

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y JOSÉ CERDÁ GIMENO.

I. PARTE GENERAL

SIMULACION DE CONTRATOS: *Se requiere probar que no hubo transmisión, ni precio, ni propósito de poseer lo transmitido. Causa de los contratos: para la inexistencia de causa no debe existir precio. Buena fe: presunción del artículo 434 del Código civil. Valoración de la prueba de confesión.* González Gómez c. García Borgues y Sánchez, y González Castro (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1967).

Antecedentes.—Se dieron como probados los hechos siguientes 1.º Doña Leticia, madre del actor, con asistencia de su esposo, vendió ante Notario una finca al demandado señor Borgues en el año 1955, venta que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. 2.º En 1957 el citado comprador vendió la misma finca al viudo de la anterior vendedora doña Leticia, también ante Notario, y se inscribió la venta en el Registro. 3.º En 1959 el viudo vendió la misma finca a un sobrino, hijo de su primo hermano, el demandado señor García, también ante Notario, y se inscribió en el Registro. 4.º Diversas certificaciones bancarias acreditaban que el saldo de la cuenta corriente del viudo en varios Bancos no había tenido ingreso alguno proveniente del demandado señor García, entre enero de 1959 y diciembre de 1960. 5.º El demandado señor García figuraba como arrendatario de una vivienda propiedad del viudo de doña Leticia. 6.º El viudo había vuelto a casar en segundas nupcias con la demandada señora G. C.

No aparece claro de la exposición de los hechos en la sentencia cuál fue el último testamento de doña Leticia: por una parte, en la demanda el actor alega que lo fue el de fecha 11 de marzo de 1944, en que «instituye único heredero a su hijo», el demandante (hijo natural de la testadora); por otro lado, en el escrito de recurso ante el Tribunal Supremo, el recurrente y actor habla del testamento en que doña Leticia « nombra heredero universal a su esposo, por no haber tenido descendencia ».

La demanda terminaba suplicando: que se declarasen nulos y sin ningún valor ni efecto, por simulación absoluta y ser inexistentes, los supuestos contratos y escrituras antes reseñados (números 1 a 3), y las correspondientes inscripciones en el Registro; que se declarase que la finca en cuestión pertenece a la masa hereditaria de doña Leticia, y, por tanto, a su único heredero, el actor; y que se condenase a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a dejar a la entera disposición del actor la consabida finca o solar.

En la contestación a la demanda: el señor García negó la condición de hijo natural del actor y afirmó que su adquisición era la de un tercero hipotecario protegido por el Registro, solicitando se estimase la excepción de la falta de legitimación activa del actor o su falta de acción, y en cualquier supuesto que se le absolviese de la demanda; el señor Borgues se allanó a la demanda, reconociendo como ficticia su intervención en la transmisión en que fue parte, y la señora G. C., además de repetir la misma exposición del señor García, alegó que no tenía el carácter de heredera de su marido, pues el Tribunal Supremo niega al viudo o viuda el carácter de heredero para el efecto de ser demandados, y que no tenía ningún interés en el pleito.

El Juzgado desestimó en todas sus partes la demanda, absolviendo de la misma a los demandados, estimando la excepción de la falta de legitimación pasiva de la señora G. C. y desestimando la de falta de legitimación activa.

La Audiencia, estimando en parte el recurso, confirma la sentencia del Juzgado en cuanto absuelve a los demandados señores García y G. C., pero la revoca en cuanto absuelve a los esposos Borgues, a los que condena a estar y pasar por las declaraciones siguientes: que son nulos e inexistentes por simulación los contratos de 1955 y 1957 (hechos 1 y 2), e igualmente nulas las respectivas inscripciones, ordenando su cancelación.

El demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos, error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión e infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, al deducir la buena fe en el demandado señor García, e infracción de los artículos 1.281, 1.282, 1.261, 1.275, 1.276 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal Supremo rechaza el recurso por las siguientes consideraciones:

Visto, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que los dos primeros motivos del recurso, amparados en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el uno por error de hecho y el otro por error en la valoración legal de la prueba, no pueden ser acogidos, pues, si bien, en cuanto al *primero*, parte de los documentos invocados: escritura de venta de 25 de junio de 1959, acta de requerimiento notarial al señor Baus y copia del testamento de doña L. G. B., en el que nombra heredero a su marido, pueden ser considerados *formalmente* como auténticos, *no* reúnen esta condición los *demás enumerados en el* motivo primero del recurso; y *aquellos no contradicen de una* manera tajante y fundamental los *hechos* que como probados da la sentencia, lo que sería necesario según una constante jurisprudencia, concretada, entre otras muchas, en las sentencias de 27 de febrero, 5 de abril de 1950 y 4 y 17 de abril de 1967, tendentes a evitar que, por el cauce del número 7.º del artículo 1.692, se convierta la casación en instancia con posibilidad ilimitada de revisar toda la prueba, cerrando dichas sentencias, de una manera expresa, el acceso a la casación a aquellos

documentos que, como ocurre en el presente caso, fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia; ni tampoco se ha incidido en error fundamental en la valoración de la prueba de confesión, a la luz de los artículos 1.232 y 1.233 del Código civil, como se pretende en el segundo motivo, pues las pequeñas diferencias a las que se alude en el recurso, como son cuantía del precio (aceptado) y existencia o no de parentesco (no aceptado) sólo muy indirectamente podrían repercutir, y siempre de forma accidental, en la cuestión debatida.

Considerando: Que el motivo tercero del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692, trata de desvirtuar las deducciones o valoraciones que hace la Sala de unos hechos, que al recurrir amparándose en el número 1.º del precitado artículo, hay que dar ya como definitivamente establecidos, o sea, se combate, no las declaraciones de hecho, sino el rigor lógico de las deducciones que hace la Sala de instancia, analizadas a la luz del artículo 1.253 del Código civil, en lo referente a la buena fe del tercer adquirente; y no es que desechemos la posibilidad de que así pueda acontecer, como se ha hecho en otras ocasiones (sentencias de 13 de febrero de 1958 y 31 de octubre y 22 de noviembre de 1963), sino que, con mayor rigor que la apreciación de la buena fe por la Sala de instancia, si llegamos a la conclusión de que el recurso había logrado destruirla, está la presunción legal del artículo 434 del Código civil y el deber que impone al que alega la mala fe de probarla cumplidamente; pero es que, además, en el caso que nos ocupa, para que pudiera prosperar este motivo, en el que se pretende la declaración de simulación del contrato de 25 de junio de 1959, sería preciso afirmar que no había habido transmisión, ni entrega de precio, ni propósito de poseer en ningún momento aquello que se decía que se transmitió, y esto no es posible hacerlo sin conculcar de forma esencial los supuestos fácticos de la sentencia recurrida.

Considerando: Que en cuanto al cuarto motivo del recurso, también amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se mezclan conceptos diferentes, ya que se denuncia: «la violación, por su no aplicación», de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, «la violación, por no haberse aplicado», de la doctrina del abuso del derecho contenido en las sentencias que se mencionan, la aplicación indebida del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y la «violación por la no aplicación» del artículo 1.261 del Código civil, tampoco puede ser estimado, pues no se trata en el presente caso de interpretar contratos, para lo que sirven como medios instrumentales los artículos primeramente citados; para que se dé la inexistencia de la causa, que es para lo que se invoca el artículo 1.261 del Código civil, hay que partir del hecho básico de que no medió precio, con manifiesto olvido de lo que, de manera expresa y con determinación de cuantía se afirma por la instancia, y es cuestión nueva lo del abuso del Derecho.

Nota.—Parece este pleito evidenciar una doble simulación (véase DE CASTRO, páginas 342 y sigs. de *El negocio jurídico*) para burlar la prohibición de las donaciones entre cónyuges y para defraudar los derechos legítimos del hijo natural de la primera vendedora aparente. La dificultad de la prueba de la simulación se nos presenta en el caso con toda su crudeza; los indicios o presunciones que se nos dan parecen llevar a la «certeza moral»—en frase de DE CASTRO—de una simulación: transmisión hecha a favor de un pariente, casi nulo movimiento de la cuenta corriente del vendedor en diversos bancos, probable enemistad con el actor como hijo natural de su mujer... Y, sin embargo, el Tribunal Supremo no lo estima así, después de haber aceptado la tesis de la Audiencia de que las dos primeras transmisiones sí lo fueron simuladas.

Entonces, declaradas nulas las transmisiones primeras, ¿qué es lo que debía volver al patrimonio de doña Leticia, la finca o el dinero que se dice se pagó como precio? Problema éste grave, en íntima relación con el significado real del negocio ocultado al vender el viudo al hijo de su primo hermano. Todo ello queda sin resolver en la sentencia anotada.

El problema básico era el de si el demandado señor García era o no un tercero de buena fe que mereciera ser protegido: el Tribunal Supremo, sin más apoyo que el artículo 434 del Código civil, lo creó de buena fe. No hubiera estado de más exigir, como sugiere De Castro en este punto, una buena fe objetivamente razonable, dadas las circunstancias, habida cuenta de la condición de amigo y pariente del adquirente y del estado de las cuentas corrientes del vendedor.

Finalmente, queda aquí aludido el punto relativo a la posible coexistencia de dos testamentos de doña Leticia: mas, para ello, véase Díez-Picazo, *La pluralidad de testamentos*, «R. D. Not.», enero-marzo 1960, págs. 7 y sigs.

DOBLE NACIONALIDAD ORIGINARIA. LA NACIONALIDAD COMO HECHO. LA CERTIFICACION DEL REGISTRO CONSULAR COMO PRUEBA. PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR Y PERDIDA DE NACIONALIDAD. EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCION PARA ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD. Bosch c. Campomar (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1968).

Antecedentes:

I El causante de ambas partes, esposo de la demandante y padre del demandado, había nacido en 1888 en Buenos Aires, hijo de padres españoles, siendo inscrito en el Registro Civil de dicha ciudad como argentino, y sin mencionarse siquiera en el Libro-Registro del Consulado español. A los catorce años vino a España y residió en Palma de Mallorca, ininterrumpidamente, hasta su fallecimiento. A los diecinueve años se inscribió como argentino en el Registro Civil del Vice-Consulado de dicha nación, en Palma de Mallorca. Al llegar a la mayoría de edad, se enrola en el ejército argentino para cumplir el servicio militar: de hecho, no prestó el servicio militar en la Argentina, ni tampoco en España. Ninguna declaración de voluntad fehaciente expresada, en orden a su nacionalidad, aparece ya hasta su muerte.

II. El referido causante contrajo primeras nupcias, de cuyo matrimonio tuvo dos hijos: una niña—fallecida, sin descendencia en 1927—y el hoy demandado.

III. Fallecida su primera esposa, contrae en 1935 matrimonio civil con la hoy demandante—a la sazón casada—, celebrándose entre ambos el matrimonio canónico en 1962. De esta unión no hubo hijos.

IV. Fallecido el causante en 1965 sin haber otorgado disposición de última voluntad, su hijo—aquí demandado—promueve expediente de declaración de herederos *ab intestato*, en el que se dictó auto, declarándole heredero, con reserva de la cuota legal usufructuaria, a favor de la segunda esposa. Promovido por el hijo el juicio universal de testamentaria de su padre, la viuda formula—con el carácter de cuestión incidental—demanda de juicio ordinario

declarativo contra el citado heredero, en la que solicitaba: que se declare: que el causante era de nacionalidad argentina, nulo y sin efecto el auto declaratorio del *ab-intestato*, el sobreseimiento del juicio universal de testamentaria, y, finalmente, que, acreditada la nacionalidad argentina del causante, debe ser aplicada la legislación argentina a la sucesión—dispone ésta que la viuda tendrá en la sucesión una parte igual a la de cada hijo—; y que se condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones, con imposición de costas.

Se propuso y practicó como prueba la documental por ambas partes. La parte actora presentó dos certificados expedidos por el suprimido Vice-Consulado de Argentina en Palma de Mallorca, de fechas 23 de octubre y 2 de noviembre de 1907: ambos acreditativos de la inscripción como argentino del causante en el Registro del citado Vice-Consulado; también presentaba la cartilla de enrolamiento expedida por dicho Vice-Consulado. La parte demandada presentó como documentos: un certificado del Registro del Consulado General de Argentina en Barcelona—a cuyo archivo pasó el del suprimido Vice-Consulado de Palma de Mallorca—, acreditativo de que el causante no figura en las listas de súbditos argentinos; otro certificado de la Dirección General de Seguridad, acreditando que el causante no figura en las listas de extranjeros de dicho organismo; y una certificación de nacimiento del causante inscrito en el Registro del Consulado español en Buenos Aires.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, dando lugar a la demanda incidental promovida en el juicio universal por la actora, y declaró: 1) que el causante era de nacionalidad argentina; 2) nulo y sin efecto el auto declaratorio del *ab intestato*; 3) que, siendo el causante de nacionalidad argentina, son sus herederos *ab intestato* su hijo y la segunda esposa, por mitad e iguales partes entre sí. No dio lugar al sobreseimiento del juicio universal, y ordenó que tan pronto fuera firme su resolución, se tuviera por Ley de la sucesión—a la que ha de acomodarse la distribución del caudal relicto—la anterior declaración tercera, con todas sus consecuencias legales.

La Audiencia, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado, confirmó la sentencia apelada. Entre las consideraciones en las que basaba su resolución, cabe resaltar: que el conflicto de doble nacionalidad originaria hispano-argentina debe regirse, como fuente legal primaria, en el caso de autos, por el Tratado suscrito entre España y Argentina en 1863, cuyo artículo 7.º resuelve cualquier problema de doble nacionalidad, en el sentido de que «la simple inscripción en la matrícula de nacionalidad de las Legaciones y Consulados de uno y otro Estado, es la determinante de la nacionalidad respectiva»; que, al inscribirse el causante como argentino en el Vice-Consulado de Palma de Mallorca, es imposible reconocerle la nacionalidad española pretendida por su hijo; que la aplicación del *ius sanguinis* no ofrecería duda, si no fuese por lo dispuesto en dicho Tratado sobre la inscripción, como reflejo del derecho de opción de los interesados a elegir entre el *ius soli* o el *ius sanguinis*; que el acto de opción, realizado por el causante a los diecisiete años, pese a su ineficacia por falta de capacidad plena del optante, fue sanado por la ratificación del interesado después de su mayoría de edad, ratificación derivada de dos hechos importantes: el uno positivo, de enrolarse en el ejército argentino, y el otro negativo, de no haber realizado el servicio militar en España; y que, ante esta pérdida de la nacionalidad española por el causante, nada significa que en las oficinas y censo municipales figurase como vecino de Palma de Mallorca desde 1935 y como

elector, porque sólo pudo adquirir la nacionalidad española con arreglo a los artículos 19, 21 y 25 del Código civil, en su anterior redacción.

