículo 440—lo que es cierto, desde luego—, el cual vendría a ser, por tanto, una excepción dentro de otra excepción. Mientras que, conforme a lo propuesto, se explica perfecta y congruentemente la necesidad de la aceptación para entender transmitida la posesión, pues ésta descansa siempre—a diferencia de la mera detentación—en una voluntad que ha de exteriorizarse por cualquier medio apto e inequívoco, según la Ley; cabalmente, el más idóneo y que disipa cualquier duda es, en este caso, la aceptación por la que el heredero quiere serlo con todas sus consecuencias entre las que se encuentra la adquisición de la posesión.

De esta manera, y a pesar del artículo 98, párrafo 2.º, de la Compilación catalana, se aproximarían ambos ordenamientos, toda vez que en Cataluña también se reconoce la posesión civilísima (v. gr: la que corresponde a la viuda tenataria, arts. 38-40, especialmente art. 39, párr. 1.º, de la Compilación) y podrían explicarse sistemáticamente y con unidad de criterio otros preceptos del Código civil, que indudablemente consagran la posesión civilísima, así entendida y acerca de los cuales resulta insuficiente el principio germánico (vid. DUALDE, J., *La posesión civilísima*, Barcelona, 1959, págs. 101-103 y 115-117).

3.º En relación a la declaración en el 5.º Considerando, según la cual la posesión hereditaria corresponde a todos los herederos sin que exista posesión real individual hasta la partición, parece que habrá de sobreentenderse en armonía con lo acabado de exponer, esto es, que la posesión corresponde a todos los herederos que hayan aceptado, pues caso de haber aceptado uno solo de los coherederos, no podría sostenerse que este único aceptante poseía no sólo en su propio nombre, sino también en nombre de los demás coherederos no aceptantes, en el intervalo comprendido desde su aceptación hasta la de los otros. Y esto por múltiples razones, como la de ser precisa la aceptación, acto personalísimo, para adquirir la posesión, de modo que sólo aprovechará y perjudicará a cada aceptante, la de que la retracción de los efectos de la aceptación hace innecesaria semejante actuación del primer aceptante—en el supuesto de que fuera factible—y por la misma posibilidad de la repudiación.

No parece, en cambio, que ofrezca gran trascendencia práctica la declaración—*obiter dicta*—puramente doctrinal y teórica de incluir a la comunidad hereditaria en una nebulosa categoría intermedia entre el condominio ordinario y la persona moral, ya que la experiencia ha demostrado que cualquier posición dogmática elegida *a posteriori* sirve para obtener los resultados queridos *a priori*, razón por la que justamente se ha motejado a este método interpretativo con el calificativo de «método de inversión» (F. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho civil*, 2.ª ed., 1964, pág. 107).

4.º Causa cierta extrañeza el *obiter dicta*, cuyo tenor literal es «no transmitiéndose la herencia al heredero mientras no se efectuaba la *tradición*» (*sic*), término, asimismo, empleado en la sentencia de 9 de junio de 1964 y de la que es posible arranque la errata, si, como parece, lo es, ya que poco juega, en el supuesto contemplado, una *tradición* que realmente no puede darse y el sentido reclama que dijera *aceptación* o *adición*, lo cual guardaría relación con el término «adirse» del artículo 440, coletilla final ésta del precepto que viene a confirmar la aludida raíz romana del precepto bajo una envoltura aparentemente germánica. (Sobre otras posiciones al respecto, puede verse ANGEL CRISTÓBAL-MONTES, *La transmisión hereditaria de la posesión en el Derecho comparado*, «R. D. P.», diciembre 1968, págs. 1.037-1.062.)

**PARTICION HEREDITARIA. SU NULIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO. Artículo 1.261 del Código civil (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1968).**

Declarada por el Juzgado de Primera Instancia de Castropol la inexistencia de una partición y la nulidad de amojonamiento de la finca objeto de la misma y confirmada esta resolución por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don García Monge y Martín, en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que el primero de los motivos del recurso amparado en el ordinal segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la cita como violado del artículo 359 de la misma Ley, está basado en la incongruencia del fallo de la resolución recurrida, por estimar que ésta olvida la demanda alegó como declaración fáctica que entre los actores y los demandados existía, sobre la finca objeto del litigio, una comunidad de tipo romano estando la acción basada en que los referidos demandantes no prestaren su consentimiento para la práctica de la partición y consiguiente escritura instando consecuentemente a este fundamento la nulidad de la misma supuesto de hecho del que la sentencia se aparta según se aduce, ya que suprime de la resolución de primera instancia la mención de que la finca habría de volver al estado de indivisión anterior a la mencionada partición, mas ha de tenerse en cuenta que el vicio de incongruencia que se invoca ha de radicar en la disconformidad entre lo solicitado por el actor u opuesto por el demandado, y la decisión adoptada en el fallo, o en relación a los fundamentos esenciales del mismo, y en este caso, como queda dicho, la pretendida nulidad estriba en negar la existencia del fundamental elemento del consentimiento de los demandantes para llevar a efecto un negocio jurídico que directamente les afectaba, ya que en la partición impugnada se les atribuían determinadas parcelas, y si como consecuencia de esta pretensión se pidió que la finca volviese al estado anterior de indivisión, sin dirigir petición concreta sobre esta situación, ni oponerse de contrario la

misma, ya que instó exclusivamente su absolución, la sentencia razona que al no haber sido llevada al litigio la cuestión de la efectividad de una partición que se dice practicada en el año 1905, no cabría resolver sobre tal materia y que por ello omite toda resolución sobre la indivisión o estado de comunidad de la finca, y decide ateniéndose a los términos esenciales en que se plantea la demanda, por lo que debe estimarse que no ha incurrido en el defecto que aquí se denuncia, teniendo en cuenta que si cabe interpretar la exclusión de la referida declaración sobre el anterior estado de indivisión del monte como una implícita denegación de dicha petición, ello excluiría, por haber sido resuelto este extremo, la incongruencia alegada, y si por el contrario se da la falta de decisión sobre este extremo, tal infracción sólo podría ser combatida conforme al número 3.º del artículo 1692 de la Ley de trámite, por la no decisión de una petición adecuadamente formulada, y esto en todos los supuestos habría de conducir a desestimar el motivo que aquí se examina.

Considerando: Que el segundo de los motivos seguidos por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil, se funda en la aplicación indebida de los artículos 402, 406 y 1.059 del Código civil, y para la decisión del mismo ha de reiterarse que la acción de nulidad de la partición de una finca se basa, como elemento esencial, en que los demandantes no han prestado su consentimiento para esta cuestión de hecho no controvertida, y sea cualquiera el estado anterior de la finca bien sometida a una comunidad tipo romano o a otra de carácter germánico, o ya por estar dividida en virtud de un acuerdo anterior, que naturalmente habría de quedar desprovisto de efecto al pretender realizar otra de nuevo, la que es objeto de impugnación, ello no afecta a los términos del debate ni a su apoyo fundamental, que es lo que el juzgador decide, sea cualquiera la oportunidad de la citada de preceptos legales, que no se efectuaran en ningún caso a la resolución conforme al fundamento de lo pedido, que se limita a razonar que no cabe adoptar acuerdo alguno, que sería preciso, sobre el valor de la partición practicada en 1905, lo que determina el perecimiento del referido motivo del recurso.

Considerando: Que el último de los motivos seguido por el mismo cauce que el anterior alega la aplicación indebida del artículo 1.261 del Código civil y al deber referirse el vicio denuncia así la norma aplicada, no es adecuada para la decisión de la cuestión que se plantea en el pleito, no puede caber duda alguna de que siendo ésta la de nulidad de la partición por falta de consentimiento de los directamente afectados por la misma, tal precepto legal es el oportuno para resolver dicha materia, puesto que, conforme al fundamento aducido, el juzgador resuelve estimando la alegada falta de consentimiento, ajena, por tanto, a la situación anterior de la finca, extraña, como queda dicho, al contenido del debate y no susceptible por ello de especial resolución razones que determinan la desestimación del motivo examinado.

**PARTICION. RATIFICACION TACITA.** *La ratificación tácita de la partición ha de resultar de actos concluyentes e inequívocos, sin que lo sea el acto de conciliación dirigido a conseguir la rescisión por lesión o, en su defecto, el suplemento de legítima* (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1968)

Los hechos se desprenden del único Considerando de la sentencia desestimatoria del recurso interpuesto por la parte demandada y apelada, de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón.



Considerando: Que limitado el recurso a determinar la existencia o inexistencia de la ratificación por la parte actora de la partición realizada por el Contador don Fidel Plaza González, resuelta en sentido contrario en ambas instancias, pues mientras la sentencia recurrida estima que de la demanda de conciliación de 21 de junio de 1954, que precedió a la de pobreza concedida en sentencia de 4 de marzo de 1957 y el anterior juicio declarativo de mayor cuantía promovido en enero de 1958, que estimó la falta de personalidad del actor, no se desprende la *ratificación tácita*, por lo que la partición es inexistente, máxime cuando en el juicio contencioso actual solicitó la nulidad de las operaciones particionales de referencia, la sentencia apelada y el recurrente señalan que dirigido dicho acto de conciliación a conseguir una rescisión por causa de lesión, o, en su defecto, el suplemento de legítima por omisión de bienes en la partición, ello constituye una ratificación tácita, alegada en los dos motivos la infracción del número 2.º de los artículos 1.259 y 1.727 del Código civil y jurisprudencia que los interpreta, éstos no pueden prosperar, ya que la ratificación tácita ha de resultar de hechos que impliquen necesariamente una aprobación del *dominus*, y así ha declarado la jurisprudencia, que la ratificación tácita tiene lugar, cuando sin hacer uso el mandante de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero, con lo que el contrato no puede reputarse inexistente y queda dotado de validez si no de hallarse viciado por alguna de las causas que pueden determinar su nulidad con arreglo a Derecho o hacer procedente su revisión (sentencias de 5 de abril de 1950 y 10 de octubre de 1966), y nada de ello resulta de la demanda de conciliación citada de 21 de julio de 1954, ya que la parte actora hoy recurrida ni se aprovecha de los bienes adjudicados en la partición que impugna, ni realiza actos concluyentes y de carácter inequívoco que supongan un reconocimiento tácito de la existencia válida de las operaciones particionales para impugnarlas sólo como rescindibles por lesión aparte de la deficiencia terminológica en materia de invalidez con que se expresa nuestro Código substantivo, todo lo que conduce a la desestimación íntegra del recurso.

*Comentario*—Parece que no está ausente de la sentencia cierto eco de la construcción formulada por Rafael Núñez Lagos sobre ratificación y su ámbito, así en la referencia al no aprovechamiento de las ventajas, siquiera como el supuesto planteado aparece claro no es preciso ahondar en mayores disquisiciones (cfr NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación*, «R. D. N.», núm. 11, págs. 7-77; «Situación jurídica de los actos realizados por los gestores sin mandato durante la dominación marxista» en *Cuestiones del Derecho privado de nuestra post-guerra*, 1942, págs. 149-182).

**PARTICION. NULIDAD. DEFENSOR JUDICIAL.** Artículos 165 y 1.058 del Código civil. El testador no puede disponer de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales no liquidada. Los actos en que el padre o madre intervengan en representación de sus hijos menores teniendo intereses contrapuestos son nulos de pleno derecho. El defensor judicial ampara un interés público (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1968).

Fallecida intestada doña J. L. I., el 1 de noviembre de 1918, su viudo, don R. B. G. muere, a su vez, el 22 de enero de 1958 bajo testamento en el

que distribuye la totalidad de los bienes, incluidos los gananciales no liquidados, por lo que los descendientes no favorecidos por el testador demandan a los demás que lo han sido y a la viuda de uno de éstos, doña E. C. L., para que reconozcan la validez de la partición efectuada prescindiendo de las disposiciones testamentarias de don R. B. J., en la que doña E. C. L. interviene en su propio nombre y además como representante de sus hijos al parecer menores, así como la nulidad de la partición efectuada con base en el referido testamento.

El Juzgado de Primera Instancia de Betanzos estima en parte la demanda declarando herederos *ab intestato* por partes iguales a los hijos de doña J. L. I y a su viudo por su cuota legal usufructuaria, la ineficacia de la partición efectuada, conforme al testamento, así como la hecha por doña E. C. L. en su propio nombre y como representante de sus hijos, extremo este último que fue revocado por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña al resolver la apelación de los actores.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada y apelada, en virtud de las consideraciones que se transcriben a continuación, revocando acto seguido la sentencia de la Audiencia y confirmando en todas sus partes la del Juzgado.

Considerando: Que hay que desestimar el tercer motivo del recurso, en el que se pretende la declaración de validez de la partición hecha por el Contador Partidor don Ezequiel Lestas Carnadas el 17 de junio de 1961, de los bienes existentes a la muerte de don R. B. G., en la que da cumplimiento a la cláusula 8.ª del testamento del causante, respecto a cuya nulidad, así como de la partición que las aplica, están conformes, con acierto, ambas instancias: pues el testador en dicha cláusula, al ordenar la adjudicación a su nuera, doña E. C., del tercio de libre disposición y a su nieto A. B. C., del de mejora de bienes concretos y determinados: «El lugar acasado que cultiva con sus accesorios», dispone de bienes pertenecientes unos a la sociedad de gananciales, no liquidada cuando el fallecimiento de su esposo y de otros que había recibido como heredero fiduciario de su padre, para que pasaran de forma obligatoria y por igual a sus hijos.

Considerando: Que el tema que presenta a la casación el primero y segundo motivo del recurso, es el de la validez o nulidad de pleno derecho del contrato particional de 11 de marzo de 1957, en el que se distribuye la herencia de don R. B. G., así como los bienes de su esposa premuerta, al que concurre doña E. C. L., viuda del hijo del causante F. B. S., en su doble función de una parte en su propio nombre, como legitimaria de su marido y heredera instituida en el testamento del causante en el tercio de libre disposición, y de otra ostentando la representación de sus hijos, cuya edad no se especifica; A., J. y M. B. C., herederos en representación de su padre todos, y uno de ellos, A., especialmente nombrado, heredero en la totalidad del tercio de mejora, y para resolver dicho tema, en relación con el artículo 165 del Código civil, que prescribe el nombramiento de defensor judicial, siempre que, en algún asunto, el padre o la madre tenga interés opuesto al de sus hijos, hay que determinar, en primer lugar, si en el presente caso el interés de la madre y el de los hijos era contrapuesto y, en segundo lugar, si, en caso de serlo, ello ha de acarrear la nulidad de pleno derecho que se invoca en el motivo o la anulabilidad a que se acoge la sentencia impugnada.