Contra esta resolución de la Audiencia, el demandado interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, articulado en cinco motivos, que a continuación extracto por el extraordinario interés de la doctrina en ellos contenida:

a) En el motivo 1.º se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, al no apreciar la certificación negativa expedida por el Consulado General de Argentina en Barcelona, certificación contradictoria de la otra positiva de 1907 expedida por el Vice-Consulado de Palma; ambos documentos, de igual rango formal y de contradictorio contenido, deben neutralizarse en su eficacia, lo que conduce a presumirlos inexistentes y reputar improbadamente el hecho de la inscripción.

b) En el 2.º se acusaba la interpretación errónea del artículo 7 del Tratado de 1863, pues el citado Tratado, en su contexto, no establece un derecho de opción incondicionado en todo caso de conflicto, sino que: 1) proclama que la determinación de la nacionalidad se hará, en cada país, conforme a su legislación propia; 2) establece una norma de solución del conflicto, en cuanto al servicio militar, de sujeción a uno solo, el país del *ius sanguinis*; 3) concede un derecho de opción limitado, no general, a modo de derecho potestativo de recobro o recuperación de la nacionalidad originaria perdida por adopción posterior de otra; 4) establece la inscripción en la matrícula de las Legaciones y Consulados como prueba del acto de opción, y no como formalidad decisoria del conflicto. Termina afirmando que la opción es un acto o declaración de voluntad, lo que reiteradamente proclaman las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, y ello exige la residencia efectiva y el arraigo patrimonial y familiar.

c) En el motivo 3.º se denuncia la infracción del artículo 7.º del Tratado ya citado, ya que aparecen incumplidos los requisitos que el precepto exige para la pérdida de la nacionalidad española por quien la ostentaba—como el causante—a virtud del *ius sanguinis* desde su nacimiento. Ostentó desde su nacimiento las dos nacionalidades, sin que nunca perdiera, por adquisición derivativa de una de ellas, la otra. En él se produjo el clásico conflicto derivado de la doble nacionalidad originaria, para cuya solución la norma de colisión no es el derecho de opción; aunque lo fuese, es un hecho improbadamente, ya que la pretendida inscripción en el Vice-Consulado no puede estimarse como prueba de la opción, que requiere plena capacidad civil en el sujeto, ni tampoco sirve de prueba la no prestación del servicio militar en España. Tampoco cumplió el plazo de la opción que fija el precepto citado del Tratado—un año los presentes y dos los ausentes—, plazo más que caducado.

d) En el cuarto motivo se denuncia la infracción por inaplicación de ... y del artículo 17-2.º del Código civil: adquirida originariamente por el causante la nacionalidad española, no dejó nunca de ser español, ni necesitó ejercer opción alguna, ni obtener carta de naturaleza, ni recuperar una nacionalidad que siempre tuvo y jamás había perdido. Lo único cierto es que la nacionalidad española sólo puede perderse voluntariamente por renuncia, sujeta a rigurosas condiciones de fondo y forma, hoy agudizadas por el nuevo artículo 22 del Código civil. Y ninguno de los actos u omisiones del causante pudo bastar para extinguir una nacionalidad originariamente adquirida, y consolidada por el ejercicio efectivo y continuado de la misma durante su vida.

e) Y en el quinto motivo denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 3.565 y 3.570 del Código civil argentino, y la no aplicación de los 930 y siguientes del Código civil español, aplicables a un causante español.

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

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

Considerando: Que el único problema que realmente ha sido objeto de discusión a lo largo de la litis de que trae causa el presente recurso de casación, no es otro sino el relativo a saber si el causante de las dos partes que actualmente figuran interviniendo en este recurso tenía la condición de argentino en el momento de su fallecimiento, lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.º de nuestro Código civil obliga a discernir la consiguiente sucesión según las normas del Derecho civil de la República Argentina, o si, por el contrario, debía reputarse súbdito español, en cuyo caso las reglas aplicables no podrían ser otras sino las contenidas en los artículos 930 y siguientes de nuestro primer Código sustantivo, cuestión ésta puramente fáctica para cuya solución, y al modo como precisaron con sumo cuidado las dos sentencias de instancia, es necesario tener en cuenta la resultancia de los hechos que fueron declarados probados; de los que con toda evidencia aparece que el referido causante de las dos partes litigantes, hijo de padres españoles, nació en la ciudad de Buenos Aires el 1 de agosto de 1888, fecha en que aquélla ya ostentaba la capitalidad de la nueva República independiente, siendo inscrito en el Registro Civil de dicha ciudad, sin mención siquiera en el correspondiente libro-registro del ya existente Consulado español, viviendo allí hasta que vino a nuestra Patria a la edad de catorce años en 1902 e inscribiéndose con diecinueve años en el Registro del Viceconsulado a la sazón existente de Palma de Mallorca en 1907, en la que ininterrumpidamente vivió hasta el día de su fallecimiento, acaecido a la edad de setenta y siete años, sin haber rectificado aquellas primitivas inscripciones que motivaron como inevitable secuela su llamamiento a filas en el servicio militar de la República argentina y el desconocimiento de las autoridades españolas, donde no prestó el servicio de referencia, tan importante a estos efectos de discernir la pertinente nacionalidad que lleva consigo la fuerza vinculante de una u otra legislación nacional, en cuanto indica con todo lo demás de una voluntad decidida y constante, por encima del simple reconocimiento del principio de *ius sanguinis* admitido en el artículo 17 de nuestro Código civil.

Considerando: Que los datos de hecho de que se acaba de hacer mención y que fueron en los que se apoyó el Tribunal *a quo*, no han sido desvirtuados por el recurrente, que lo intentó en el primer motivo, que se formula correctamente desde el punto de vista procesal a través del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba; porque el único documento que aduce a los indispensables fines legales es el certificado del Consulado general de la República argentina de Barcelona, en el que se refundió el antiguo viceconsulado de Palma de Mallorca, que, por haber sido tenido presente y valorado por el juzgador de instancia, carece de requisito de autenticidad a estos efectos que la Ley exige inexorablemente; pero que, además, no dice lo contrario de lo sostenido por la sentencia recurrida, en cuanto que se limita a suministrar la prueba negativa de que aquel documento existente y válido no pudo ser localizado en el refundido y único archivo resultante, cosa totalmente distinta a la constatación en contra de la primitiva existencia, como pretende el recurrente, lo

que obliga a la desestimación del motivo que se examina y deja desprovistos de base de hecho a los restantes que se articulan.

Considerando: Que al quedar inconcusa la base fáctica relatada que el recurrente no logró desvirtuar, de acuerdo con la cual el tantas veces mencionado causante de las dos partes que ahora litigan tenía de hecho y de derecho la nacionalidad argentina, son totalmente inconsistentes los motivos señalados con los números 2, 3 y 4 del recurso donde, siempre por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se denuncia interpretación errónea, una vez, y otra, aplicación indebida, del artículo 7.º del Tratado de Reconocimiento, paz y amistad entre España y la Argentina, de 21 de septiembre de 1863—ratificado el 21 de junio del siguiente año de 1864—, así como violación del artículo 1.º de la Constitución monárquica española de 1876 y el número 2.º del 17 del vigente Código civil, porque en los tres casos se está haciendo supuesto de la cuestión relativa a la nacionalidad de hecho, que la indicada prueba decide, sin embargo, en favor de la Argentina en la forma antes relatada.

Considerando: Que, como consecuencia de todo lo anterior, y habida cuenta de la referida nacionalidad argentina que el causante no se ha demostrado dejase de haber tenido hasta el fin de su vida, es incuestionable, de acuerdo con la norma del artículo 9.º de nuestro Código civil también recordada con precedencia, que la Ley aplicable al presente supuesto no podía ser otra sino la argentina, que el Tribunal *a quo* tuvo en cuenta especialmente contenida en los artículos 3.565 y 3.570 del Código civil de dicha República hispánica, en contra de lo que sin fundamento alguno se dice en el motivo quinto y último del recurso—también formulado al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley procesal civil—, que consiguientemente debe ser desestimado, y con él el recurso en su totalidad, con los obligados pronunciamientos del artículo 1.748 del mismo texto legal.

Nota.—I. El problema de la doble nacionalidad originaria: Un tema clásico del Derecho internacional privado es el relativo a la situación de hecho que se produce cuando se enfrentan los sistemas del *ius sanguinis* y del *ius soli*, muy frecuente en aquellos países—como el nuestro—de fuerte emigración. El conflicto entre la legislación española y una sud-americana (que impone el *ius soli* a los nacidos en su territorio) es inevitable, ante la norma del artículo 17-1.º del Código civil. En previsión de ello, España ha suscrito diversos tratados internacionales con varias Repúblicas americanas, que resuelven, en principio, el conflicto. Existiendo tratado, hay que estar a lo en él establecido, según unánime doctrina de los autores.

Del Tratado de 1863 con Argentina sabemos lo que de los antecedentes del pleito se desprende: la necesidad de la inscripción en los Registros respectivos, como determinante de la nacionalidad. Pero ante divergentes interpretaciones de dicho requisito, parece oportuno referirnos aquí a los principios generales del *Derecho de colisión* o internacional privado.

Delimitada la situación de hecho, y calificada la relación jurídica en la que está inserta, el punto de conexión a aplicar nos da la norma de colisión: en tema de *nacionalidad*, los puntos de conexión son la *lex patriae* y, en su defecto, la *lex domicilii*. Determinada la norma de colisión, y designada la legislación aplicable, si ésta fuere la *lex fori* quedaría resuelto el problema; en otro caso, será aplicable la *lex domicilii* aunque para ello habrá que resolver quizá problemas complejos.

En nuestra doctrina fueron los comentadores de ENNECERUS (véase «Parte general», vol. I, págs. 274 y 396, ed. de 1934), quienes con su (habitual claridad sentaron la distinción entre los casos de doble) nacionalidad *impuesta y no deseada*, conservando la de origen por llenar los requisitos exigidos para ello—en los que se aplica la *lex patriae* originaria—, y aquellos otros casos de doble nacionalidad *por otros motivos*—en que se aplica la nacionalidad robustecida por el domicilio—. En el mismo sentido, con gran precisión técnica, el *Proyecto* de Ley de Reforma del título preliminar de nuestro Código civil, en su artículo 9.º, párrafo 7.º, dispone que «las personas sin nacionalidad, con nacionalidad indeterminada o desconocida se registrarán por la Ley del lugar de su residencia».

Las anteriores precisiones doctrinales son inevitables ante la ausencia de una norma de colisión clara, reguladora de los conflictos de doble nacionalidad, en nuestro Código civil, que indica el estatuto personal en su artículo 9.º como norma «genérica». Sin embargo, el Código civil argentino (art. 7.º) establece la *lex domicilii* para los casos de capacidad.

La doctrina suele inducir de los varios Tratados con Repúblicas Hispano-americanas que, si una de las nacionalidades en conflicto es la española, será aplicable la Ley española. Ante la doctrina común en este tema, no deja de ser sorprendente que el Tratado de 1863 atienda a la inscripción como determinante de la nacionalidad. Sin embargo, los más modernos Tratados—de 1961, con Nicaragua y con Guatemala—establecen que la nacionalidad se adquiere *por el solo hecho* de fijar el domicilio en uno de los dos países, con la posterior obligación de inscribir el cambio en los Registros competentes.

II. *La nacionalidad como «quaestio facti» en el caso litigioso*: El verdadero problema radica en el supuesto de hecho—como era en el caso que comento—en que una persona cuya nacionalidad según el *ius sanguinis* es absorbida por la del *ius soli*, que cambia su domicilio al país de origen y allí reside hasta su muerte, todo ello *sin* una manifestación de voluntad auténticamente expresada. Ante tal supuesto, cabe cuestionar: ¿persisten válidas las reglas generales expuestas sobre la norma de colisión en la materia?, ¿qué criterio será el informante de la adquisición de una de las dos nacionalidades, y consiguiente pérdida de la otra?, ¿qué medios de prueba serán los procedentes ante la falta de inscripción en el Registro Civil?

Parece obvio suponer que los principios generales informantes en la materia no deben quedar desvirtuados por las circunstancias del caso. También parece lógico suponer que las normas del Código civil en orden a adquisición y pérdida de nacionalidad—especialmente artículos 17-1.º, 18-1, 2.º, y 18-2, 22, 24 y 26—permanecen inalteradas. Lo mismo cabría decir de los medios de prueba supletorios de la inscripción en el Registro Civil, que serán los ordinarios, pero cumpliendo lo dispuesto en la legislación del Registro Civil.

Como en el caso de autos coincide la Ley del domicilio y la Ley del foro con la Ley española, parto de la base de lo en ésta dispuesto en la materia (Código civil y Ley y Reglamento del Registro Civil). Con un criterio puramente personal cabría atender a varios criterios, en lo relativo al caso de autos, para la *adquisición* de la nacionalidad española o, más bien, *conservación* de la misma: 1) el *subjetivo*, basado en una declaración de voluntad u opción; 2) el *objetivo*, basado en la residencia habitual y efectiva, que implica un *animus morandi* expresivo de un comportamiento concluyente en orden al arraigo familiar; y 3) el *formal*, basado en la inscripción en el Regis-

tro correspondiente, o sea, el Registro civil. De estos tres criterios parece preferible el primero, cuyos requisitos y formalidades rigurosas establecen los Códigos civiles de cada país, y que lleva implícito el tercero, ya que tal declaración de voluntad se inscribe en el Registro Civil.

Parece, por consiguiente, deducirse de lo expuesto que es inexcusable la declaración de voluntad expresa ante el encargado del Registro Civil, tanto para el ejercicio de la opción, como para los casos de recuperación o conservación de la nacionalidad española, o de renuncia a la misma. Lo confirman los artículos citados del Código y las reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cualquier caso, el plazo de un año para efectuar la declaración es de caducidad, inevitable y automático.

Como presupuesto del ejercicio de la opción (renuncia, etc.) se requiere la mayoría de edad o emancipación. Dicen FÉREZ Y ALGUER (op. et loc. cit.) que, como requisito previo a la opción, los efectos de ésta no pueden anticiparse y alcanzar a una situación previa. Estas consideraciones son perfectamente aplicables al caso de autos.

Las mismas razones valen, *mutatis mutandis*, para los casos de pérdida de la nacionalidad española por renuncia. Los requisitos del Código civil, desarrollados por la Ley (art. 67) y Reglamento (art. 232) del Registro Civil, determinan la necesidad de la inscripción en el Registro Civil y en virtud de documento auténtico que la acredite plenamente. Se requiere una declaración de voluntad expresa: ¿Cabe entender como tal el enrolamiento o alistamiento? No parece que si el interesado se limita a sufrir la conscripción ello determine la automática pérdida de la nacionalidad española: véase la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de febrero de 1968, en el sentido expuesto. Incluso la prestación del servicio de las armas, por sí sola, no es determinante de la pérdida de la nacionalidad: véase Resolución citada.

III. *El proceso sucesorio y la cuestión incidental o previa*: En un proceso sucesorio el problema principal es el sucesorio y el *previo* es aquel cuya solución condiciona la del principal. Por ello tal situación debe ser establecida jurídicamente de acuerdo con su Ley determinante, ya que de tal situación derivan derechos subjetivos: véase en tal sentido la novísima obra de SIMO SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado*, págs. 116 y sigs. En el caso de autos, la *cuestión incidental o previa* de la doble nacionalidad originaria podía ser calificada independientemente de la principal—aplicándole su propia norma de colisión—, o podía englobarse en la cuestión principal sucesoria—y aplicar a ambas la norma material designada por la norma de colisión sucesoria—.

La norma de colisión de la *cuestión incidental* era la Ley del domicilio, según hemos apuntado en el apartado I de estas notas. La norma de colisión sucesoria está conectada al *estatuto personal*, determinado por la *nacionalidad* del causante o por su *último domicilio*, según las distintas legislaciones: la española se rige por la Ley nacional (art. 10-2.º del Código civil) y la argentina por la Ley del domicilio (art. 3.283 de su Código civil: «el Derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros»). Se nos aparece aquí con nitidez el llamado «reenvío de primer grado o reenvío de retorno», uno de los puntos más notables de «contestación» en el Derecho internacional privado: SIMO (op. cit., págs. 97 y sigs., en especial la 102) se declara partidario del mismo por razones de tipo práctico, por la conveniencia de

aplicar siempre que sea posible el Derecho material del foro. Consecuentemente, la Ley aplicable a la sucesión *debía ser* la Ley del domicilio del causante o *lex fori*.

Podemos, por tanto, concluir que la Ley del domicilio o *lex fori* era aplicable tanto a la cuestión incidental como a la principal, bien se englobaran ambas o se calificaran cada una por separado.