Considerando: Que la contraposición de interés entre padre o madre e hijos se presenta desde el momento en que uno de ellos, para proveer a la defensa de sus intereses, se ve cumplido a limitar la participación útil del otro; porque entonces puede perder el padre o la madre la ecuanimidad necesaria para tutelar, a nivel de los suyos propios, los intereses de los hijos; de acuerdo con esta motivación, la jurisprudencia ha declarado que existe incompatibilidad cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (sentencia de 12 de octubre de 1895) si el hijo, heredero del padre, liquida herencia en la que la madre tiene derecho a sus gananciales (sentencia de 25 de mayo de 1906), si se trata de división de herencia en la que la madre y el hijo son coherederos (sentencia de 21 de enero de 1927 y 25 de enero de 1928), o si el padre es heredero y el hijo legitimario (sentencia de 6 de noviembre de 1936), casos todos similares unos e idénticos otros al que nos ocupa.

Considerando: Que, por la protección general de los menores sujetos a la patria potestad que el precepto encarna, la institución del defensor judicial ampara un interés de carácter público, lo que se pone de relieve por el hecho de que la petición de su nombramiento no sólo pueda partir del menor y de los propios padres, sino también del Ministerio Fiscal y de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, así como, porque su designación es atributo exclusivo de la autoridad judicial, hasta el punto de que, según las sentencias de 9 de octubre de 1908 y 30 de mayo de 1920, dicha autoridad puede nombrar a un extraño, cuando los más próximos parientes llamados por el artículo 165 del Código civil tengan idéntico interés que los padres, todo lo cual lleva a la consecuencia de que los *actos en que el padre o la madre intervengan en representación de los hijos, teniendo derecho contrapuesto*, no es que sean anulables solo a instancia de parte y que esta nulidad no pueda ser pedida, a tenor del artículo 1.302 del Código civil por la madre que asumió la indebida representación, como aduce la sentencia impugnada, sino que *son nulos de pleno derecho*.

Considerando: Que cuanto venimos diciendo es bajo el supuesto de que los hijos de doña E. C. L., representados por ella en el contrato particional de 11 de marzo de 1957 fueran menores de edad en dicha fecha; pero si se diera el caso de que todos, o alguno de ellos, hubieran alcanzado ya, entonces, la mayoría de edad, la consecuencia anulatoria del convenio sería la misma, porque en dicho caso hubiera sido precisa la presencia del que en tales circunstancias se encontrara.

Considerando: Que para la eficacia del contrato de partición hecho por los herederos al amparo del artículo 1.058 del Código civil *es necesaria la concurrencia de todos ellos* (sentencias, entre otras, de 6 de noviembre de 1912, 7 de noviembre de 1935 y 5 y 10 de junio de 1958), lo que no se da en el presente caso por ausencia, alegada en este motivo de los nietos del causante (hijos de su hijo F.), directamente si alguno era mayor de edad, o debidamente representados si eran menores; por lo que procede acogerlo y casar la sentencia recurrida.

F. C. L.

## 2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

## EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SU AMBITO JURISDICCIONAL

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1969.

## I. LA SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1969.

Esta trascendental sentencia, de que fue ponente don Juan Becerril y Antón-Miralles, ha sentado en sus Considerandos la siguiente doctrina:

1) Que el tema propuesto a la decisión jurisdiccional se concreta sobre los siguientes extremos: Primero: Examen de la alegación de inadmisibilidad formulada por la representación de la Administración, invocado por causa de incompetencia de jurisdicción, o por dirigirse el recurso contra actos no susceptibles de impugnación. Segundo: Falta de legitimación activa del recurrente. Tercero: Examen, si a ello hubiera lugar, de los puntos referentes a haber incurrido los actos recurridos: a) en infracción de normas legales; b) en incompetencia; c) en desviación de poder, y d) en vicio esencial de forma; que constituyen el fondo del recurso contencioso-administrativo como tal, con independencia de la cuestión de fondo de que conociera el Tribunal de la Competencia en los actos y sentencia que son objeto del recurso; temas todos ellos que han de ser examinados, seguida y separadamente.

2) Que en cuanto al primero de los extremos a tratar, está constituido por la invocación formulada respecto a inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, basado en el artículo 82, apartados a) y c), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, por dirigirse el recurso contra actos que se dice no ser susceptibles de impugnación, a tenor del capítulo 1.º del libro III de la Ley Jurisdiccional, respecto a lo que ha de pararse la atención en el examen del artículo 31 de la Ley de Defensa de la Competencia de 20 de julio de 1963, donde se establece que, contra los acuerdos definitivos del Tribunal de Defensa de la Competencia, procederá el recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, en materias de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el artículo 29 por infracción de normas legales. incompetencia, desviación de poder y vicio esencial, de forma causante de indefensión; o sea, que, si con arreglo al artículo 29 quedan excluidas de la vía contencioso-administrativa, las Resoluciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte, formulando declaraciones u ordenando las intimaciones previstas en la Ley de los actos concretos que sean consecuencia de ellos, lo que en tal precepto se exceptúa del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa es sólo «la revisión de la ma-

tería de fondo que constituye el conocimiento de aquel Órgano, o sea, aquellas declaraciones o intimaciones y los actos concretos derivados, todos ellos reseñados en la sección 4.ª del capítulo 2.º de su Ley específica, y especialmente en sus artículos 13, 15, 16, 17, 18 y 19, pero quedan al margen—según la redacción del artículo 31—aqueellos casos no exceptuados en el artículo 29, lo que supone una excepción genérica, y los acuerdos referentes a imposición de multas, 'infracción de normas legales', 'incompetencia', 'desviación de poder' y 'vicio esencial de forma causante de indefensión'; con lo que se viene a señalar una excepción, ahora específica y enumerada de las causas, en todas las que la jurisdicción contencioso-administrativa conserva su plena competencia general para la revisión de los actos, y como tales, producidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia, Órgano adscrito en lo Administrativo al Ministerio de Comercio, que, en la ampliación cuantitativa de los fines del Estado de las funciones de la vida social, viene a constituir una jurisdicción administrativa, atípica de la policía económica del Estado, como conjunto de medidas utilizables por la Administración para que los particulares ajusten su actividad a un fin de utilidad pública, ya mediante órdenes positivas de hacer, ya mediante actuaciones coactivas de ejecución, ya mediante una actividad represiva; lo que constituyen, en definitiva, las tres facetas características de la actividad administrativa de coacción, referida concretamente, por lo que a la materia afecta, al campo de orden público, económico, según expresa el punto III, número 1, del preámbulo de la Ley especial; con lo que es vista la oportunidad legal de ratificar en este trance procesal los términos del auto de la Sala de 16 de diciembre de 1967, a virtud del cual, en trance de alegaciones previas, se declaró la competencia de este Tribunal Supremo, y concretamente de esta Sala 4.ª, y la desestimación de la alegación de inadmisibilidad, que ahora constituye el primer extremo de los fundamentos de la contestación a la demanda y de la súplica de la misma, puesto que definido que no se trata de actos no susceptibles de impugnación, a tenor del capítulo 1.º del título 3.º de la Ley, y dado que los motivos a las causas del recurso que se invocan por el recurrente son precisamente las de: a) infracción de normas legales; b) incompetencia; c) desviación de poder, y d) vicio esencial de forma concretamente atribuidas como materia propia del recurso contencioso-administrativo, según es visto, de ello inexcusablemente se deriva la competencia de este Tribunal Supremo y de esta Sala 4.ª, con arreglo, tanto al contenido del artículo 31 de la Ley sobre prácticas restrictivas de la competencia ya citado como de los artículos, y dos y 14 de la Ley Jurisdiccional; por lo que es de desestimar la alegación de inadmisibilidad formulada por la representación de la Administración a no darse los supuestos de los apartados a) y c) del artículo 82 en relación con el 40 de aquella disposición legal».