IV. *Consecuencias de la aplicación o no de la norma de colisión sucesoria:* Habría aquí que establecer una distinción:

A) Si se parte de la norma de colisión española y *no se acepta* el llamado «reenvío»: *previa* la determinación de la Ley nacional del difunto, resolviendo la *cuestión incidental*, cabrá asignar a aquél o la nacionalidad española—norma de colisión del domicilio, usual—o la argentina—conforme al principio de la inscripción—. Los efectos de asignarlo la nacionalidad argentina, entre otros, son: 1) que la Ley nacional sucesoria *regirá* todo lo relativo a la apertura de la sucesión, orden de suceder y concurrencia de herederos, grados de parentesco, forma de distribución de los bienes, adquisición y aceptación de la herencia, legitimación activa y pasiva, práctica de la partición, determinación y composición de la masa hereditaria, formación de los lotes, colación, reducción de liberalidades, deudas y efectos respecto de los herederos; 2) que, calificado de argentino el causante residente en Baleares, todas sus adquisiciones *posteriores* al año 1935 efectuadas *sin* la autorización militar preceptiva (por Ley de 23 de octubre de 1935) serán nulas de pleno derecho; 3) que tal nulidad implicará la de los asientos registrales, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, *sin perjuicio* de la eficacia de la inscripción del acto o contrato nulo y de los efectos de éste frente a los asientos posteriores.

Se regirán por la *legislación española*, pese a la nacionalidad argentina del causante: 1) la capacidad de los herederos para aceptar (Ley personal); 2) las formalidades de la aceptación y de la partición (Ley *locus regit actum*); 3) la protección de los terceros, el régimen inmobiliario y la publicidad de los bienes (*lex rei sitae*).

B) Si se acepta el «reenvío»: si se le asigna la nacionalidad argentina, estaremos en el caso anterior, con los efectos señalados; si se parte de la nacionalidad española, Ley fijada por la conexión que el domicilio determina, las *consecuencias* serán bien distintas: 1) la norma de conexión, Ley del domicilio del causante, o mejor, la *lex fori*, regirá todas las incidencias del proceso de liquidación de la herencia; 2) no hay cuestiones acerca de la nulidad de las adquisiciones onerosas posteriores a 1935, ni en orden al Registro; 3) cabe cuestionar la posible aplicación al supuesto de la *reserva binupcial* y de la *reserva del 811* (si la hija premuerta del primer matrimonio hubiere heredado a su madre); 4) la adquisición de la nacionalidad española, o su *conservación*, o *recuperación*, determinarían la de la vecindad civil foral balear (así, en Proyecto de Ley de Reforma del título preliminar del Código civil, art. 15-1.º); 5) los efectos personales y patrimoniales del matrimonio civil, contraído en 1935, podrían ser muy complejos y habría que estar a la legislación española comprendida entre 1935 y 1962 (año del matrimonio canónico); 6) cabe ejercitar la acción declarativa «de estado», tendente a obtener la declaración de nacionalidad española del causante, *sin perjuicio* de las actuaciones en expediente gubernativo ante el encargado del Registro Civil.

V. *Recapitulación:* De todo lo expuesto se deduce: 1) que en tema de doble nacionalidad originaria, la norma de colisión la da la Ley del domicilio,

en este caso la española; 2) que la nacionalidad, como *quaestio facti*, debe regirse por el criterio subjetivo, plasmado en una declaración de voluntad expresa e inscrita en el Registro Civil; 3) que las consecuencias de atribuir al causante la nacionalidad argentina, y aplicarle la norma de colisión sucesoria española, son muy graves; y 4) que aplicar la norma de colisión argentina supone dar entrada al «reenvío» de primer grado, y aplicar la legislación española como *lex fori*.

VI. *La doctrina del Tribunal Supremo*: De la lectura de los Considerandos de la sentencia se desprende que la *ratio decidendi* del litigio radica en la cuestión de hecho de la nacionalidad. Se parte, para ello, de los *hechos* de: la inscripción del nacimiento del causante en Buenos Aires como argentino, la del Vice-Consulado de Palma, y el enclavamiento. Podemos concluir que en el caso ha seguido el Tribunal Supremo el criterio formal. Lo importante es preguntarnos si esta decisión formará «jurisprudencia», en el sentido de «precedente» vinculante para decisiones posteriores de la misma Sala.

Nuestra pregunta no es ociosa, ya que me temo fundadamente una posible repetición de casos similares en nuestra patria: hijos de emigrados que regresan a España, que aquí viven y se casan, y no manifiestan su voluntad de ser o no españoles ante el Registro Civil. Situación nada infrecuente en Baleares, por la aplicación del sistema de legítimas foral y la consiguiente emigración de los que no percibieron en tierras su legítima; emigración dirigida a Hispanoamérica, al regreso de ellos y de sus hijos y su posterior asentamiento, ¿habrá que exigirles, a la más leve sospecha de su condición, que acrediten al Notario su nacionalidad cuando ante él comparecen?

Las consecuencias de la posición que adopta el Tribunal Supremo, que quedaron expuestas en el apartado IV-A), no dejan de ser trascendentes. Quizá la última *ratio* de la decisión haya sido, como en tantas ocasiones se suele indicar, la idea de *equidad*: la consideración de que la viuda tiene mayores derechos sucesorios *ab intestato* en el Derecho argentino que en el español.

J. C. G.

II. DERECHOS REALES

REIVINDICACION DE FINCAS: La «*probatio diabolica*» en la acción reivindicatoria y el litisconsorcio pasivo necesario.—**LEGITIMACION «AD CAUSAM»:** La pretensión de ser propietario de una finca legítima para iniciar el proceso de reivindicación.—**POSESION DERIVADA DE ADQUISICION EN DOCUMENTO PRIVADO:** Los actos de dominio y aprovechamiento presuponen la posesión real y la tradición del inmueble; la inscripción causada en virtud de un deslinde notarial y subsiguiente escritura de transacción carece de validez. Rodríguez Ravena c. Quintana, Mendaña, Martínez y Hernández (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—Resultaron probados los siguientes hechos: 1) En 1940, la demandante, en virtud de escritura de protocolización de partición de bienes, heredó de su marido una finca, que fue inscrita en el Registro al número 410,

de una superficie de 25.680 m²; la inscripción era la 5.ª, y, como las precedentes, describía así la finca: «Lindante Este, tierra de la Memoria, fundada por el señor S., y Norte, Sur y Oeste, la cierran dos arroyos, uno de ellos llamado 'Chopos de Barrero'. 2) En 1945, la demandante trató de conseguir la inscripción de un exceso de cabida de la finca número 411, lindante por Norte, con la número 410, pues la finca se hallaba 'agotada' registralmente desde 1935: acudió al expediente de dominio, tramitado sin oposición, y transformó la citada finca número 411 en otra mayor. 3) En 1955, promovida cuestión extrajudicial entre la actora y la Compañía 'El Coto, S. A.', acerca de los linderos exactos entre la finca número 410 y las propiedades de la Compañía, se practicó deslinde amistoso, con levantamiento de plano, protocolizándose notarialmente el deslinde y otorgando escritura transaccional subsiguiente; se incluyeron 11.890 m², al parecer, de hecho, pues la cabida de la finca seguía siendo la de las inscripciones anteriores, y se rectificaron los linderos de la finca, causando la inscripción 6.ª, que sigue: 'Linda: Norte, sin límites exactos, puesto que termina en punta; Este, más bien Nordeste, finca propia de 'Saconia, S. A.'; Sur, arroyada, que vierte en el Arroyo de los Chopos, que sirve de divisoria, con finca propia de la Compañía 'El Coto, S. A.', y Oeste, con el 'Arroyo de los Chopos'. 4) En 1962, la actora interpuso interdicto de recobrar la posesión contra el último y actual arrendatario de los servicios de explanación del solar descrito, pretensión que fue rechazada en primera instancia. 5) La finca de autos, la número 410, había arrastrado una vida registral ciertamente lánguida, sin segregaciones ni enajenación alguna, y con una realidad física de dudosa determinación, lo que parecía implicar un caso evidente de discordancia entre Registro y realidad. 6) Los demandados lo fueron por su relación y titularidades sobre la siguiente finca, número 11.948: 'Solar de figura triangular, de superficie de 14.567 m², a la izquierda de la autopista de Barajas; linda: Norte, con el 'Arroyo de los Chopos'; Noroeste y Este, 'Saconia, S. A.'; Sur y Oeste, antiguo Camino de Canillas, hoy Colector de Ramírez de Arellano». El demandado, señor H., había adquirido dicha finca por documento privado de la señora B., al parecer en 1927, pero se presentó otro posterior, fechado en 26 de febrero de 1963 (*posterior* a la demanda); el señor H. vendió verbalmente la finca al también demandado, señor M. en 1949, sin acreditarlo; y el señor M. vendió ante Notario en 1960 la finca a los también demandados, señores M. y Q., causando la inscripción 1.ª, de cuya finca tomaron posesión real y procedieron a acondicionarlo y efectuar labores de explanación, siendo, a mediados de 1962, cuando la actora planteó el interdicto de recobrar la posesión, desestimado.

El *petitum* de la demanda contenía los siguientes extremos: 1) Que se declare que la finca número 410 era propiedad plena de la actora. 2) Que se declare que la finca número 11.948, inscrita como de propiedad de los demandados, señores M. y Q., era parte integrante de la de la actora antes dicha. 3) Que se declare que el señor H. no había sido nunca propietario de la finca reseñada de los demandados, ni la había poseído jamás, sin que su supuesta propiedad se basase en título alguno, oneroso ni lucrativo, ni en una adquisición por prescripción. 4) Que se condene al señor H. a estar y pasar por las anteriores declaraciones. 5) Que se declare nula, por no pertenecer al transmitente, por ningún título legítimo, ni haberla adquirido con posterioridad, la venta de la finca citada ante Notario en 1960. 6) Que, en consecuencia, se declare nula dicha escritura, por ser totalmente simulada y, por tanto inexistente. 7) Que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la inscripción practicada en el Registro. Solicitaba también la anotación preventiva de la demanda.

Los demandados negaban que, entre las fincas número 410 y número 11.948, existiera la menor identidad, afirmaban la propiedad y posesión pacífica e ininterrumpida sobre su finca desde el año 1927 cuando menos, que el deslinde bilateral, efectuado en 1955, no podía afectar a terceros, y previa súplica de que se les absolviese de la demanda, terminaron formulando *Reconvención*, por la que solicitaron las declaraciones siguientes: 1) que los demandados eran plenos y legítimos propietarios de la finca número 11.948, por haberla adquirido del señor M., y éste del señor H., y éste de la señora B., y por conservar permanentemente la posesión de dicha finca, conforme a derecho; 2) que la finca número 410 era completamente diferente, por su situación y linderos, de la finca de los demandados; 3) que ni la actora ni ninguno de sus causantes había sido nunca propietario, ni tenía ninguna relación con la finca de los demandados; 4) que la inscripción 6.ª de la finca número 410, causada por el deslinde, era nula, en cuanto a terceros, y en especial, respecto a los demandados y reconvinentes; 5) que, en consecuencia, se ordene la cancelación de la inscripción 6.ª de la finca número 410. Solicitaron también la anotación preventiva de la demanda.

Al evacuar el traslado de *réplica*, la representación de la actora suplicó que se declarase no haber lugar a la *Reconvención*, por no haber sido parte en el pleito la Compañía «El Coto, S. A.», que había sido parte en la escritura de transacción y deslinde, y, si no se estimare dicha excepción, por carecer de acción los demandados para formular las peticiones reconvencionales; y, en consecuencia, se hicieran las declaraciones y condenas pedidas en el escrito inicial del pleito.

El Juzgado, con suspensión del término para dictar sentencia, acordó para mejor proveer: 1) que se practicara prueba pericial, para que se determinara la superficie real planimetrada de ciertos planos aportados por las partes; 2) que se practicara reconocimiento judicial de los terrenos objeto del pleito. Una vez realizado, dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, absolvió de la misma a los demandados; y, estimando en parte la reconvención, declaró únicamente «que la inscripción 6.ª de la finca número 410 era nula, por lo que procedía su cancelación», y absolvió a la actora del resto de la reconvención.

Apelada la sentencia por la actora, la Audiencia dictó sentencia por la que, confirmando en parte la apelada y revocándola en parte, declaró: 1) que absolvía a los demandados de la demanda, con el solo alcance de que la falta de legitimación pasiva de los demandados—por ser diferentes las fincas números 410 y 11.948—, y de que la falta de litisconsorcio pasivo necesario—por no haber sido litigante ni llamada a litigar la señora B. (vendedora al señor H.)—impedían decidir sobre las cuestiones de fondo; 2) que absolvía a la actora de la demanda reconvencional, y, en una parte, con el solo alcance de que ello obedece a la falta de legitimación activa de los reconvinentes; 3) que declaraba que las absoluciones acordadas no constituían obstáculo alguno para que las citadas pretensiones se plantearan y decidieran en otro litigio, si se estimará pertinente.

Se interpusieron sendos recursos de casación por la actora y por los demandados reconvinentes. El de la actora, articulado en ocho motivos, se basaba: en error de derecho en la apreciación de la prueba, al conceder al documento privado de 1963 un valor absoluto en cuanto a su fecha y su contenido; en infracción de los artículos 1.262, 1.445, 1.462 y 1.261 del Código civil, por entender que el citado documento contiene una compraventa consumada, pues de su con-

texto se desprende que no hubo consentimiento del comprador ni consumación del contrato, sino una sola manifestación de la oferente en vender; en infringir la doctrina legal, sobre litisconsorcio pasivo necesario; en incidir en incongruencia, al acoger una excepción no alegada por las partes y resolver *ex officio* una cuestión no discutida en primera instancia; en infracción del artículo 38-1.º de la Ley Hipotecaria, por ser preferente la presunción de posesión a favor de la recurrente sobre la del artículo 1462 del Código civil; en infringir el artículo 1261 del Código civil, al no declarar que la escritura de 1960 es absolutamente nula e inexistente, por ser totalmente simulada; y en infringir el principio hipotecario *prior tempore potior iure* y los artículos 17, 24, 25, 38, 39, 40 y 78-3.º de la Ley Hipotecaria y 313 del Reglamento Hipotecario, y 1473 del Código civil, por ser preferente la inscripción que refleja la titularidad de la recurrente y gozar ésta de la condición de tercero protegido.

Los demandados reconvinentes basaron su recurso, articulado en cuatro motivos, en las siguientes infracciones: del artículo 348 del Código civil y 533-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar la Sala, que los recurrentes no estaban legitimados activamente para formular la petición reconvenzional 4ª (anulación de la inscripción 6ª de la finca número 410), alegando el concepto de legitimación en general y su distinción entre legitimación como presupuesto procesal y legitimación *ad causam*, que en la acción reivindicatoria no se exige que el actor sea dueño, sino que «se presente» como dueño, que se presentan como dueños de la finca número 11948, y demuestran que ésta y la 410 son enteramente diferentes, por lo que están legitimados *ad causam* para solicitar la anulación y cancelación de la inscripción 6ª de la finca número 410; de los artículos 40-1.º y 82 de la Ley Hipotecaria, por estimarse legitimados para pedir la anulación de una inscripción (y su cancelación) que perjudica a sus intereses; del artículo 313 del Reglamento Hipotecario, aplicable al caso, que, asimismo, les legitima para accionar; y de los artículos 384 del Código civil, 12 del Reglamento Hipotecario y 2.064 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haber sido citados los recurrentes al deslinde practicado en 1955 y porque «las simples actas notariales de deslinde no son inscribibles»...

El Tribunal Supremo acogió ambos recursos de casación, y establece la siguiente doctrina:

Vistos: siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu.

Considerando: Que, entrando primero en el estudio del recurso formulado por la demandante doña C. R. R., se combate la sentencia impugnada, en cuanto desestima la demanda, fundándose para ello en no estar bien constituida la relación jurídico procesal, porque no aparece demandada la señora B., que se dice transmitió la finca que los demandados reivindican al señor H., en 15 de enero de 1927; y como quiera que consta en los autos la alegación de que el señor H. transmitió dicho fundo al señor M. y éste en escritura de 9 de julio de 1960 a los demandados, señores M. y señorita Q., que es el documento que se impugna en la demanda; es evidente que la señora B., que se desligó de la finca en el año 1927, habiendo sufrido el inmueble tres transmisiones con posterioridad, no tenía por qué ser demandada y debe estimarse bien admitido el *litis consorcio* pasivo necesario, ya que admitir lo contrario equivaldría a exigir en toda acción reivindicatoria la prueba diabólica de acreditar todas las transmisiones de los inmuebles desde tiempo inmemorial, en contra de lo previsto en el artículo 348 del Código civil, que, en su párrafo 2.º, concede acción

contra el tenedor y el poseedor de la cosa, sin perjuicio de la citación de evicción que corresponde a los últimos para justificar su legítima adquisición, y el de la precedente.

Considerando: Que, sentada la anterior doctrina, debe prosperar el recurso formulado por la señora R. R., casando y anulando la sentencia recurrida, en cuanto absuelve de la demanda por la causa expuesta, y su aceptación parcial de los cuatro primeros motivos del recurso y sin necesidad de entrar en el estudio de los restantes, que, además, afectan al fondo de la acción que no enjuicia la resolución impugnada al aceptar *ex officio* la excepción antes estudiada y que ninguna de las partes propuso.

Considerando: Que el segundo de los recursos formulado por los demandados, actores de la reconvención, combate la sentencia, en cuanto absuelve de ella, basado en que dichos reconvinientes carecen de legitimación *ad causam* para accionar, por su declaración de que la finca de la actora es otra y distinta de la que es objeto de reconvención; y habida cuenta que ambas partes pretenden ser propietarios de una misma porción de terrenos con realidad física, esté o no enclavado en la propiedad de la demandante, y que presenta cada una de las partes su respectivo título de dominio inscrito en el Registro de la Propiedad, es evidente que, conforme a los preceptos que se citan en los cuatro motivos del recurso, los demandados están legitimados de causa para iniciar este proceso, cualquiera que sea su resultado, en el que precisamente habrá de ventilarse la valoración de sus títulos respectivos, en relación a la identificación sobre el terreno y demás problemas derivados, y procede dar lugar al presente recurso, casando y anulando la sentencia recurrida.

Establece el Tribunal Supremo en su segunda sentencia:

Considerando: Que por los propios fundamentos de la sentencia apelada que han sido aceptados y se dan por reproducidos al presente, en los que se hace un detenido estudio de los problemas planteados, del resultado de las pruebas practicadas y de los preceptos jurídicos aplicables, procede la íntegra confirmación del fallo recurrido, sin necesidad de nuevos razonamientos que entrañarían una repetición innecesaria de aquéllos; sin que las alegaciones contenidas en los últimos motivos del recurso de casación, formulado por la demandante y que afectan al fondo del asunto, hayan logrado desvirtuar los razonamientos del Juez *a quo*, ya que, como se fundamenta en la sentencia, los demandados probaron estar en la posesión del bien que reivindican, aprovechando y arrendando los pastos y realizando actos de dominio, que suponen, no sólo su adquisición por la escritura de 1960, sino la tradición del inmueble, y entrando en su posesión real y efectiva; no habiéndose acreditado tampoco que tal escritura fuera simulada, ni con simulación absoluta ni relativa; ni, por último, que se trate de una doble inmatriculación del fundo en cuestión, ya que, si bien de hecho existe, carece de validez la inscripción 6.ª de la finca de la demandante, en cuanto fue lograda en virtud de un deslinde notarial y subsiguiente escritura de transacción, sin las solemnidades y garantías precisas en aquél para su acceso al Registro.

Nota: En este interesante litigio aparece conveniente resaltar los puntos debatidos más importantes: 1) el de identidad o no de las fincas número 410 y número 11.948; 2) el de la validez y eficacia del deslinde notarial y su inscribibilidad; 3) el del conflicto entre las presunciones de posesión—artículo 38 de la Ley Hipotecaria—y de tradición ficta—artículo 1.462 del Código civil—, y 4) el de la posible simulación de los contratos de compraventa anteriores al de 1960.

1) El punto de la no identidad de ambas fincas fue exhaustivamente demostrado por los demandados y reconvinientes. Requisito éste fundamental, al efecto de poder ejercitar con éxito la reivindicatoria, no parece que la actora lo hizo con suficiencia. De haberlo hecho, ¿qué cauce se habría dado a su pretensión? Porque la finca físicamente había «desaparecido», al proceder ya en 1945 a una ampliación de la cabida de otra colindante, la número 411.

2) El punto relativo al deslinde notarial, que trataba de concordar el Registro y la realidad, es asimismo grave. Notarialmente hablando, se tratará de un acta de presencia, en la que pueden o no incluirse unas actas de referencia, con los problemas aludidos en mi comentario a la sentencia de 28 de diciembre de 1967 (Armas c. Cusine), en esta misma Sección. Registralmente, las referencias a este tipo de actas son nulas, y escasas o inexistentes en la doctrina (ROCA, *Derecho Hipotecario*, 1954, II, pag. 140); otra cosa sería si el deslinde se hace mediante escritura—en el caso lo era de transacción subsiguiente al deslinde—y con intervención y consentimiento de los titulares de los predios colindantes, escritura perfectamente inscribible como abona con poderosas razones SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, página 267). Lo que no se nos dice en la sentencia es cómo se realizó exactamente el deslinde, ni el contenido de la escritura. De cualquier modo, me parecen excesivamente generales las afirmaciones últimas de la sentencia segunda.

3) El aparente conflicto entre las presunciones de posesión y de tradición, soslayado por la sentencia, es tan interesante como trillado por abundantes comentaristas de la rama hipotecaria en sus tratados y en las páginas de esta misma REVISTA, lo que nos excusa de incidir en él.

4) La prueba de la posible simulación de las ventas previas a la efectuada en escritura en 1960, parece que no se consiguió plenamente, lo que explica el fracaso de su alegación.

Se trata, en suma, de una sentencia de sumo interés que resuelve en equidad las contrapuestas pretensiones de ambas partes. Para el Notariado representa una advertencia, ya que, al ser requerido el Notario para practicar un deslinde y levantar de ello acta, parece que deberá hacer ver al requirente que el medio adecuado sea una escritura y no un acta.

J. C. G

ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. No es aplicable en el caso de venta de un solar que estaba afectado de un derecho de retorno, no inscrito, procedente de arrendamiento sobre edificación desaparecida. Presunción de que el adquirente conocía la inexactitud registral (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1968).

Se vendió un solar como libre de cargas y arrendatarios. Estaba afectado de un derecho de retorno, no inscrito en el Registro, cuando se efectuó la venta. El comprador, demandante, invocó el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para amparar su criterio de no ser perjudicado o afectado por ese derecho de retorno. El, el comprador, sostenía que sólo debía pechar con las cargas que publicara el Registro, y el Registro nada decía de cargas, de afecciones ni de retornos.

No triunfó la demanda en ninguna de las instancias. Sí prosperó la reconvencción referente a la existencia y validez, con todas sus consecuencias del derecho de retornar el arrendatario al nuevo edificio, construido en la forma y condiciones prevenidas en la L. A. U.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo dicen :

Considerando: Que el presente recurso pretende traer a la decisión de la Sala, el sugestivo tema relativo a la subsistencia o ineficacia, frente a quien adquiere un solar, del derecho de retorno que había sido declarado por sentencia firme, en favor del arrendatario de una finca en la que éste ejercía la industria de garaje, y reparación de automóviles, y cuya finca había sido incluida, a petición del propietario-arrendador, en el Registro Público de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, habiéndosele después reservado al arrendatario, en el expediente administrativo, el derecho de retorno a la nueva edificación, que se levantase en sustitución de la que se había de derribar, conforme a lo que disponía el Decreto de 5 de septiembre de 1952, entonces vigente.

Considerando: Que el recurrente basa todo su recurso en la protección registral que al tercero hipotecario otorga nuestro Ordenamiento jurídico en circunstancias normales; pero olvida, en primer lugar, que la Ley posterior perfecta deroga a la anterior, y que la norma de carácter especial deja sin efecto, en esa materia, a la de carácter general, y olvida, además—y esto es también muy importante—, que, al no atacar por vía adecuada y en forma eficaz los supuestos de hecho en que se apoya la sentencia recurrida y las calificaciones de derecho que a ellos le otorga, quedan aquéllos incontrovertidos, y no puede sustituirlos, caprichosamente, por los que convenga a su tesis impugnativa.

Considerando: Que la sentencia recurrida, en el tercero de los fundamentos del Juzgado—aceptado como los demás, por la Sala de apelación—, proclama que «el comprador, don H. M., no puede alegar su condición de tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, basando su pretensión en que adquirió de buena fe, y por título oneroso, la finca de quien, según el Registro, era dueño de ella, sin que constara ninguna anotación preventiva de demanda ni nota marginal indicadora del derecho de retorno», y se apoya para ello, dicha sentencia, en las afirmaciones fácticas, no controvertidas, de que, «aunque adquiriera un solar, *hay que estimar que conoció la inexactitud registral de lo manifestado por el vendedor*», porque «es céntrico el lugar donde está ubicada la finca» y «notorio el hecho de que don F. A. C. era arrendatario desde el año 1935, de un garaje, establecido en la edificación derribada», y, además, porque «pudo muy bien cerciorarse de estas circunstancias, sin más que acudir al Registro Público de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, donde fue inscrita, por acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de 20 de enero de 1954, confirmada, de manera definitiva, por el Ministerio de la Gobernación, el 15 de febrero de 1955, y donde consta que el señor Anglada y el señor D. de R.—que fue el vendedor—, fueron requeridos por la Alcaldía, a los efectos de ejercitar la opción, por el retorno o por la indemnización».

Considerando: Que, por tanto, sea cual sea el acierto con que el juzgador haya deducido, del hecho probado de estar ubicada la finca en un lugar céntrico, la presunción de que, por ello, conocía el comprador la inexactitud de lo

manifestado por el vendedor, respecto a la inexistencia de cargas y gravámenes sobre dicho solar, como quiera que tal presunción no fue combatida, queda incólume, y, además, siempre subsistiría la afirmación de que, en el Registro Público de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, constaba la existencia de ese derecho de retorno sobre la edificación que se levantase en el solar que se obtuviese con el solicitado derribo.

Considerando: Que, por los anteriores razonamientos, parece el motivo 1.º del recurso, en el que se denuncia la interpretación errónea del artículo 15 del Registro Hipotecario, y para cuyo éxito sería preciso que el comprador demandante pudiera ostentar el carácter de tercero hipotecario, que le mega la sentencia recurrida, apoyándose, precisamente, en supuestos de hecho que no fueron controvertidos, y por los mismos razonamientos, también claudica el motivo 2.º, que sostiene que se han infringido, por violación, los artículos de la Ley Hipotecaria, referentes a la protección registral en favor de tercero, cuyas características, como ya queda explicado, no reúne el comprador recurrente, que, según la sentencia impugnada, conocía la inexactitud de las manifestaciones del vendedor, relativas a la libertad de cargas del solar que adquiriría.

Considerando: Que, sentado lo que antecede, y proclamado que el comprador recurrente, cuando adquirió el solar litigioso, «conocía la inexactitud de lo manifestado por el vendedor», respecto a las cargas y gravámenes que pesaban sobre dicho solar, resulta evidente—como también sostiene la sentencia recurrida—que dicho comprador queda obligado, en su calidad de causahabiente del vendedor, a reservar al arrendatario los locales y espacios que tal vendedor le tenía comprometidos por disposición de la sentencia firme que le impedía esa reserva, pues el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece «la prórroga obligatoria para la propiedad de la finca, del contrato locativo», «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones»; por lo que también claudica el motivo 3.º del recurso, que entiende que se aplicó indebidamente al caso debatido, el referido precepto, y sin que la invocación, que se hace de la indebida aplicación del artículo 94 de la Ley especial, tenga virtualidad para acarrear la casación que se postula, porque, aun cuando, en realidad, ese precepto, regula un supuesto distinto al que se contempla, no es, sin embargo, el único que sirve de sostén a la tesis absolutoria de la sentencia recurrida, la cual, por tanto, tiene que quedar subsistente.

Toda la fuerza dialéctica del recurso se ha escapado por esos poros (tan frecuentes en la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria), de la supuesta falta de buena fe en el adquirente. Los juzgadores de Instancia han sentado la presunción de que el comprador conocía la existencia del derecho de retorno, y el Tribunal Supremo ha decidido que esa presunción no se ha combatido en forma eficaz y, por consiguiente, es firme. El adquirente del solar no está adornado de todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Por ello, no triunfa.

Hasta aquí todo va bueno Pero hay unos razonamientos en el segundo Considerando; luego no desarrollados, pero que ahí quedan, que nos inquietan angustiosamente.

«Considerando, dice la sentencia, que el recurrente basa todo su recurso en la protección registral que al tercero hipotecario otorga nuestro Ordenamiento jurídico en circunstancias normales; pero olvida, en primer lugar, que la Ley

posterior perfecta deroga a la anterior, y que la norma de carácter especial, deja sin efecto, en esta materia, a la de carácter. '»).

¿Qué quiere esto decir? ¿Que si el comprador hubiera tenido buena fe, hubiera desconocido de verdad la existencia del derecho de retorno, tampoco hubiera triunfado? ¿Es que las Leyes de arrendamientos urbanos—Ley perfecta, posterior y especial—han dejado fuera de juego el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en todo caso y supuesto? ¿Es que el derecho de retorno es tan fuerte que puede ignorar y vencer al Derecho registral o inmobiliario—que también es especial en su ámbito—, e incluso prescindir del cauce que tiene para ser publicado, que no es otro que el del artículo 15 del Reglamento Hipotecario: inscripción por medio de nota?

Afortunadamente, todo el razonamiento de la sentencia se centra y desarrolla, repetimos, en la presunción de conocimiento por el comprador; pero esas razones entrecomilladas ahí quedan, y nosotros, actuando de buena fe, debemos dejar constancia también de esas interrogantes amedrentadas, angustiosas, un tanto asombradas.

También los compradores de solares necesitan de la seguridad jurídica. Los titulares de derecho de retorno bien la pueden tener con la inscripción por medio de nota marginal, según lo previene el artículo 15 del Reglamento Hipotecario, o, en su caso, con la anotación de demanda.

NATURALEZA DEL DERECHO DE HIPOTECA. SU COMPATIBILIDAD CON EL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1968).

El artículo 104 de la Ley Hipotecaria es compatible con que el dueño de la finca hipotecada utilice el procedimiento del artículo 541 del Código civil para crear servidumbres de luces y vistas en favor de otra y en contra de la hipotecada.

La tesis principal del recurrente, que fue rechazada en ambas Instancias y en casación, es que la hipoteca, por definición, artículo 104 de la Ley Hipotecaria, «sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». La hipoteca (sigue diciendo el recurrente) subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados (art. 122 de dicha Ley). Y toda la regulación legal de este derecho real de garantía, tiende a la inalterabilidad de los bienes para el acreedor hipotecario, a partir del momento en que se constituyó la hipoteca.

La sentencia recurrida (sigue argumentando el recurrente), al declarar la existencia de una servidumbre de luces y vistas entre las fincas de los litigantes, en virtud de unos hechos posteriores a la constitución de la hipoteca, en perjuicio del acreedor hipotecario de quien trae causa el recurrente, infringe, por aplicación indebida, el artículo 541 del Código civil.

Hemos dicho que esta tesis fue rechazada por los juzgadores de Instancia y por el Tribunal Supremo.