3) Que el segundo extremo a decidir por el orden expuesto en el planteamiento establecido, según su orden procesal en el primer Considerando de esta Sentencia, es el referente al examen de la legitimación activa, invocado por la representación de la Administración, con apoyo argumental en el artículo 82, apartado b), de la Ley Jurisdiccional, por entender aquella que la parte actora carece de interés directo, en cuyo supuesto es solicitada la inadmisibilidad del recurso;

mas no es de acceder a lo que en tal aspecto se insta, por cuanto es ostensible la existencia de la condicion de admisibilidad del recurso; mas no es de acceder a lo que en tal aspecto insta, por cuanto es ostensible la existencia de la condicion admisibilidad, con arreglo a los articulos 28 y 30 de la Ley, no sólo según estricto sentido de éstos, ya suficiente por sí solo para fundamentar la denegación de la inadmisibilidad por tal concepto solicitada, sino por cuanto atañe a quien es el sujeto a quien afecta todo el procedimiento, y cuyo negocio, y no otro, ni otros, ha sido aquél cuyo tratamiento y relación comercial con los denunciados, con completa independencia de quien fuera el denunciante, ha constituido la materia de hecho para el análisis y para la resolución, sea ésta la que fuere, pues si precisamente el fondo específico del conocimiento del Tribunal de la Competencia no está constituido por la aplicación concreta de una normativa integrada por un conjunto sistemático de formulación tipificadora, según claramente explica su meditado preámbulo; en cambio, la actividad de su ejercicio se basa en la necesidad de establecer una jurisdicción única, cuyo objetivo consista en declarar la existencia o inexistencia de hechos consecutivos de una práctica económica nociva de la competencia como materia que, si ciertamente corresponde al orden público de la economía, no por eso deja de exigir la existencia de unos entes o sujetos económicamente afectados, cuya protección, a través de una actuación enjuiciadora de los hechos, las da y atribuye la condición de interés directo propio de la legitimación activa, reflejado, en el apartado a) del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, cada aptitud para ser parte de un proceso concreto, dada su relación con la pretensión deducida, y como consecuencia, tanto del problema que se plantea como de la intensidad específica para ostentar la titularidad emanada en su posición peculiar en el proceso, cuya decisión es susceptible de afectar un interés jurídicamente protegible, que sirve prácticamente de nexo para proyectarse sobre la relación procesal concebida como unidad indirigible, pues basta suponer la anulación del acto, aquí resolución recurrida, para comprender el consiguiente beneficio en favor del accidente, a quien, en todo caso, quedaría posiblemente expedita distinta fórmula calificatoria de los acontecimientos cuya presencia le perturba, con independencia de la legitimación de su presencia en el ámbito de una ordenación económica que, independientemente de su proyección en la esfera del orden público, constituye una presencia afectante de ese mismo orden en relación con el interés privado, cuyo interés directo se define perfectamente en el jurídico, la que consecuentemente entraña la desestimación de la alegación de inadmisibilidad por razon de falta de legitimación activa que constituya la segunda pretensión de la contestación a la demanda.

4) Que eliminadas las causas de inadmisibilidad, y ya dentro de la que constituyen la materia de fondo del recurso contencioso-administrativo, el primer punto a examinar es el referente a si en el desarrollo del procedimiento en la sentencia en que aquél se refleja ha existido «infracción de normas legales», puesto que esta circunstancia constituye el primero de los motivos especiales contenidas en el artículo 31 de la Ley sobre prácticas restrictivas de la competencia y es también el primeramente invocado por el recurrente en su interposición y su demanda; pretensión que aparece fundamentada por el recurrente en la

infracción de los artículos 359 y 362, números 2.º y 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; infracción de la propia Ley de 20 de julio de 1963, en relación con el artículo 142, números 2.º y 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e infracción del artículo 83, número 3.º, en relación con el artículo 94, número 2.º, de la Ley jurisdiccional y con el 80 de ésta; las que deberán examinarse separadamente para mayor claridad sistemática.

5) Que los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil no constituyen materia de aplicación al desarrollo del sistema y procedimiento propios del Tribunal de la Competencia, pues éste se ha de regir por los preceptos especiales que, en cuanto a ello, contienen la Ley especial y el título 2.º de su Reglamento, en cuyas disposiciones para nada se alude a aquélla, cuya naturaleza ha de estimarse como reguladora de los procesos civiles y de la jurisdicción ordinaria de los Tribunales de Justicia; ni tampoco pueden entenderse a ningún efecto como supletoria, puesto que de ningún precepto legal puede colegirse ni deducirse tal suposición, con lo que mal puede entenderse infringir las normas legales inaplicables, y en consecuencia, ni la invocación correspondiente al artículo 359 de la Ley ni el 362 de la misma, pueden ser tomadas en consideración a los efectos propios de la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa; al igual que ocurre respecto a la posibilidad de entender infringida la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su artículo 142, números 2.º y 4.º, pues aparte de que en ninguna norma de Derecho positivo se encuentra apoyo para ello, tampoco la naturaleza y objeto de la Ley de restricción de prácticas de la competencia y la función del Tribunal que crea están esencialmente constituidas por una actividad sancionadora, sino que, con palabras del propio preámbulo de la Ley en el tercero de sus puntos fundamentales, número 1.º, párrafo 2.º, con la Ley viene a delimitarse uno de los aspectos más importantes del orden público, adjetivándole dentro de un sistema administrativo de economía libre y configurando así un orden público económico, y, según expresa el número 2.º del mismo punto fundamental tercero, implica la imposible utilización de la técnica penalista de la tipicidad, si bien la radicación de la prohibición en la idea de un orden público económico brinda la posibilidad dentro de la técnica jurídica de escapar a la imposible precisión de una tipicidad penal; con lo que, desechada también esta argumentación respecto a infracción de normas legales, sólo queda por analizar la correspondiente a la vulneración de los artículos 83, número 3.º; 94, número 2.º, y 80 de la Ley de la jurisdicción, referente al primero de los invocados a la desviación de poder consistente en el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico; el 24, número 2.º, a que las sentencias que versen sobre desviación de poder sean susceptibles siempre de recurso de apelación, y el 21, 80, a que la sentencia decidirá todas las cuestiones contravertidas en el proceso, mas aparte de que precisamente estos artículos a lo que se refieren es a las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa y a los recursos ordinarios contra las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo de las audiencias territoriales y de que el tema de la desviación de poder constituye invocación distinta por parte del demandante, y que como tal ha de ser separadamente examinada, ello supone una nueva inaplicabili-

dad de los preceptos invocados, puesto que se refieren al orden de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya naturaleza jurídica evidencia la comunidad plena entre esta jurisdicción y las demás especies concretas de la función jurisdiccional, como dice el número 2.º del preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, que la regula.