Los Considerandos de éste exponen:

Considerando: Que con total independencia del problema genérico, relativo al alcance y eficacia que pueda tener el establecimiento de un grava-

men sobre un fondo precedentemente hipotecado, que es el que plantea el recurrente por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primer motivo de los formulados, que implica, a su vez, la cuestión puramente teórica de la auténtica naturaleza del derecho de hipoteca, puesto en contraste, sobre todo, con derechos reales tan genuinos como el de la servidumbre, resulta incuestionable que dicho derecho, bien se le considere como la panacea aseguradora de las titularidades jurídicas patrimoniales o como el *punctum saliens* del funcionamiento constitutivo de las inscripciones registrales, o más simple y consistentemente como un puro medio protector de un derecho de crédito, consecuencia concreta y específica de la obligación que con carácter general establece el artículo 1.911 del Código civil, no tiene otra finalidad ni persigue otro objetivo que el de tratar de obtener, con vistas a este intento, la realización de un valor pecuniario, lo que ni puede modificar la naturaleza ni estructura del derecho de propiedad, ni resta alguna dentro del complejo de las facultades que corresponden al propietario, incluida la de enajenar, perfectamente compatible todo ello con el sujetamiento directo e inmediato, característico de los derechos reales en general a que se refiere el artículo 104 de la vigente Ley Hipotecaria, y con la posibilidad, cual la que aquí se contempla, de que el propietario de las fincas utilice el procedimiento del artículo 541 del Código civil, con signo aparente de servidumbre, en contra de la hipotecada con precedencia, y en favor de la que, con posterioridad, enajena a los hoy recurridos.

Considerando: Que las posibilidades teóricas a que se acaba de hacer referencia se acreditan, si cabe, en el supuesto que origina este recurso, habida cuenta que, según los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo* y que el recurrente dice respetar, el establecimiento tácito de la servidumbre de luces y vistas que ahora se discute, con indiscutible signo aparente que legalmente y a todos los efectos constituye el título, una vez conocido por el acreedor hipotecario fue completamente respetado, sin hacer uso del derecho que le concedía el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, como igualmente lo respetó en el momento en que se inicia el procedimiento del artículo 131 del propio texto legal, e incluso cuando como resultado del mismo, se le adjudicó la finca en cuestión, en pago de la deuda vencida a su favor, todo lo cual destruye el argumento de los hoy recurrentes posteriores adquirentes de dicho acreedor adjudicatario, esgrimido después de más de dos años de verificar su adquisición, en contra de una apariencia y realidad válida de suyo y reconocido por todos, teniendo en consideración su propia entidad y una manifestación externa y conduce a la desestimación del motivo que pretende lo contrario.

Considerando: Que el perecimiento de este motivo lleva consigo la del señalado con el número 2 y último del recurso, en que también, por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, se denuncia violación por inaplicación del artículo 582 del mismo Código civil, pues si, como se acaba de exponer, la aplicación del 541 fue correcta y debida a la manera efectuada por los juzgadores de Instancia, es evidente que no tenía que ser tomado en consideración—según reconoce en su razonar a *sensu contrario* la sentencia recurrida—el precepto que aquí se alega como implicado, todo lo cual conduce a la desestimación del recurso en su totalidad, con los obligados pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las cuestiones estudiadas en esta sentencia nos traen el recuerdo de un dictamen emitido por el ilustre jurista, letrado de la Dirección de los Registros

y registrador de la Propiedad, don Sebastián Moro Ledesma. Versa sobre la relación entre el arrendamiento y la hipoteca, y se publicó en «Anuario de Derecho Civil», tomo IX, fascículo IV.

De él tomamos lo que sigue, lo mismo lo que hace a la naturaleza de la hipoteca, que al problema de, si una vez constituida la hipoteca, quedan afectados los derechos de goce y disposición del propietario por un ius prohibendi, atribuido al acreedor hipotecado, para prevenir o remediar posible perjuicio en la cosa hipotecada.

La hipoteca, derecho real de garantía, tiende a asegurar el cumplimiento de una obligación. El Código civil alemán, en el párrafo 1.113, declara que la hipoteca es el gravamen impuesto sobre una finca, por virtud del cual, aquel en cuyo beneficio se establece, puede obtener de ella determinada suma de dinero para cobrarse un crédito reconocido a su favor. Para Nussbaum, «la hipoteca es un derecho real sobre cosa ajena, entraña un derecho absoluto, eficaz contra terceros y establecido directamente sobre una finca». Olff, al examinar la esencia del derecho de garantía, tanto si se constituye sobre muebles como si versa sobre inmuebles, afirma que implica un gravamen de la cosa, que produce un señorío jurídico sobre la misma y una pretensión erga omnes para que se omita cualquier menoscabo que pueda lesionar aquel señorío. Este poder consiste en la realización del valor de la cosa.

Sohm y Meibom afirman que la hipoteca, no sólo da derecho a reclamar el pago de una deuda garantizada, sino que constituye una obligación que debe clasificarse entre los derechos de crédito.

Partimos, añade Moro, de esta concepción dominante dentro de la que se afirma el deber de pagar del deudor propietario, bien a través de la teoría de la obligación real o del débito, con la responsabilidad limitada. Tanto en el Código civil español como en la Ley Hipotecaria aparece reconocida la concepción de la hipoteca como derecho real de realización de valor de la cosa. Al analizar los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria, también lo reconocen los anotadores de Ennecerus, Pérez González y Alguer, y la generalidad de los civilistas patrios.

Roca Sastre también destaca como características fundamental la ya expresada.

El ius distrahendi, esencial efecto de la hipoteca, juntamente con el ius disponendi y el ius vindicandi, típicos de los derechos reales, permanecen, durante un cierto lapso de tiempo, en estado de quiescencia, como latentes, sin que deba considerarse que la hipoteca deje, por ello, de constituir un gravamen actual, con efectos, frente a terceros. Es en el momento de la ejecución, cuando el derecho de hipoteca se pone claramente en evidencia, se actualiza y consume.

Consecuencia de tales derechos atribuidos al acreedor hipotecario es el reconocimiento de facultades para evitar el menoscabo de la finca hipotecada; la denominada acción de devastación, recogida en el artículo 117 de nuestra Ley Hipotecaria.

La sentencia de 5 de febrero de 1945, también aludida por Moro, se enfrentó con el problema de si la ejecución hipotecaria implicaba la resolución de un arrendamiento rústico convenido después de la hipoteca. De ella son las siguientes palabras (tercer Considerando): «Que la hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor en la cosa gravada, efectuada por el titular de pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega, cuantas cargas o limitaciones de disposición, use y disfrute, figuren es-

tablecidas en el fundo posteriormente a la fecha de aquélla, momento en que fue perfecta y al que han de retrotraerse todos sus efectos; produce, sin duda, tal destrucción incluyente de cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste, y cuando se trate de arrendamiento a largo plazo, estipulado después de dicha garantía, ocasiona el finiquito de éste.» «Lo determina registralmente al ser cancelada su inscripción, si lo estuviere como derecho real...; la propia hipoteca deshace el derecho del arrendador... De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacío, pues a dejarlo inerte bastaría ceder el disfrute por tantos años, que prácticamente si se abonaran anticipados —y ni en el tiempo ni forma de pago hay legales topes—, reducirían poco menos que a la nada el valor en cambio de la finca.»

Hay que advertir que esta sentencia es de la Sala de lo Social, por tratarse de materia de arrendamientos rústicos.

La sentencia que estudiamos no ha concedido plenos efectos al artículo 104 de la Ley Hipotecaria, frente a esa servidumbre, creada extrarregistralmente después de constituida la hipoteca; pero téngase en cuenta que la cuestión no se ha presentado pura y clara ante el juzgador, sino, como acontece con frecuencia, envuelta en circunstancias y matices que condicionan la resolución. Así, la sentencia se refiere a que el acreedor hipotecario respetó la servidumbre, no hizo uso del derecho que le concedía el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, etc.

Si tales detalles no hubieran existido, tal vez hubiera sido otro el fallo.

B. M. B.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

RENDICION DE CUENTAS: *Excepción perentoria no propuesta por el demandado y acogida de oficio por la Sala: Incongruencia.* Montesinos Jiménez contra Banco Hispano Americano, S. A. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1967).

Antecedentes:

1. Parece desprenderse de la sentencia que el actor—junto con sus dos hermanos—debía cobrar del Ayuntamiento de ... la cantidad de 5.850.292 pesetas, que el Municipio ingresaría en la sucursal del Banco en la plaza. Posteriormente, en 1947, el actor reconoció adeudar al Banco la cantidad de 1.624.000 pesetas, más los intereses al 5 por 100 en proporción al tiempo que tardase en cobrar el crédito, otorgando la oportuna escritura notarial de reconocimiento de deuda. En 1950 se otorgó otro documento entre los mismos interesados, por el que el Banco debía incluir en su liquidación la deuda de una hermana del actor, frente al Banco, consistente en la suma de 661.650 pesetas.

2. Parece también que, previamente a este litigio, hubo otro seguido por el actor y sus dos hermanos contra el citado Banco, que culminó con sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1960

3. Finalmente, la demanda fue deducida por el actor en noviembre de 1963. Terminaba suplicando: que se declarase la obligación que tiene el Banco de rendir cuentas detalladas y justificadas al actor de la suma cobrada por el Banco del Ayuntamiento, previa la deducción de la suma que el actor reconoció adeudar al Banco en escritura de 1947, y de entregarle el exceso de lo cobrado después de cancelar el crédito citado y los intereses al 5 por 100 anual desde la fecha en que cobró el exceso sobre lo adeudado hasta que haga efectivo lo retenido; que se condenase al Banco a estar y pasar por las anteriores declaraciones, a la reparación de los daños y perjuicios causados si fueren superiores a los intereses de demora, y al pago de las costas por su culposo proceder.

El Juzgado de Primera Instancia, rechazando la excepción dilatoria propuesta por el demandado, estimó parcialmente la demanda, declarando: la obligación de rendir cuentas el Banco al actor de la suma cobrada, la obligación de reintegrar, en su caso, las cantidades que resultase haber recibido por exceso, y, en este último supuesto, abonar los intereses legales producidos por dicho exceso desde la fecha en que el reintegro debió tener lugar.

La Audiencia, con revocación de la sentencia apelada, declaró la falta de acción en el actor por carencia de legitimación activa, a los fines que solicita en el litigio, y absolvió al demandado de la demanda.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basándose, fundamentalmente, en existir vicio de incongruencia al estimarse una excepción no propuesta en ningún momento procesal por el demandado.

El recurso prosperó en méritos de los siguientes Considerandos:

Considerando: Que la facultad que la jurisprudencia de esta Sala reconoce a los Tribunales de justicia para declarar incluso *de oficio* mal constituida la relación jurídica procesal en el supuesto de que no se hubiere llamado al juicio a la totalidad de los elementos subjetivos a quienes pudiera afectar la decisión judicial que le pusiere término, no puede ser aplicada en el presente proceso, por limitarse su escrito inicial a solicitar la condena de la Entidad demandada a la rendición de cuentas al actor de ciertas cantidades que exclusivamente le adeudaba el Municipio de su residencia y que fueron percibidas por aquélla, puesto que los hermanos del primero son ajenos al resultado favorable o adverso de semejante pretensión, según para un caso análogo al aquí dilucidado se resolvió en la sentencia de 13 de noviembre de 1961, sin que, por consiguiente, les alcancen los efectos de la cosa juzgada, como sería preciso para que el litis consorcio necesario pudiera ser estimado (sentencias de 17 de febrero de 1928 y 31 de diciembre de 1949).

Considerando: Que sentado lo anterior, la resolución impugnada, al haber apreciado la excepción perentoria de falta de legitimación activa del actor, no propuesta por la otra parte contendiente en los escritos a que se refieren los artículos 542 y 548 de la Ley de Trámite, contravino lo dispuesto en el artículo 359 del mismo Cuerpo legal, que, pese a la doctrina recogida por los principios generales de Derecho *«jura novit curia»* y *«Da mihi factum et ego tibi dabo ius»*, que, entre otras, reconocen las sentencias de esta Sala de 31 de diciembre de 1952, 1 de junio de 1964, 8 de enero de 1959 y 8 de junio de 1960, no permite a los Tribunales acoger excepciones no aducidas en el pleito oportunamente (sentencias de 23 de junio de 1919, 23 de febrero de 1934 y 15 de abril de 1955), como la que es objeto de este estudio (sentencia de 14 de mayo de 1966), incidiendo con ello en el vicio de incongruencia denunciado al amparo del número 2 del artículo 1692 de la mencionada Ley en el primer motivo

del presente recurso, que por ello debe prosperar, sin que sea preciso analizar los restantes.

Considerandos de la segunda sentencia:

Considerando: Que, por los razonamientos expuestos en dicha sentencia y en la del Juzgado de Primera Instancia, que sustancialmente se aceptan, debe desestimarse la excepción de cosa juzgada propuesta por la Entidad demandada y declaramos la obligación en que la misma se halla de rendir cuentas de las cantidades que por orden del actor percibió del Ayuntamiento de Melilla, conforme se previene en el artículo 1720 en relación con el 1.709 del Código civil, y se ordena en la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 1960.

Considerando: Que, en cambio, no es posible acceder totalmente a la petición contenida en la súplica del escrito de demanda relativa a que de la suma a que se refiere el razonamiento anterior se detraiga únicamente la cantidad que le adeudaba el demandante, más los intereses pactados, tanto porque el conjunto de elementos probatorios aportados al juicio, y muy especialmente los documentos que se unieron a las actuaciones y las manifestaciones vertidas por dicha parte en alguno de sus escritos (motivo cuarto del recurso), demuestra de un modo evidente que *la relación jurídica material* concertada por escritura pública de 28 de marzo de 1947 fue posteriormente modificada por acuerdo de los contratantes en el sentido de que el Banco habría de incluir en su liquidación la deuda de una hermana del actor, que asumió éste y debe pagar por imperativo de lo que establecen los artículos 1.089, 1.091, 1.258 y 1.278, en relación con los 1.203, número 2, y 1.205 del Cuerpo legal mencionado; como, porque de adoptarse otra solución, no sólo se vulnerarían dichos preceptos, sino que se burlaría lo acordado en la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 1960, que previó la posibilidad de que las cuentas a rendir por la demandada terminasen con un saldo favorable o adverso respecto al señor Montesinos, razones todas ellas que obligan a revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo que afecta a dicho particular, sin incurrir con ello en vicio de incongruencia, por no oponerse al artículo 359 de la Ley Procesal las resoluciones judiciales que cuantitativamente otorgan menos de lo pedido, según con reiteración se ha proclamado por la jurisprudencia de esta Sala.

Considerando: Que, por las razones antes indicadas, la demandada deberá abonar al actor la cantidad que en su caso pueda adeudarle como consecuencia de la rendición de cuentas antes aludida, pero no los intereses legales de la misma, por no incurrir en mora, a efectos del artículo 1.100 y concordantes del Código mencionado, aquel a quien se reclaman sumas ilíquidas (sentencia de 13 de junio de 1910 y 1 de diciembre de 1951) o superiores a las debidas (sentencia de 16 de enero de 1910).

Considerando: Que no es de apreciar temeridad por parte de los litigantes en lo que afecta a las costas de segunda instancia.

Fallamos: Que, confirmando en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Melilla con fecha 2 de diciembre de 1964, debemos desestimar la excepción de cosa juzgada alegada por el Banco Hispano Americano y declaramos: 1.º Que dicha Entidad está obligada a rendir cuentas a don N. M. J. de los 5.850 292,95 pesetas, que en su día cobró en diversas partidas, y tiempo del Ayuntamiento de Melilla, de cuya cantidad debe deducir 1.624.000 pesetas, que el demandante reconoció adeudar, el 28 de marzo de 1947, los intereses de esta suma al 5 por 100 producidos durante el tiempo que tardó en hacer efectivo su crédito, y las demás deudas asumidas por dicho

señor. 2.º Que la citada Entidad bancaria está obligada a reintegrar al actor, en su caso, las cantidades que hubiere percibido por exceso; absolviendo al demandado de los restantes pedimentos, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

ARBITRAJE DE EQUIDAD. Recurso de nulidad contra el laudo. Cuestiones sometidas. Interpretación del compromiso Partición. Pareto y Jordana Pareto c. Jordana Pareto. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1967).

Antecedentes: A) En virtud de convenio de 18 de noviembre de 1958 la familia (madre e hijos) J. P. constituyó lo que se llamó «un solo fondo económico fiduciario», formado por bienes procedentes de su común causante, don E. J. y doña A. P., y se trazaba una distribución o partición por lotes, aunque sometidos todos los bienes al usufructo vitalicio de doña A. P.. En la cláusula XIII de dicho pacto se decía: «Se conservará el patrimonio como común hasta el fallecimiento de la usufructuaria, o bien cuando, transcurridos dos años, por mayoría de criterio, se considerase llegado el momento de dar la adjudicación por definitiva». B) Otorgada por los interesados escritura de compromiso el 31 de marzo de 1965 ante el Notario don Ramón María Roca Sastre, se nombraron tres árbitros de equidad, cuya misión era la de dictar un laudo que resolviera las cuestiones siguientes: «declarar si, de conformidad con lo convenido en 18 de noviembre de 1958, procede la partición y adjudicación, a favor de los compromitentes, de los bienes relictos por su causante; determinar cuáles son los bienes, caso de estimar procedente aquella partición, que han de adjudicarse a cada uno de los compromitentes en pago de sus derechos; determinar y fijar las cantidades que cada uno de los compromitentes debía satisfacer a los demás, y, en consecuencia, condenar a los que resultaren obligados a la entrega de los bienes adjudicados y al pago de las cantidades de que fueren deudores»... C) Los árbitros designados dictaron laudo con fecha 27 de agosto de 1965 y, en primer lugar, procedieron a formular las correspondientes adjudicaciones o hijuelas en pago a cada interesado de cuanto pudiera corresponderles en la herencia de su padre causante, y en méritos de lo convenido el 18 de noviembre de 1958; ratificaron la declaración de los propios interesados en el citado convenio, expresiva de dar por canceladas las legítimas que pudieran corresponderles en la herencia de su padre, en atención a recibir más de lo que por tal concepto pudieran tener derecho, por aplicación estricta del testamento del causante; fijaron el valor del usufructo de la viuda en el 10 por 100 de las hijuelas y bienes adjudicados a cada uno de los hijos, quienes podrían liberar los bienes de tal usufructo satisfaciendo éste en metálico dentro de los seis meses siguientes a la fecha del laudo; agruparon las reclamaciones mutuamente formuladas para ser examinadas conjuntamente y resolviendo las cuestiones con relación a cada interesado; simplificaron las operaciones definitivas mediante una serie de liquidaciones entre los interesados; fijaron un plazo límite que terminaría el 14 de enero de 1969 para hacer efectivas sus respectivas obligaciones cada uno de los compromitentes con relación a los demás; declararon, a todos los efectos de Derecho, y por el presente laudo se declara ejecutado y cumplido el convenio de 18 de noviembre de 1958, y declararon resueltos todos y cada uno de los extremos de la escritura de compromiso sometidos a arbitraje, desestimándose los que no hubiesen sido aceptados total o parcialmente».

Se interpuso recurso de nulidad del laudo por parte de algunos de los comprometidos, en base a que los árbitros resolvieron puntos no sometidos a su decisión, al adjudicar los bienes sin decidir previamente si a tenor del convenio de 1958 procedía o no tal partición, y al declarar con la partición resueltos los extremos sometidos a su decisión.

No prosperó ante el Tribunal Supremo dicho recurso, por las siguientes consideraciones:

Considerando: Que el arbitraje de equidad confiere a los laudantes una facultad tan amplia que de manera inapelable deciden las cuestiones que válidamente les son sometidas, lo que excluye la jurisdicción ordinaria para su resolución, quedando ésta limitada al sólo efecto del extraordinario recurso que establece el artículo 1.691-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que por la vía de la casación anula aquélla dentro de límites tan estrictos que, más que al contenido o procedencia sustantiva del laudo, afectan a su inexistencia legal, dado el tiempo extemporáneo en que fue dictado, bien por decidir sobre materia que no fue sometida a resolución, ya por la imposibilidad jurídica de resolver cuestiones excluidas de su competencia sin afectar a la virtualidad de la escritura de compromiso, por razones de orden civil, ni atacar lo decidido como opuesto a las normas sustantivas, ni por el carácter perjudicial para los que se sometieron a este medio para la resolución de sus divergencias.

Considerando: Que los dos motivos del recurso comprenden una sola cuestión en esencia, la de si los árbitros han resuelto puntos que no fueron sometidos a su decisión, basándose en haber dejado de pronunciarse respecto a un extremo previo a las demás cuestiones que les habían sido señaladas, cuestión consistente en declarar si procedía efectuar la partición de bienes, que el recurrente relaciona exclusivamente, sin base en la escritura de compromiso ni en el laudo, con la estipulación contenida según afirma en el convenio familiar de 18 de noviembre de 1958, cláusula que no aparece transcrita en dicha escritura ni en la resolución impugnada... Al otorgamiento de la escritura de compromiso concurrieron todos los interesados y en ella cada uno de los comprometidos expusieron los extremos sobre los que habían de resolver los árbitros, exponiéndolos de modo minucioso, sin que en ellos exista el menor indicio o referencia sobre la oportunidad de llevar a efecto en aquel momento la partición por aplicación de la cláusula ahora alegada. En la primera de las cuestiones propuestas se dice que «los árbitros decidirán, si de conformidad con lo convenido... procede la partición y adjudicación...», lo que no plantea duda alguna sobre si era llegado el momento de llevar a efecto la partición, ni por tanto los árbitros, al examinar las cuestiones propuestas, pueden tratar de la cuestión que ahora por vez primera se plantea, a la que tampoco aludió el voto particular disconforme formulado. Tampoco puede olvidarse que fueron todos los interesados los que otorgaron la escritura de compromiso y que mediante el *arbitraje de equidad* se dirigían al fin de partir y adjudicar los bienes, y no cabía entre ellos duda lógica sobre la restricción que tal cláusula les hubiese impuesto, ya que habían transcurrido con exceso los dos años a que aquélla se refería. En tal sentido, los árbitros expresaron de manera clara su estimación sobre la cuestión encomendada, al decir que «del análisis de los extremos formulados resulta coincidente la voluntad de las partes de ejecutar la partición de los bienes relacionados en el convenio familiar de 1958». , estimación sobre la procedencia de ésta que reiteran en sus consideraciones, siempre con respecto a los bienes, y no dando a aquella cláusula un sentido

contrario del que lógica y gramaticalmente debe atribuirse, ya que sería contradictorio que acudieran al arbitraje los interesados en su totalidad, si la mayoría entendía que—no obstante el transcurso de los dos años previstos y su coincidente voluntad—no era procedente practicar entonces tal partición por imperativo de dicha cláusula.

De todo lo cual ha de concluirse: a) que, atendidos los términos de la escritura de compromiso, no se planteó cuestión alguna sobre la procedencia de llevar en aquel momento a efecto la partición—cuestión nueva ahora alegada—, sino la de comprender en la misma determinados bienes materia de controversia; b) que el hecho de acudir a la decisión arbitral todos los interesados para la práctica de la partición, excluía la posibilidad lógica, por parte de éstos, de duda sobre si era llegado el momento de realizarla; c) que, consecuentemente, no se planteó la cuestión previa sobre si procedía llevar a efecto la partición, de la cual, al ser decidida en sentido afirmativo, hubiere de depender la práctica de aquélla, faltando así el supuesto en que apoya sus motivos el recurrente, y ello hace inaplicable la doctrina que invoca.

Concluye afirmando que los árbitros no resolvieron puntos no sometidos a su decisión, sin que quepa aludir a otras cuestiones, cual la incongruencia

DAÑOS EXTRACONTRACTUALES: *Distinción entre «quaestio facti» y «quaestio iuris» Relación de causalidad entre la acción y el resultado lesivo. Concurrencia de culpa del perjudicado.* Amor y Pérez c. Cortés, Eroles y Seguros «La Unión» (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—Los demandantes eran los padres y herederos legítimos de un joven, fallecido a consecuencia de un atropello causado por el demandado principal señor Cortés, como conductor de un turismo propiedad del señor Eroles, vehículo asegurado en «La Unión». Como consecuencia del siniestro se instruyó sumario, recayendo en él fallo absolutorio de la Audiencia. Los hechos probados, como resultaba de las actuaciones sumariales, eran los siguientes: «El turismo circulaba dentro de la calzada, en una carretera de tramo recto, de perfecta visibilidad y con pavimento seco, sin tener en su camino obstáculo alguno. El conductor vio desde unos sesenta metros antes la presencia de dos personas que circulaban en dirección contraria a su marcha (o sea, los peatones iban por su izquierda, en la forma correcta), así como que existían montones de gravilla en los márgenes de la carretera. Unos veinte metros antes de llegar a los peatones, el turismo se cruzó con un autocar, sin frenar ni disminuir su marcha. Inesperadamente, al llegar a la altura de los peatones, el segundo de éstos asomó la cabeza al camino, siendo arrollado por el vehículo».

El *petitum* de la demanda se concretaba a solicitar la condena, solidariamente, del demandado principal y del dueño del vehículo, y subsidiariamente de la Compañía aseguradora «La Unión»: a abonar a los actores la suma de 200.000 pesetas por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la muerte de su hijo por causa de imprudencia del obligado principal. Con base en el artículo 1902 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda, teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1964 y de 10 de julio de 1943, 23 de febrero de 1950, 24 de mayo de 1954 y 9 de abril de 1963; estableció que el accidente no se produjo por fuerza mayor o como suceso

inevitable, y si por el contrario al no observar el conductor del taxi la diligencia debida; a ello se llega por la simple observación, derivada: de que el conductor vio con la suficiente anticipación a los dos peatones y los montones de gravilla que dificultarían los movimientos de estabilidad de los peatones; que la carretera era de un firme de anchura de cinco metros y ochenta centímetros; que al cruzarse con el autocar no había señales de haber frenado ni disminuido la marcha (prueba evidente de no haber procedido con la diligencia y cuidado debidos, puesto que ni previó el peligro ni lo evitó, y al obrar así incurrió en culpa civil, por leve que sea).

La Audiencia revocó totalmente la sentencia del Juzgado, fundándose: en que no cabía estimar culpa o negligencia en el conductor del turismo, pues circulaba por su parte de la calzada, sin tener obstáculos en su camino, no siendo previsible que la víctima invadiera el camino del turismo y mucho menos en la forma en que lo hizo (sólo con la cabeza y a una altura que indica una posición anormal), por lo que el hecho de presentársele dicho obstáculo es notorio que hubo de ser en forma inesperada; no siendo dable establecer, aun con cualquier doctrina, el elemento de existencia de culpa en el autor del hecho.

El recurso de casación de los demandantes, con un motivo único, prosperó ante el Tribunal Supremo, en méritos de los Considerandos de la siguiente sentencia, de la que fue ponente don Emilio Aguado González—tras una brillantísima distinción inicial y una magistral labor de análisis de las distintas sentencias del Tribunal Supremo recaídas en la materia—

Considerando: Que, como expresa la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1944, en los litigios sobre culpa extracontractual, y a efectos del recurso extraordinario de casación que se planteen contra las sentencias dictadas en los mismos, es necesario distinguir: la cuestión de «hecho», referida a la propia existencia del daño o perjuicio que la genere y a la realidad de la acción u omisión que se impute al demandado, y el problema de «derecho» que, partiendo de aquellos elementos fácticos, se enfrenta con la calificación jurídica de la acción u omisión, como determinante de la imputabilidad, por razón de culpa o negligencia, abordando el tema de la relación o enlace, directo y preciso, entre el hecho o acto imputado (causa) y el daño o perjuicio que se produzca (efecto); pues mientras la primera cuestión, por ser de hecho, sólo puede ser traída a casación, por el estrecho cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, la segunda pone en juego, unas veces, la aplicación de normas jurídicas, y otras, en que se precisa un juicio o comparación de ideas para establecer la relación de causa a efecto, ha de acudir como normas lógicas de presunción, a las reglas del criterio humano, en cuyos supuestos el número 1.º del citado artículo ofrece vía apropiada y de mayor amplitud que la del número 7.º; añadiendo la de 15 de abril de 1964, que esa mayor amplitud se debe, naturalmente, a que a su amparo y en una visión del problema planteado en su totalidad, es posible, sin contradecir el resultado probatorio declarado en la instancia, atender a elementos o factores que, sin ser negados en el mismo, tampoco se fijaron con la precisión y claridad que requiere la determinación exacta de los elementos de hecho concurrentes en el caso, como piedra de toque de la responsabilidad exigida.

Considerando: Que, por lo dicho, los problemas referentes a la existencia y suficiencia del nexo causal no son exclusivamente de índole fáctica, sino que requieren una solución jurídica, cuyos factores, si bien en principio fijados en la instancia, se pueden ponderar o conjugar, con libertad de criterio, en este

trance, para juzgar si realmente puede existir el enlace, que la Sala estableció, entre las acciones u omisiones procedentes de los sujetos activo y pasivo, intervinientes en el hecho y el resultado lesivo que se produjo; y si conforme a las directrices que han de presidir el juicio humano, tal resultado no se justifica debidamente, por las causas que el Tribunal de instancia señaló, cabra denunciar, en casación, con éxito, la infracción del artículo 1.902 del Código civil, sin necesidad de remover previamente los elementos de hecho que la Audiencia fijó.

Considerando: Que asimismo ocurre en el caso de autos, en que la Sala sentenciadora—disintiendo del parecer del Juzgado, que subrayaba la responsabilidad del conductor, por ceñirse peligrosa e innecesariamente al límite de la calzada, pese a discurrir cerca de ella y en sentido contrario dos caminantes, uno detrás de otro, resultando el que iba en segundo lugar alcanzado y muerto por el vehículo—establece que fue la víctima quien invadió el camino por el que transitaba el coche, pero «sólo con la cabeza y a una altura que indica una posición anormal», sin apreciar, por parte del conductor, acción u omisión alguna, determinantes o coadyuvantes al efecto dañoso; pero semejante criterio ha de estimarse como insuficiente, para tener por bien fijado el enlace causal, pues es evidente que el letal resultado no se habría producido, a no caminar el coche excesivamente apegado al borde del camino, pese a que el conductor vio venir a los peatones, y como reconoce la Sala, la carretera «es de tramo recto, de perfecta visibilidad y con pavimento seco, sin tener en su camino obstáculo alguno», pese a lo cual, no realizó el conductor maniobra alguna para acortar la distancia tan pequeña a que debía efectuarse el cruce, que un simple movimiento de cabeza de la víctima pudo determinar y ocasionó el resultado mortal; por lo que ha de concluirse que hubo, al menos, una concurrencia de culpas que no puede determinar la absolución decretada, y que por ello procede estimar el único motivo en que el recurso se apoya, con los pronunciamientos legales procedentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.745 de la Ley procesal.

Segunda sentencia:

Por los propios fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación de esta misma fecha y aceptando, en lo sustancial, y en cuanto no se opongan a la presente resolución, los Considerandos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Considerando: Que al haber de apreciarse una concurrencia de culpas, dimanante de las acciones y omisiones que condujeron a la producción del hecho, por parte del conductor del coche y de la propia víctima, su obligada compensación en derecho, a efectos de fijar la cuantía de la indemnización procedente, imponen la confirmación de la sentencia apelada condenatoria, pero rebajando a 150.000 pesetas la cantidad que debe señalarse como cifra de aquélla.

Considerando: Que no es de apreciar temeridad ni mala fe a los efectos de costas.

Fallamos: Que, dando lugar en parte, al recurso de apelación deducida, debemos confirmar y confirmamos la sentencia condenatoria que en 14 de diciembre de 1964 pronunció el Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá, pero modificándola respecto a la cuantía de la indemnización procedente, que se rebaja a la cifra de 150.000 pesetas, sin hacer expresa imposición de costas en cuanto a las causadas en primera y segunda instancia, e insértese esta sentencia en la certificación mandada librar.