6) Que la incompetencia alegada por el recurrente como segundo extremo, el que se clasificó con la letra b) en el Considerando inicial o de planteamiento, ha de entenderse, con arreglo al rigor procesal de la invocación, como aplicación de la actuación de un órgano público a la esfera de atribuciones que le está encomendada por el Ordenamiento jurídico respecto a una función que él ha de ejercer, en cuyo aspecto carece de fundamento la pretensión, puesto que precisamente la materia enjuiciada por el Tribunal de la Competencia en su sección 2.ª, al dictar la sentencia de 29 de noviembre de 1966, la cita específica y exclusivamente atribuida por la Ley fundacional y el fallo de la misma, declarando «no haberse acreditado la existencia de prácticas prohibidas, no puede ni ser más expresivas ni más ajustado el tema de prácticas restrictivas de la competencia, que estaba sometida al conocimiento del Tribunal, ni más conforme al apartado d) del artículo 13 de la Ley fundacional y el 91 de su Reglamento, en cuanto al exacto contenido de la clase de resolución que se dicta; al igual ocurre con la sentencia del Tribunal Pleno de 16 de marzo de 1967, en las cuales, por otra parte, la sistematización de hechos y fundamentos se encaja y ajusta plenamente a la ordenación lógica de su cometido y la congruencia resolución denegatoria respecto a la pretensión que se enjuiciaba; a más de la conocida y razonable jurisprudencia representada *ad exumplus*, y entre otros muchos por las sentencias de 10 de diciembre de 1946, 21 de abril de 1942, 6 de mayo de 1933 y 22 de noviembre de 1944, expresivas de que, en general, no son impugnables por incongruencia las sentencias absolutorias.

7) Que la invocación de la desviación de poder como causa de estimación del recurso contencioso-administrativa aparece en éste como absolutamente inaplicable no sólo por cuanto constituido el concepto, según es sabido, por una forma de infracción del Ordenamiento jurídico ejercitando la potestad administrativa, no ya contra lo dispuesto en aquél, sino para fines distintos de los señalados a tal potestad, no es posible encajarlo en ningún momento respecto a ninguna resolución del proceso a que el recurso contencioso-administrativo se refiere, puesto que el problema de apreciación de si existían prácticas restrictivas de la competencia en relación con el orden económico normal, es precisamente el tema que se trata, y respecto al que se produce en declaración negativa, conforme al artículo 13, apartado d), de la Ley especial, de que no resulta acreditativa la existencia de alguna de sus prácticas prohibitivas a que se refiere la Ley; y conocida es la jurisprudencia y la doctrina que estima difícil, que los actos negativos o desestimatorios entrañen una desviación de poder, cuyo concepto, definido en el artículo 83 de la Ley jurisdiccional, y en las sentencias, entre otras, de 12 de junio de 1965, 1 de diciembre de 1959, 28 de febrero de 1962, concibiéndolo como acto extrínsecamente ajustado a la legalidad, pero inválido como contraventor en su motivación internas el sentido teleológico de la acti-



vidad administrativa, es inaplicable al caso que se enjuicia, por lo que procede desestimar en cuanto a ello la pretensión del actor.

8) «Por último, que la alegación de vicio esencial de forma causante de indefensión, que constituye el último punto de examen de las pretensiones del actor, se basa a través de una extrema **exposición del contenido** del contrato de 1953 y entre el Banco de San Sebastián y el demandante, de cuya presencia parece alega daban subseguirse determinadas apreciaciones: mas dicho contrato figura unido a los puntos y, en consecuencia, mal puede pretenderse en cuanto a ello una infracción o vicio esencial, de forma del que se derive indefensión, pues las deducciones que la argumentación del litigante extrae de sus postulados no tienen por qué coincidir con la apreciación que el Tribunal establece en sus razonamientos; ni puede decirse que en ningún momento haya estado indefenso quién, o bien no propuso prueba en el momento procesal oportuno o le fue denegada la propuesta en virtud de las facultades que al Tribunal otorgan la Ley y su Reglamento, tanto más cuanto, el Tribunal acordó para mejor proveer tal como figura, reseñado en el último resultando de la sentencia de la sección 2ª, de 29 de noviembre de 1966, que se exhibieran los libros de Salidas de mineral de yeso, y que se presentara el documento de fusión de las Sociedades Mozola e Irazusta; con lo que la pretendida indefensión ha de quedar desestimada al objeto del recurso contencioso-administrativo.»

9) Por último, que cumplido el trámite de haberse interpuesto el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, que, según muy conocida y abundante jurisprudencia, forma parte del recurso jurisdiccional como elemento inicial de ésta, sería inadecuado, a los efectos procesales, entender que, por la razón de haber sido rechazado de pleno por el Tribunal Pleno, al estimar éste la improcedencia de su planteamiento, ello ha de implicar la anulación del auto en que tal se decretaba, pues a los efectos formales del cumplimiento del requisito ha de estarse en economía procesal a los términos de amplitud judicialista que el preámbulo de la Ley jurisdiccional indica, al evitar obstáculos que impidan a las partes cometer sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción, y como las formalidades procesales han de entenderse, no para dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo aquí ceñida, al fondo cognoscible de la jurisdicción contencioso-administrativa, que constituye su materia, y no el conocimiento de la materia económica afectante del orden público nacional, en cuanto a la restricción de la competencia, puesto que esta materia es la peculiar y exclusiva del Tribunal de la Competencia como jurisdicción atípica del orden público económico.

## II. EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

### 1. *La Ley de 20 de julio de 1963.*

La Ley de 20 de julio de 1963, dictada como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto-Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959, constituye un tímido intento legislativo de «prevenir y combatir las prácticas monopo-

listicas y demás actividades contrarias a la normalidad del comercio y a la flexibilidad de la economía».

Pieza fundamental en el sistema que la Ley instaura es el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya creación se justifica en el preámbulo de la Ley, bajo la rúbrica «necesidad de una especialización jurisdiccional», en estos términos:

«Todo este juego de consecuencia en los ámbitos civil y administrativo se basa en idénticas prohibiciones que la Ley contiene, pero atribuir su jurisdicción a Tribunales diferentes podría comportar resoluciones distintas que paralizasen en uno y otro campo la finalidad que la Ley persigue. Estas consideraciones abocan a una necesaria concreción: la necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva. Producida esta declaración, serán ya los distintos Tribunales los que enjuicien las consecuencias, civiles, penales administrativas o laborales que de la misma hayan de derivarse, ya sin peligro de interferencias, con posible paralización de los diferentes procedimientos y sin riesgo, en definitiva, de que el principio de unidad del Ordenamiento jurídico, insito en la misma esencia del Derecho, sufra menoscabo.»

Y más tarde, añade:

«Por la misma naturaleza de la actividad económica, al Tribunal de Defensa de la Competencia que la Ley establece, incumbe no sólo la declaración, sino la ejecución concreta y específica de su propia declaración. El núcleo esencial de la Ley radica exactamente en la finalidad última de hacer que las prácticas restrictivas prohibidas por la misma desaparezcan del tráfico mercantil normal, y sólo desde esta perspectiva es entendible en sentido de la Ley. No bastaría una mera declaración de ilegalidad, sino que, ateniéndose al caso concreto declarado, es necesario que sea el propio Tribunal quien ordene la desaparición de la práctica restrictiva.»

Las peculiaridades características del Tribunal ha suscitado el problema de su naturaleza jurídica.

## 2. *Naturaleza jurídica.*

No resulta tarea fácil pronunciarse sobre la naturaleza jurisdiccional o administrativa del Tribunal.

La tesis jurisdiccional puede aducir a su favor argumentos de gran fuerza. Esto explica que haya sido aceptada por autor tan caracterizado como GARCÍA TREVIJANO, al decir: «Ha sido creado por Ley de 20 de julio de 1963. El artículo 7.º declara su adscripción al Ministerio de Comercio en lo administrativo, con 'plena y absoluta independencia' en su función. Se distinguen los dos momentos a que nos referíamos anteriormente: el estático de encuadramiento y el dinámico de funcionamiento. En cuanto al primero se contempla al Tribunal en sus necesidades materiales y de personal, declarando inamovibles a sus miembros. En el aspecto dinámico, el Tribunal goza de independencia. Se

trata de un órgano judicial, con competencias especiales (no especializadas, como ocurría con los Tribunales laborales o contencioso-administrativos). Contra algunas de sus decisiones cabe recurso ante los Tribunales contencioso-administrativos. Esto no le priva de su carácter judicial y sólo sirve para calificar tal recurso, no como una instancia judicial inicial, sino como una apelación especial» (1).

Sin embargo, existen objeciones poco menos que insalvables para configurar al Tribunal de Defensa de la Competencia como propiamente jurisdiccional. De aquí que la desconfianza hacia el mismo sea la nota dominante, afirmándose su carácter administrativo o mixto. En este sentido. TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, afirman (2):

«Recordemos que, a nuestro juicio, un Órgano del Estado desarrolla función jurisdiccional cuando declara el derecho a satisfacer pretensiones jurídicas, siendo sus resoluciones definitivas o solamente revisables por un Órgano 'jerárquicamente' superior. Pues bien: de los preceptos antedichos se deduce que el Tribunal de Defensa tiene naturaleza jurisdiccional, cualidad que, asimismo, habrá de predicarse respecto a los actos que produzca.

Además, la Ley califica específicamente al Tribunal de Defensa como Órgano jurisdiccional. Así, el epígrafe 3.º de su preámbulo reza: 'la jurisdicción', y en él trata de justificarse 'la necesidad de establecer una jurisdicción única que declare la existencia o inexistencia de la práctica restrictiva'. Y en el epígrafe 4.º se califica al Servicio de Defensa de la Competencia de 'auténtico Órgano de engranaje entre la Administración y la Jurisdicción', porque su misión es simplemente la de tramitar los expedientes y elevarlos al Tribunal para que los resuelva.

Sin embargo, en la propia Ley existe base para mantener que el Tribunal de Defensa no es un Órgano jurisdiccional puro, sino mixto. En efecto, según el artículo 31, 'procederá el recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, contra los acuerdos definitivos que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte en materia de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el artículo 29 por infracción de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión'. Precepto del que se deduce que los actos a los que en el mismo se alude no pueden ser calificados de 'Jurisdiccionales', habida cuenta de que los mismos son revisables por otros Órganos que no son superiores jerárquicos del Tribunal y que, por el contrario, pueden con toda propiedad tildarse de 'administrativos', ya que resultan revisables por la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 1.º, LJ). La incongruencia de la Ley de 20 de julio de 1963, al calificar a un Órgano de jurisdicción y permitir, no obstante, que parte de los actos producidos en el ejercicio de su específica misión sean revisables por otra jurisdicción (la contencioso-administrativa), es manifiesta.

Aparece así el Tribunal de Defensa de la Competencia como un Órgano híbrido, mitad jurisdiccional, mitad administrativo (adscrito al Ministerio de Comercio). En su aspecto jurisdiccional debe calificarse

(1) *Tratado de Derecho administrativo*, 2ª ed. Madrid, 1968, pág. 71.

(2) *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, tomo I, págs. 95 a 99.

de jurisdicción 'especial', ya que se articula, al margen del Poder judicial, en el seno de la Administración. Y a sus notas de 'jurisdicción' y 'especial', puede añadirse la de 'administrativa', porque su actuación tiene lugar en el campo regulado por el Derecho administrativo, ya que, en definitiva, su misión no es otra que la de aplicar las normas, en virtud de las cuales se permite a la Administración intervenir (función de Policía) en la actividad económico comercial de los administrados».

En términos análogos, VILLAR Y ROMERO afirmaba (3):

«El artículo 10 de la Ley (3.º del Reglamento) muestra, a la vez, la grandeza y la miseria del Tribunal. Grandeza en cuanto establece que su competencia será privativa respecto a las declaraciones e intimaciones previstas en la Ley, esto es, que acerca de la declaración de si una práctica es o no prohibida, es o no abusiva, si un acuerdo es o no colusorio, etc., como acerca de las intimaciones inherentes a tales declaraciones, ningún otro organismo ni jurisdicción estatal tiene facultades para adoptar ningún acuerdo ni tomar ninguna decisión. Grandeza también cuando dicho precepto continúa diciendo que las resoluciones que el Tribunal adopte en la materia 'gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario', lo cual no es otra cosa que conferirles el rango de presunción de cosa juzgada, con arreglo al artículo 1.252 del Código civil. Grandeza, asimismo, cuando tal artículo sigue expresando que dichas decisiones del Tribunal 'surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos', extremo que refuerza el contenido de los dos incisos anteriores...

En presencia del Tribunal de Defensa de la Competencia español, ¿nos hallamos o no ante una jurisdicción? A ciertos efectos no cabe duda de que lo es, ejerciendo una parcela de la jurisdicción civil, al declarar—sin posibilidad de contradicción ni de otra revisión jurisdiccional (lo que implica excepción de incumplimiento)—ilícitos ciertos actos privados (la práctica prohibida y abusiva), con determinadas consecuencias legales; y, sobre todo, al poder declarar la nulidad de ciertos acuerdos, convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que sean colusorias. Ello, además, de las facultades que el Tribunal tiene, conforme al artículo 10—ya examinado—de la Ley.

Tampoco puede ofrecer duda que nos hallamos en presencia de una jurisdicción administrativa, que en parte es retenida y en parte delegada. Retenida, respecto a las fuertes sanciones que sólo el Consejo de Ministros puede imponer, precisamente a propuesta del Tribunal. Delegada, en cuanto a las declaraciones e intimaciones que son de competencia privativa del Tribunal. Así como respecto a las pequeñas multas que éste directamente impone.»

(3) *El Tribunal de Defensa de la Competencia*, RAP, núm. 47, págs. 375 y siguientes, en especial, págs 382-383

Y CARRETERO PÉREZ, rotundamente sienta las siguientes conclusiones (4):

«La competencia del Tribunal no es revisora, como sucede con la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que puede sustituir a la Administración activa en la declaración de los hechos y sus actos son ejecutorios; si es difícil que se pueda concebir un Órgano jurisdiccional administrando directamente en lugar de juzgar la actuación de la Administración, pero no imposible, mayor dificultad existe en que no hay un procedimiento entre dos personas, decidida por un Órgano superior e imparcial de ambos, ajeno a los dos. El Tribunal de Defensa de la Competencia es juez y parte, que decide sobre el expediente tramitado por la Administración, sustituyéndola si es preciso, no por vía de examen, sino activamente. Mejor parece un Órgano de la Administración, con potestad jurisdiccional. Su composición mixta, de funcionarios judiciales y administrativos, tiene el precedente de los extinguidos Tribunales Provinciales de lo contencioso-administrativo; su independencia funcional, el antecedente de los Tribunales Económico-Administrativos, que son órganos de resolución, no de gestión, y que, aun perteneciendo a la Administración, no pueden administrar, sino revisar. Su naturaleza se asemeja al Tribunal de Cuentas, que funciona por secciones instructoras que someten el expediente al Tribunal. Además, algunas de sus decisiones son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que sería inconcebible en un Órgano judicial. No debe impresionarnos con que sus actos tengan valor de cosa juzgada, porque existe una cosa juzgada administrativa inatacable cuando, como en este caso, los actos no son revisables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal de Defensa de la Competencia es un Órgano administrativo»

En contra de la línea jurisdiccional, MENDIZÁBAL ALLENDE aduce argumentos irrefutables (5).

### 3. Normas reguladoras.

Consecuencia de la naturaleza no jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Competencia es que el procedimiento ante el mismo se regirá por sus disposiciones específicas y no por las normas procesales civiles ni penales, como acertadamente reconoce el 4.º Considerando de la sentencia comentada.