DAÑOS EXTRACONTRACTUALES: *Culpa por falta de revisión. Carga de la prueba de la revisión. Sajarrista y Mallona c. Capanaga.* (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—En accidente causado por la colisión del camión conducido por el demandado con la motocicleta en la que viajaban los reverendos Urresti (hijo de la señora Sajarrista) y Mallona, resultó muerto el señor Urresti y gravísimamente herido el señor Mallona (hospitalizado con varias fracturas durante más de seis meses). Las dos reclamaciones derivadas de dicho accidente fueron acumuladas a un mismo pleito.

La demandante señora Sajarrista alegaba que, junto con una hija soltera, convivía con su finado hijo, al que se hallaban supeditadas con las percepciones de éste por el ejercicio de su ministerio sacerdotal, cifraba las sumas derivadas de los perjuicios irrogados y de los daños causados en la motocicleta, y de los gastos de entierro y funeral. Solicitaba que el demandado fuera declarado obligado a indemnizar a la actora por daños y perjuicios, la cantidad de 490.000 pesetas.

El demandante señor Mallona alegaba—además de lo relativo a sus heridas y hospitalización—que tuvo que abonar unos gastos de estancia en el hospital por un total de 73.336 pesetas, y otros gastos menores, así como que estaba pendiente de una nueva intervención quirúrgica; que, como consecuencia del accidente, le había quedado una incapacidad permanente, por diversos trastornos orgánicos, que le limitaba ostensiblemente el ejercicio de su ministerio sacerdotal. Suplicaba que se declarase que el demandado estaba obligado a indemnizarle por daños y perjuicios en la cantidad de 473.336 pesetas.

El demandado reconocía el accidente y el que le era imputable, pero no su culpabilidad: alegó que hizo todo cuanto pudo por evitarlo, pero los frenos no le respondieron al rompersele la mangueta de la dirección del camión, y que su nerviosismo posterior al accidente era el propio de cualquier conductor en parecidas circunstancias.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando en parte las demandas, condenó al demandado a abonar a la señora Sajarrista la suma de 250.000 pesetas, y al señor Mallona la cantidad de 150.000 pesetas, en concepto de indemnización a cada uno, y absolvió al demandado del resto de las pretensiones de los actores.

La Audiencia resolvió la apelación del demandado—a la que se adhirió la parte demandante apelada—en el sentido de confirmar en parte la sentencia del Juzgado y estimar también parcialmente las demandas, y condenó al demandado a abonar a la señora Sajarrista la suma de 250.000 pesetas y al señor Mallona la de 152.662 pesetas, ambas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

El demandado interpuso recurso de casación, basándose fundamentalmente en que la conducta por él observada no era culposa o negligente, en que el accidente fue debido a caso fortuito y en la regla de prueba del artículo 1.214 del Código civil.

El Tribunal Supremo rechaza dicho recurso, en sentencia de la que son los siguientes Considerandos:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, amparado procesalmente, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia

la violación en la sentencia recurrida del artículo 1.214 en relación al 1.902, ambos del Código civil, por entender el recurrente que aquella establece que le incumbía la prueba de que el vehículo no había sido sometido a una frecuente y esmerada revisión en sus elementos mecánicos, con lo que se hubiera previsto la rotura de la manguera de la rueda delantera izquierda y evitado el accidente de autos, siendo así que tal prueba correspondía a los demandantes que accionaron, según el precepto primeramente invocado, y habida cuenta que la revisión de referencia constituiría, de haber existido, una causa de exención de responsabilidad, de oposición a la demanda: es evidente que su acreditamiento correspondía al demandado recurrente y no puede prosperar el motivo, máxime si se tiene en cuenta que la no revisión del autocamión en relación a los demandantes sería un hecho negativo no susceptible de prueba y que, en caso de haberse practicado, sólo el demandado como dueño y conductor del vehículo podía probar, conociendo el momento y lugar o taller en que se había llevado a efecto.

Considerando: Que por el mismo cauce procesal que el anterior, el segundo de los motivos articulados alega la violación del citado artículo 1.902, modificado por la Ley de 24 de diciembre de 1962, que no empezó a regir hasta 1 de junio de 1965, en la resolución impugnada, basado para ello en que, ocurrido el suceso origen del proceso el 22 de mayo de 1962, no es aplicable al caso dicha Ley que determina hasta ciertos límites la responsabilidad objetiva del conductor, por todo lo que sólo puede entrar en juego para la resolución del juicio el artículo 1902, razonando que los dos elementos que acoge la sentencia de instancia—falta de revisión de vehículo y falta de presencia de ánimo, nerviosismo del conductor en el momento del accidente—no son suficientes, no encierran la entidad bastante para estimarlo culposamente o negligente, por lo que procede declarar que el caso fue fortuito y estimarle exento de responsabilidad al haber procedido con la diligencia de un buen padre de familia, que es la exigida por el Código: y habida cuenta que las dos declaraciones de hecho contenidas en la sentencia, la primera—falta de revisión del vehículo—ya ha sido tratada en el fundamento precedente y la segunda—falta de presencia de ánimo del conductor—que le hizo perder el dominio del autocamión a que todo conductor viene obligado en todo momento, conforme al Código de la Circulación, no ha sido combatida en el recurso, es evidente que subsisten y originan la responsabilidad subjetiva, que sanciona con la correspondiente indemnización, y perece el motivo.

Considerando: Que por último, y con idéntica sustentación procesal que los anteriores, se articula el tercer motivo, denunciando la violación en la resolución de instancia del artículo 1.105 del Código civil, por entender que no puede responder de los sucesos imprevisibles o inevitables, motivo que perece por las mismas razones antes expuestas y al faltarle la sustentación fáctica en que se apoya.

Nota crítica.—Las precedentes sentencias de 15 y 17 de noviembre de 1967, ambas relativas al Derecho de daños, merecen un breve comentario. Como notas comunes a ambas, podemos señalar: acción culposa imputable al causante del accidente, por falta de la debida diligencia; existencia de un daño; nexo de causalidad entre la acción y el evento dañoso; obligación del agente de indemnizar el daño causado.

1. La imputación al conductor de la culpa del accidente obedece: en la sentencia del 17, a la falta de diligencia derivada de la no revisión del vehículo;

y merece señalarse que la prueba del hecho negativo de la no revisión no puede desplazarse a los demandantes; en la sentencia del 15 obedece a la falta de diligencia «de un conductor prudente», inducida de las reglas del criterio humano de presunción del nexo causal entre la acción y el resultado lesivo, demostrado que el autor no previó el peligro ni lo evitó guardando las necesarias precauciones.

En ambas decisiones la idea latente es la de la culpa, o sea, la de la responsabilidad subjetiva, la referencia a la sentencia de 9 de abril de 1963 es importante, aunque no se desarrolla el principio en ella apuntado tímidamente de que «la responsabilidad que deriva para el poseedor de un vehículo de motor, por los daños que el mismo cause mientras es utilizado, se considera, en general, como una responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión o utilización, prescindiendo de la culpa de las personas que lo manejan, por estimar que el uso de un automóvil ya de por sí implica un riesgo para el tráfico, y este riesgo es suficiente para acarrear aquella responsabilidad». Esta tendencia a la responsabilidad «por riesgo», iniciada en la citada sentencia de 1963, se continúa en las de 15 de junio de 1967 y de 29 de noviembre de 1967 (puede verse en esta REVISTA, número 464, del pasado enero, en pág. 140, extractada por mi compañero BARTOLOMÉ MENCHÉN). Lo cual contrasta notablemente con las dos sentencias que comento, pues en ellas el Tribunal Supremo atiende a las consecuencias que derivan de una responsabilidad por culpa manifiesta, si bien sin salirse del ámbito de la idea de culpa.

2. El resultado lesivo se dio con gran complejidad en la sentencia del 17, que comento: daños propiamente patrimoniales (gastos de clínica y hospitalización, impedimento para el ejercicio del ministerio sacerdotal...), daños consistentes en la pérdida de la vida humana y daños materiales y morales sufridos por los herederos perjudicados (véase Díez Pícazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, págs. 671 y sigs., y su penetrante comentario a la sentencia de 17 de febrero de 1956). Esta sentencia del 17 de noviembre no entra en distingos sobre la categoría y peculiaridades de cada uno de los daños causados, y concede la indemnización de forma genérica a los perjudicados, como ya habían hecho el juzgador de instancia y la Audiencia.

3. El nexo causal entre la acción y el daño tenía un especial relieve en la sentencia del 15 de noviembre, por las circunstancias del caso. Dicho enlace lógico había sido fijado por el Juzgado, a partir de la base de que el accidente no se produjo por fuerza mayor o como suceso inevitable (en palabras de la sentencia de 9 de abril de 1963) y sí por no observar el agente la diligencia correspondiente a las circunstancias del momento y lugar (véase art. 1.104 del Código civil). El problema era de valoración del comportamiento del conductor: se le valora como culposo por la previsibilidad y evitabilidad del accidente. Pero probablemente la idea latente en la decisión a la hora de fijar el nexo causal no es una acción, sino una «omisión», la de no haber tomado las medidas que la prudencia de un buen conductor hubiera aconsejado. Finalmente, a la valoración de esta culpa *in omittendo* se añade la cuestión de si existió una concurrencia de culpa del perjudicado: la sentencia alude a una «concurrencia de culpas que no puede dar lugar a la absolución», y en la segunda sentencia, de casación, expresa que tal concurrencia de culpas «impone su adecuada compensación en Derecho», que lleva a efecto rebajando ligeramente la indemnización a abonar decretada por el Juzgado.

Esta cuestión de la concurrencia de culpas, aludida brevemente por el Tribunal Supremo, *per se*, es suficientemente ardua y compleja. Recordemos que la reiterada posición del Tribunal Supremo—sentencias de 18 de enero de 1936, 24 de mayo de 1947, 13 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1957, 6 de febrero de 1958 y 25 de noviembre de 1959, entre otras—es que, para que la concurrencia de culpas sea compartida o compensable, es imprescindible que aquéllas sean de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica. No parece que se diera esta circunstancia en la sentencia que comentamos; pero el ponente—sin duda guiado por la idea de equidad—recogió del principio tan sólo su simbolismo y no decretó ni la absolución ni una fuerte atenuación de la responsabilidad del conductor, limitándose a rebajar un poco la cifra de la indemnización.

4. La obligación de indemnizar los daños causados no tiene un especial relieve en las dos sentencias que comento: viene a ser una consecuencia de la imputación del daño al agente y de la culpabilidad de éste. Es lo normal, producto de las ideas tradicionales. Lo que cabría cuestionar es si no sería preferible indemnizar a la víctima o herederos en todo caso, independientemente de la idea de responsabilidad del agente, con un sistema de seguros obligatorios (PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-2.º, págs. 705 y sigs.).

PAGO INTERRUPTIDO DEL RESTO DEL PRECIO. *Venta de maquinaria para la fabricación de pan. Prescripción de la acción ejercitada e interrupción de la prescripción como cuestión nueva.* Ferrer Matheu, S.A., c. Pareja (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—La Compañía demandante había vendido al demandado un horno continuo giratorio retentor para la fabricación de pan, en base a un contrato suscrito en el año 1952. El comprador interrumpió el pago del precio en septiembre de 1953. El vendedor presentó la demanda ante un Juzgado de Barcelona en agosto de 1956, personándose el demandado en el Juzgado de Primera Instancia de Don Benito, planteando cuestión de competencia por inhibitoria. Cuestión resuelta por el Tribunal Supremo accediendo a la inhibitoria y ordenando la remisión de las actuaciones al Juzgado requirente, a donde llegaron en octubre de 1964.

La parte actora se personó, solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: 1.º Que la Compañía actora vendió al demandado un horno para la fabricación de pan. 2.º Que el demandado es deudor, como saldo del precio de la venta referida, de la cantidad de 120.766 pesetas. Y solicitando se condenase al demandado: a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a hacer efectiva a la Sociedad demandante la cantidad señalada como saldo más los intereses legales de demora de dicha cantidad a partir de la interpelación judicial.

El demandado fue declarado en rebeldía, siguiendo el juicio en todos sus trámites. En primera instancia se dictó sentencia en rebeldía estimatoria de las pretensiones de la demanda.

El demandado apeló la sentencia, pero sin comparecer en la apelación ni tampoco efectuó alegación alguna. La Audiencia confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basado en un único motivo, y alegando la violación del artículo 1.967-4.º del Código

civil y del artículo 944-2.º del Código de comercio, estimando prescrita la acción encaminada al cobro del precio de los géneros vendidos y el que ambos tienen la condición de comerciantes. El Tribunal Supremo rechaza el recurso en base a las afirmaciones que se exponen a continuación:

Siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando: Que para decidir sobre el único motivo del recurso, que, amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega como violado el artículo 1.967 del Código civil, habría que concretar fechas que aparecen dispersas en la sentencia de instancia, si es que hubiera lugar a ello después de confrontar las pretensiones expuestas por las partes en el pleito, y de analizar si la cuestión que hoy es objeto del recurso fue o no deducida en la instancia; y, abundando en este propósito, aparece que se reclama el pago, interrumpido el 12 de septiembre de 1953, de maquinaria suministrada en virtud de contrato suscrito el año 1952, se presentó la demanda el 14 de agosto de 1956, ante el Juzgado número 13 de Barcelona, y el 11 de septiembre del mismo año se personó la parte demandada, que había sido oportunamente emplazada, ante el Juzgado de Primera Instancia de Don Benito planteando cuestión de competencia por inhibitoria, que, a través de todos sus trámites, se resolvió por el Tribunal Supremo el 28 de marzo de 1964, accediendo a la inhibitoria y ordenando la remisión de las actuaciones al Juzgado requirente, a donde no llegaron hasta el 30 de octubre de 1964, y ante el que se personó la parte actora el 16 de noviembre siguiente; pero no la demandada, por lo cual se dictó en primera instancia sentencia en rebeldía, de la que apeló dicha parte sin volver a comparecer en la apelación, que terminó con el fallo que hoy es objeto de impugnación en este recurso.

Considerando: Que habiendo estado ausente del pleito la parte demandada, sin haber comparecido en él más que para proponer la inhibitoria primero y para apelar después contra la sentencia del Juez de Primera Instancia, no ha hecho durante la tramitación del pleito alegación de ninguna índole en ninguna de las instancias, por lo cual la que hoy se plantea en el recurso ha de ser considerada como «cuestión nueva» de las comprendidas en el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que, en el momento procesal en que nos encontramos, constituye razón suficiente para su total desestimación.

DAÑOS Y PERJUICIOS: *Daños en árboles frutales de cuyo aprovechamiento es titular el arrendatario. Necesidad de informe pericial.—RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA Nuevos hechos ocurridos después de la prueba en primera instancia, de influencia en la decisión del pleito. Necesidad del informe pericial.* Arnas c Cusine (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1967).

Antecedentes.—En la demanda se exponían los siguientes hechos, que luego fueron probados: 1) el actor era «propietario» (*sic*) del aprovechamiento de los árboles frutales de una finca, habiendo concertado en el año 1946 contrato de arrendamiento con el anterior propietario en escritura pública, posteriormente modificada por otra escritura de 1955, y con alcance temporal hasta septiembre de 1968; 2) los demandados eran los actuales propietarios de la finca en virtud de reciente escritura de compraventa; 3) los demanda-

dos, por sí o por medio de personal a sus órdenes vinculado a la explotación de la finca, prendieron fuego a diferentes parcelas de la finca con objeto de quemar la paja y rastrojos quedados tras el cultivo en ella de cereales de invierno, alcanzando y dañando el fuego a gran cantidad de árboles frutales de la «posesión» (*sic*) del demandante; 4) el actor hizo reconocer la finca por un Notario y dos Peritos agrónomos, y en la oportuna acta el Notario hizo constar la quema del rastrojo y los Peritos informaron en el mismo acto sobre el valor de los daños y perjuicios sufridos en la explotación de los árboles de la finca, cuya tasación fue de 369.982 pesetas.