### 4. Naturaleza de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Es evidente que depende de la naturaleza que se asigne al Tribunal. Si partimos del carácter jurisdiccional de éste, habrán de considerarse sentencias a todos los efectos, y, por tanto, investidas en la santidad de cosa juzgada.

Ahora bien, si negamos el carácter jurisdiccional del Tribunal, ¿cuál será la naturaleza de sus resoluciones?

(4) *Represión de prácticas restrictivas de la competencia*, «Revista de Derecho Administrativo y Fiscal», 1964, págs 383-384.

(5) En *El Tribunal de Defensa de la Competencia*, «Revista de Derecho Judicial», número 22 (separata), págs. 47-55, argumentos por nosotros aceptados en *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1966, II, pág. 40.

Por supuesto, estamos ante actos que pueden catalogarse como uno de los tipos de acto administrativo. En ellos se concreta el ejercicio de una función típicamente administrativa, cual es la realización de un interés público: el mantenimiento de la normalidad en el mercado.

### III. EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

#### 1. *Las decisiones del Tribunal y el proceso administrativo.*

El problema de la impugnabilidad de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia se plantea en términos análogos al de la impugnabilidad de las decisiones de tantos otros Organos de naturaleza híbrida.

Si, realmente, estamos ante una auténtica jurisdicción especial, ¿cómo explicar la posibilidad de que sus resoluciones sean objeto de recurso contencioso-administrativo?

Pero la cuestión de la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo se ha planteado desde dos perspectivas distintas: una, partiendo precisamente de la consideración jurisdiccional del Tribunal, y estima que es una jurisdicción excluyente; otra, desde la perspectiva de los actos excluidos de impugnación, al amparo del artículo 40, apartado 1, LJ.

Examinemos el problema desde ambas perspectivas.

#### 2. *La supuesta falta de jurisdicción de las Salas de lo contencioso-administrativo.*

La supuesta falta de jurisdicción se ha fundado en el artículo 2.º, apartado a), LJ, al decir que «no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) Las cuestiones... que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones». Luego—se dice—si estamos ante una Jurisdicción especial, a la que se confía dirimir las cuestiones a que se refiere la Ley de 20 de julio de 1963, si se intentara un «recurso contencioso-administrativo» sobre estas cuestiones, estaríamos ante un supuesto de falta de jurisdicción y sería inadmisibile el «recurso-contencioso», al amparo del artículo 82, apartado a), LJ.

Las razones aducidas no son ni mucho menos exactas. En efecto:

a) Aun en el supuesto de que las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia fueran propiamente jurisdiccionales, lo que, según hemos señalado, es más que discutible, no sería por sí solo argumento decisivo para llegar a la conclusión de la exclusión del «recurso contencioso-administrativo». Es cierto que, en principio, pugna con la cosa juzgada (característica esencial de las sentencias) la posibilidad de impugnación ante otra jurisdicción distinta de aquella que dictó la resolución. Esta ha sido, precisamente, una de las razones invocadas para negar la naturaleza jurisdiccional a las funciones de los Tribunales económico-administrativo (6). Pero aun cuando esto es así

(6) Así, por nuestra parte, en *Los recursos administrativos*, 2.ª ed., «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1969, pág. 313.

en principio, la regla tiene excepciones al existir sentencias dictadas en un proceso civil especial que no impiden que se plantee la misma cuestión en un proceso ordinario. Y el sistema contencioso-administrativo francés nos ofrece un catálogo de jurisdicciones especiales, cuyas resoluciones son susceptibles de recurso, bien de apelación o de casación ante la jurisdicción administrativa ordinaria (el Consejo de Estado) (7).

Si bien hemos de reconocer que esas llamadas «jurisdicciones especiales» no son en realidad propias jurisdicciones.

b) Para que pueda invocarse falta de jurisdicción, al amparo del artículo 2.º, apartado a), LJ, no basta la existencia de una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa, sino que la cuestión se atribuya a su conocimiento con carácter exclusivo. Pues, en otro, caso, si la Ley creadora de esa «jurisdicción» admite expresamente la posibilidad de «recurso contencioso-administrativo» contra las resoluciones que en ella se dicten, es incuestionable que la existencia de esa jurisdicción sólo supondría la necesidad de tener que acudir ante la misma—y agotar los recursos previstos en su reglamentación específica—antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El problema se traduce, por tanto, en el estudio de la Ley creadora de la «jurisdicción», en orden a la posibilidad de «recurso contencioso» contra sus decisiones.

Lo que, aplicado al Tribunal de Defensa de la Competencia, supone examinar si las normas que le regulan admiten o excluyen el «recurso contencioso-administrativo».

El problema, en definitiva, no viene resuelto en función de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal. Sino en función de la exclusión o no del recurso contencioso-administrativo. La calificación jurisdiccional o administrativa del Tribunal únicamente comporta las siguientes consecuencias:

- Que si se afirma la naturaleza jurisdiccional, para que sea posible el «recurso contencioso-administrativo», ha de admitirse expresamente
- Que si se afirma la naturaleza administrativa, para que sea posible el «recurso contencioso-administrativo», bastará que no esté excluido expresamente por una Ley formal, al amparo del artículo 40, apartado f), LJ.

Pero en el supuesto del Tribunal de Defensa de la Competencia, el problema se simplifica al máximo, al existir preceptos concretos—si bien de redacción confusa—sobre exclusión y admisión del «recurso contencioso-administrativo». De aquí que la cuestión se reduzca a la interpretación de estos preceptos.

### 3. La exclusión de la impugnación contencioso-administrativa.

Si, como hemos señalado, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha de configurarse como Órgano administrativo, como administrativo el procedimien-

(7) Cfr. mi *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1964, I, páginas 300-303. ROUVIÈRE: *Les juridictions administratives et le recours en cassation*. París, 1958; DESFORGES: *La compétence juridictionnelle du Conseil d'État et des Tribunaux administratifs*, París, 1961

to seguido ante el mismo y como administrativa las resoluciones que dicte, es obvio que para que no quepa «recurso contencioso-administrativo» contra las mismas, ha de existir exclusión expresa por Ley, a tenor del artículo 40, apartado f), LJ (8).

Pues bien, la Ley establece una regla general y unas excepciones:

a) La regla general se contiene en el artículo 29, que establece la exclusión de la vía contencioso-administrativa. Por tanto, aun cuando el Tribunal se configura como Administrativo, se le confía competencia exclusiva y privativa, en congruencia con lo dispuesto en el artículo 10 de la misma Ley de 1963, al decir:

«La competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en esta Ley, y las resoluciones que el mismo adopte en la materia gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas deriven, sean producidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda.»

b) Las reglas especiales son dos:

- La del artículo 30, que se refiere a disposiciones y resoluciones adoptadas por el Consejo de Ministros.
- La del artículo 31, que se refiere a determinados tipos de resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Por tanto, los supuestos que contempla el artículo 30 no son propiamente de excepción. Porque es lógico y congruente con los principios generales de nuestro régimen administrativo que las disposiciones y resoluciones del Consejo de Ministros sean recurribles, aun cuando se refieran a esta materia, que es típicamente administrativa.

El supuesto que sí es de excepción a la regla del artículo 29 es el artículo 30, por referirse también a acuerdos del Tribunal

#### 4 Conclusión.

De lo expuesto se desprende que, en principio, todas las resoluciones que dicte el Tribunal de Defensa de la Competencia están excluidas de la vía contencioso-administrativa (art. 29 de la Ley de 1963), excepto las resoluciones a que se refiere el artículo 31 de la misma Ley.

Ahora bien, como la redacción del precepto contenido en el artículo 31 no es clara, esto nos obliga a estudiar el ámbito del recurso contencioso-administrativo en esta materia.

---

(8) GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1966, II, páginas 538-541.



## IV. AMBITO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

1. *Regla general.*

La regla general es, según se ha dicho, la exclusión de la vía contencioso-administrativa. El artículo 29 de la Ley de 1963 dispone:

«Las resoluciones que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte, formulando las declaraciones y ordenando las intimaciones previstas en esta Ley, así como los actos concretos que sean consecuencia de ellas, quedarán excluidas de la vía contencioso-administrativa, y contra los mismos sólo se dará recurso de súplica para ante el Pleno del propio Tribunal.»

Y el artículo 10, que:

«La competencia del Tribunal será privativa en cuanto a las declaraciones o intimaciones previstas en esta Ley, y las resoluciones que el mismo adopte en la materia gozarán de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario y surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquélla deriven, sean producidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda.»

Refiriéndose a este artículo, dice GARRIGUÉS: «Sin duda, es éste uno de los puntos esenciales de la Ley. En la Exposición de Motivos se califica esta cuestión como el núcleo esencial de la Ley. Resulta, pues, obligado matizar la interpretación del precepto (art. 10), ya que estamos operando con el nervio central de la Ley. En primer lugar, en cuanto a las declaraciones e intimaciones previstas en el cuerpo legal, la competencia del Tribunal es privativa. Le pertenece por propio derecho. En segundo lugar, las resoluciones que adopte el Tribunal gozarán de presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario. En rigor, se llama a tal presunción *iuris et de iure*. En tercer lugar, dichas declaraciones surtirán plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos jurisdiccionales y administrativos. Y, finalmente, la eficacia de las declaraciones se entiende, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas se deriven, sean deducidas en cada caso por la jurisdicción que corresponda» (9).

Y GUAITA, afirma (10):

«Las declaraciones e intimaciones del Tribunal son de su privada competencia, gozan de la presunción legal de certeza, sin posibilidad de prueba en contrario, y surten plenitud de efectos jurídicos en todos los ámbitos judiciales y administrativos, sin perjuicio de que las consecuencias civiles, penales o laborales que de aquéllas deriven, sean deducidas en cada caso por los correspondientes Tribunales.

(9) Cfr. prólogo al *Comentario a la Ley española sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1964, págs. 153 y sigs.

(10) *Derecho administrativo especial*, Zaragoza, 1966, IV, pág. 175

Las intimaciones y declaraciones del Tribunal y los actos concretos que sean consecuencia de ellas pueden recurrirse tan sólo en súplica ante el propio Tribunal, pero no en la vía contencioso-administrativa.»

Todas las resoluciones del Tribunal, pues, salvo la que después señala el artículo 31 de la Ley de 1963, están excluidas de impugnación contencioso-administrativa.

Y ¿cuáles son los actos respecto de los que no juega la exclusión del artículo 29 y es admisible el «contencioso-administrativo»?

## 2. Regla especial.

El artículo 31 de la Ley de 1963 dispone:

«También procederá el recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición, contra los acuerdos definitivos que el Tribunal de Defensa de la Competencia dicte en materia de imposición de multas y contra los demás no exceptuados en el artículo 29 por infracción de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión.»

Al interpretar este precepto se impone una elemental distinción: los actos respecto de los que cabe el «recurso contencioso-administrativo» y los posibles motivos de impugnación. Estos motivos, que se enumeran en el artículo, 31, *in fine*, son los que normalmente se admiten en Derecho administrativo: «infracción de normas legales, incompetencia, desviación de poder y vicio esencial de forma causante de indefensión». Pero esta enumeración no quiere decir que cuando se dé alguno de estos supuestos quepa el «recurso contencioso-administrativo», cualquiera que sea el acto de que se trate (incluso los excluidos por el art. 29), sino que, en el supuesto en que el recurso sea admisible, puede fundarse en algunos de esos motivos, referencia obvia, inútil y técnicamente incorrecta, al apartarse del criterio amplio de la LJ y de la LPA de no tipificar los motivos de impugnación.

Los actos respecto de los que concretamente se admite recurso contencioso-administrativo, son los siguientes:

a) *Los dictados en materia de imposición de multas.*—Así se dice expresamente. Por tanto, cuando el acto imponga una multa de las previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley de 1963, no ofrece duda la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo. En este punto concreto no ofrece dificultad su interpretación ante la claridad del texto.

b) *Los demás no exceptuados en el artículo 29.*—Este segundo grupo de actos que enumera el artículo 31, contra los que omite el «recurso contencioso-administrativo», ha dado lugar a problemas interpretativos.

Su redacción no es nada clara. Porque del mismo parece desprenderse que el artículo 29 no excluye todo tipo de resolución que dicte o pueda dictar el Tribunal. El artículo 31 parece partir de que, a tenor del artículo 29, existen dos tipos de actos: los excluidos o no excluidos. Y esto no es cierto. El artículo 29 viene a excluir todas las resoluciones que puede dictar el Tribunal.

Se refiere a resoluciones que tengan este contenido: formular declaraciones o bien ordenar intimaciones. Pero ello supone agotar todos los supuestos de resoluciones del Tribunal. En efecto:

a') Por un lado, están «las declaraciones», las declaraciones que puede hacer el Tribunal son las que enumera el artículo 13, y que son todas las declaraciones posibles. Este precepto contiene una enumeración tan exhaustiva, como la que hace el artículo 81 de la LJ, respecto de las Salas de lo contencioso-administrativo.

b') Pronunciada alguna de aquellas declaraciones, el Tribunal podrá (artículos 15 a 19), según los casos, ordenar algunas intimaciones, adoptando los actos concretos pertinentes. Y estas intimaciones y actos concretos están excluidos también por el artículo 29. Luego éste excluye todo tipo de actos.

De aquí que, prácticamente, la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo se limite al supuesto de actos dictados «en materia de imposición de multas». Solamente éstos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Y así lo afirma GUARÁ, cuando, después de proclamar la regla general de exclusión, añade: «Si son, en cambio, recurribles en la vía contencioso-administrativa los acuerdos de imposición de multas» (11). Pues éstos son los únicos acuerdos de los que dicta el Tribunal de Defensa de la Competencia, respecto de los que la impugnación procesal administrativa es admisible.

### 3. *La doctrina de la sentencia de 10 de marzo de 1969.*

Esta sentencia, aplicando correctamente el principio de la interpretación más favorable al Derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos (12), trata de reducir todo lo posible el ámbito de los actos excluidos. Y, en congruencia, con los principios informantes de la Ley de la Jurisdicción, interpreta los preceptos de la Ley de 20 de julio de 1963 en el sentido de admitir el «recurso contencioso-administrativo», siempre que las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia incurran en algunas de las causas que establece el artículo 31 de la Ley, como hace el 2.º Considerando de la sentencia comentada, si bien, como muy acertadamente señala el 8.º Considerando, «el conocimiento de la materia económica afectante del orden público nacional... esta materia es la peculiar y exclusiva del Tribunal de la Competencia como jurisdicción atípica del orden público económico».

J. G. P.

(11) *Derecho administrativo especial*, cit., IV, pág. 176.

(12) Me remito a mi trabajo *El principio antiformalista de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Revista de Administración Pública», núm. 57, páginas 183 y 55.