En el *petitum* de la demanda se suplicaba: que se declarase la culpabilidad de los demandados en orden a los daños y perjuicios sufridos por el demandante en el arbolado frutal de la finca de autos, como consecuencia del fuego prendido en el rastrojo de ella, y en su virtud se condenase a aquéllos a satisfacer la cantidad en que se tasaban los daños, o aquella mayor o menor que resultase acreditada en período probatorio, y los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la litis.

De la contestación a la demanda interesa aquí resaltar las siguientes alegaciones: 1) se negaba que la naturaleza jurídica del contrato otorgado en 1946 fuera la de arrendamiento, aun cuando se titulase así la convención, reservándose los demandados las acciones pertinentes; 2) se afirmaba que el acta notarial no tenía ninguna relevancia (*sic*) para este proceso, y que el titulado dictamen pericial carecía de fuerza probatoria al no ser practicado con las exigencias procesales requeridas para garantía y seguridad jurídica de los litigantes; 3) se aducía incompetencia de jurisdicción, en base a que la cláusula 10 del contrato de 1946 sometía a los otorgantes al procedimiento de amigables componedores para cualquier duda o cuestión acerca de la intervención o aplicación del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, estimó la demanda y declaró responsables culposos por culpa *in vigilando*, de los daños y perjuicios sufridos por el actor, a los demandados, y les condenó a abonar al actor, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad de 16.064 pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda.

Apelada dicha sentencia exclusivamente en orden al *quantum* de la indemnización concedida al demandante, éste, en trámite de instrucción, solicitó por otrosí de su escrito el recibimiento del juicio a prueba: se basó en que en los informes periciales practicados en la prueba en primera instancia se consignaba por los Peritos que en algunas especies de los frutales «se observa una floración o brote normal», por lo que consideraban que no se habían producido daños en ellos; sin embargo, con posterioridad, muchos de dichos árboles habían perecido, hecho éste nuevo de evidente influencia en el pleito para determinar el *quantum* del perjuicio causado, por lo que se interesaba de nuevo dictamen pericial. La Audiencia dictó auto declarando no haber lugar a recibir el juicio a prueba, por estimar no comprendido lo solicitado en el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; interpuesto contra dicho auto recurso de súplica, fue desestimado por otro auto, considerando que, nacidos los hechos después de promovido el pleito, los derechos correlativos también han nacido después de entablado el pleito y podrán ser objeto de otro nuevo, pero no del presente, pues tales hechos como no ocurridos tampoco fueron objeto de la demanda, a cuyo momento hay que atender para resolver sobre las peticiones de ambos litigantes. La Audiencia acordó, asimismo, proceder

a la formación de la consiguiente causa criminal en averiguación de la existencia o no de posible delito en la producción del fuego por orden de los demandados, instruida dicha causa por el Juzgado de Instrucción, la Audiencia Provincial dictó sentencia absolviendo a los demandados, presuntos responsables civiles en orden a la responsabilidad criminal. Tras una petición de «diligencia para mejor proveer» denegada, la Audiencia Territorial dictó sentencia confirmando la apelada en todas sus partes.

Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, por estimar infringidos los artículos 862-3.º y 860 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que los nuevos hechos alegados ante la Audiencia eran de influencia notoria en el pleito, pues no había podido justificar el motivo de la apelación que era precisamente fijar el *quantum* de los perjuicios causados, que nacían de los huecos producidos por la naturaleza, que, hallándose escondidos en el interior del arbolado, traían su origen del hecho ya conocido en el pleito, o sea, el fuego producido en la finca que afectó al arbolado de la misma.

Siendo ponente don Francisco Bonet Ramón, prosperó el recurso en base a la siguiente doctrina:

Considerando: Que instado por el recurrente en el otrosí del escrito de instrucción ante la Audiencia de 5 de diciembre de 1963, al amparo del artículo 860, en relación con el 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recibimiento a prueba en esa segunda instancia, por haberse producido hechos nuevos después del escrito de proposición de prueba en primera instancia, que fue denegado por auto de 23, digo 23 de enero de 1964, objeto de suplicación por escrito de 29 de enero de 1964, igualmente denegada por auto de 20 de febrero de 1964, se dictó sentencia resolutoria en segunda instancia con fecha 14 de octubre de 1966, contra la que se formaliza el presente recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en el número 3.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por haberse faltado al recibimiento a prueba en la segunda instancia», citando como infringido el número 3.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que autoriza el recibimiento a prueba en la segunda instancia, cuando hubiera ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión del pleito, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia.

Considerando: Que consignado en los informes periciales practicados en primera instancia, que «en las especies peral y manzano se observaba un brote normal, encontrándose llenos de flor», por lo que parte del arbolado sobre el que versaba el informe parecía no haber sufrido daños, y sin embargo con posterioridad a haberse efectuado tales informes se alega que muchos de los árboles han perecido; éste es un nuevo hecho producido, que cae dentro de lo establecido en el número 3.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de evidente influencia en el pleito para determinar el *quantum* del perjuicio, para lo cual se necesitan conocimientos científicos o prácticos, por lo que es necesario nuevos informes de Peritos agrícolas o Ingenieros agrónomos, procediendo la estimación del recurso.

Nota.—De esta sentencia interesa aquí aludir a algunos puntos contenidos en la síntesis de los hechos. Podemos centrarlos en tres: cuál era realmente el dispositivo técnico elegido por los firmantes del contrato del año 1946 para la protección de sus intereses, la eficacia de la cláusula compromisoria inserta en dicho contrato, y la afirmación de que «el acta notarial es irrelevante por no tener las garantías que exige la seguridad jurídica».

De estos problemas, los dos primeros se nos escapan, al carecer de los datos más elementales, como sería el texto del citado documento.

El problema de la eficacia de las actas notariales que recogen hechos y apreciaciones técnicas o periciales es grave y poco trabajado. Aparentemente se trataba de un acta de presencia, haciendo constar el hecho de la existencia de unos daños, en la que—además—unos técnicos determinaban el origen de los daños y los evaluaban: o sea, que a su vez contenía un acta de referencia. El problema que tales actas plantean se refiere a su eficacia en un juicio posterior. Procesalmente hablando, las declaraciones de Peritos o testigos hechas fuera del juicio, no tienen valor como prueba testifical. Pero este criterio—observa GIMÉNEZ-ARNAU—no se observó siempre: así, en los Derechos griego, romano, inglés y pontificio. Lo que me parece claro y evidente es que las manifestaciones y declaraciones efectuadas ante el Notario no presuponen un futuro pleito, y en todo caso siempre se tratará de una prueba documental que el Juez podrá valorar al menos como una simple presunción. El problema sería ciertamente más complejo si el acta hubiera sido de las «de notoriedad» y el Notario hubiera valorado las pruebas ante él realizadas, por la presunción de veracidad implícita en tales actas. En cualquier caso, la laguna legal acerca del valor de las actas de referencia permite estas afirmaciones en los pleitos, en las que se pone en duda su relevancia jurídica.

HONORARIOS DE LETRADO: Dictamen realizado con posterioridad al hecho del desistimiento del recurso. Sebastián Escrich c. «Muebles Más y Montesinos, S. A.», y otros. (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1968).

Antecedentes.—Los demandados interpusieron recurso de casación por infracción de Ley, que les fue admitido, señalándose la vista para el día 23 de octubre de 1967. Posteriormente presentaron escrito desistiendo del recurso, que tuvo ingreso en el Tribunal el 14 de octubre. Con fecha 17 del mismo mes se dictó auto por la Sala teniendo por apartados y desistidos del recurso a los recurrentes.

Practicada la tasación de las costas ocasionadas en el recurso, se incluyó la minuta del Letrado de la parte recurrida y demandante. Dicha minuta ascendía a 5 000 pesetas, por el concepto de «estudio del recurso, del dictamen del Ministerio Fiscal, y preparación para la vista señalada para el 23 de octubre de 1967».

De la tasación practicada se dio traslado a los recurrentes, que impugnaron la minuta por considerarla indebida, estimando que habiendo desistido del recurso el 11 de octubre y habiéndosele tenido por desistidos en auto del 17 del mismo mes, la parte adversa tuvo de ello conocimiento con la antelación suficiente para no ser necesaria la preparación para la vista. Para su caso, anunciaron también la impugnación de dicha minuta por excesiva.

La parte recurrida se opuso a la impugnación de la minuta por indebida, estimando que es práctica constante en los Tribunales incluir en las tasaciones de costas las minutas de los honorarios de los Letrados de las partes recurridas cuando la suspensión de las vistas se verifica poco tiempo antes del día señalado, y cuyo margen de cinco días, como en el caso de autos, cree dentro de la previsión y de la lógica.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión incidental y establece:

Considerando: Que, para resolver acerca de si son o no realmente debidos los honorarios del Letrado, es preciso valorar la efectiva intervención de dicho profesional tal y como sucedió en el presente caso, circunstancia que no puede ser desvirtuada por el hecho del desistimiento y caducidad, respectivamente, de los recursos interpuestos, dado el plazo con que tuvo conocimiento de los mismos el Letrado que minuta, para lo cual ejercita un derecho incuestionable, que obliga a desestimar la impugnación formulada. Con independencia de la cuantía exacta en que se cifra aquella actuación...

Fallamos: Que declaramos no haber lugar a la impugnación de honorarios por indebidos... a que este incidente se concreta, y siga la tramitación de la oposición a la tasación de costas respecto a ser excesivos los honorarios del citado Letrado, a cuyo fin se le oirá por término de dos días

REVOCACION DE DONACION POR INGRATITUD: *Cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* Lueje y Marcos c. Lueje Marcos (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1968).

Antecedentes.—El matrimonio demandante había otorgado escritura de donación el 16 de julio de 1963, a favor de una hija, la demandada, de la finca llamada «Loreto», «con cuanto a la misma sea accesorio y dependiente»... Tal donación fue pura, simple y gratuita, o *subsidiariamente*, según los demandantes, donación condicional, si se demostrase que existía tal condición, por adquirir la donataria cierta obligación respecto de los donantes. Posteriormente, la donataria escribió unas cartas en las que se hacían manifestaciones y comentarios despreciativos de los donantes, y al parecer había echado a éstos de la finca. El suplico de la demanda se concretaba a solicitar los siguientes pronunciamientos: 1.º que se revoque por causa de ingratitud la donación pura, simple y gratuita, verificada por los demandantes a favor de la demandada, y para el caso de que se alegara o probara que tal donación no fue gratuita, sea revocada también por la propia causa de ingratitud; 2.º que en consecuencia se cancelen las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad; 3.º que en consecuencia, se condene a la demandada a devolver a los demandantes la finca donada, con todo lo demás que fue objeto de donación conforme a la escritura; 4.º que se condene a la demandada a devolver a los demandantes todos los bienes muebles relacionados en la demanda—mobiliario y objetos sitos en el interior de la casa en el momento en que se donó la finca—, retenidos sin el menor título por la donataria; 5.º que se condene a la donataria a devolver los frutos producidos por la finca donada, desde la fecha de interposición de la demanda hasta el día en que se restituya la finca, a determinar en periodo de ejecución de la sentencia, calculados prudencialmente en 50.000 pesetas anuales, 6.º que se condene al pago de las costas a la demandada.

En la contestación a la demanda se negaban por la donataria los hechos de que hubiera arrojado a sus padres de la casa y el que las cartas pretendidamente injuriosas hubieran llegado casualmente a poder de los demandantes. Alegaron que tales cartas les habían sido sustraídas al destinatario de las mismas—otro hermano—por un tercero que las dio a la publicidad incluso con

fotocopias. En cuanto a la donación, ésta no fue pura, simple y gratuita, sino que tuvo *su antecedente* en un contrato familiar de *renta vitalicia* pactado entre los padres demandantes y todos los hijos (salvo uno de ellos), firmado el 31 de marzo de 1963, por el que los padres cedían sus bienes inmuebles sitos en Asturias a sus hijos, a cambio de percibir la pensión anual correspondiente. En la misma fecha se firmó otro documento, por todos los intervinientes en el citado contrato, en el que adjudicaban los bienes inmuebles de referencia. La donación a la demandada, como lo demuestra el contrato de renta vitalicia, se hizo en un sentido amplio y comprensivo de todo lo contenido en la finca, inclusive los muebles. Teniendo la donación objeto de este proceso, como *causa inmediata*, dicho contrato de renta vitalicia, si aquélla fuera revocada se daría el caso absurdo de envolver tal revocación un enriquecimiento injusto a favor del resto de los hermanos de la demandada; y ésta, privada de la donación, pero vinculada por el citado contrato de renta vitalicia a seguir satisfaciendo la pensión a sus padres. Con ello resultaría el absurdo jurídico de que el citado contrato de renta vitalicia, como *causa*, pervive, pero la donación, como *efecto*, perece. Terminaba suplicando: 1.º que se estime la excepción de incompetencia de jurisdicción, y se desestime la demanda, absolviendo a la demandada; 2.º subsidiariamente, que se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda y absolviendo de ella a la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y revocó por causa de ingratitud la donación pura, simple y gratuita efectuada por los demandantes a favor de la demandada.

La Audiencia, revocando totalmente la sentencia apelada, declaró no haber lugar a las acciones revocatoria de donación y reivindicación ejercitadas en la demanda, que desestima en todas sus partes, y absolvió a la demandada.

Interpuesto por los demandantes recurso de casación por infracción de Ley, articulado en cinco motivos, no prospera ante el Tribunal Supremo en base a la siguiente doctrina—siendo ponente don Francisco Bonet Ramón—:

Considerando: Que esta Sala viene manteniendo con gran reiteración, que los requisitos que con rigurosa exigencia establece el artículo 1.720 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, se cumplan estrictamente en la formalización de los recursos de casación por infracción de Ley, o sea, que en los distintos motivos que se propongan se exprese de manera separada sus distintos fundamentos, excluyendo toda conjunción de ellos en un mismo motivo, que, al producir confusión en su desarrollo, opuesta a la claridad y precisión que debe presidirlo, hace equívoca u oscura su inteligencia para la adecuada resolución, como sucede en el caso de autos con los motivos primero, segundo, tercero, en cada uno de los cuales se denuncia la «interpretación errónea y consiguiente equivocada inaplicación; concepto este último que, además, no está tipificado en la Ley, ni por la jurisprudencia, y que parece referirse al de aplicación indebida, como se hace en el motivo quinto, dualidad de conceptos que hace incurrir a todos esos motivos en la causa de inadmisión del número 4.º del artículo 1.729 de la Ley, por haberse dejado de cumplir lo prevenido en el precitado artículo 1.720, y que en el actual trámite procesal es causa de desestimación.

Considerando: Que el motivo cuarto tampoco puede prosperar, por no tener el carácter de auténticos los documentos en que se funda el pretendido error de hecho en la apreciación de la prueba, al haber sido objeto de examen por la Sala sentenciadora, y no hacer prueba por sí mismos sin necesidad de interpretación, ni haberse alegado error de Derecho que es al que se refiere.

PREFERENCIA DE CREDITOS *Artículos 1.924-2.º-D del Código civil y 59 de la Ley del Contrato de Trabajo; los créditos de los trabajadores son «singularmente privilegiados» y las normas citadas implican un beneficio establecido a su favor. Créditos por las costas judiciales: artículo 1.924-2.º-A del Código civil e interpretación restrictiva del mismo.—TERCERIA DE MEJOR DERECHO: Su finalidad es la comparación de los títulos para determinar la prioridad y preferencia de los créditos en litigio. El ámbito de la tercera es determinar la preferencia de los créditos laborales respecto a otros créditos.—ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: Para su aplicación es necesario que concurren determinados requisitos; además, es preciso demostrar la procedencia de la acción o excepción de enriquecimiento; es cuestión nueva. Martínez y otros c. Cosialls y Compañía Nacional de Electricidad. (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1968).*

Antecedentes: 1) Los demandantes habían deducido sus pretensiones ante la correspondiente Magistratura de Trabajo, como consecuencia de expediente de despido seguido contra ello por su patrono, el demandado señor Cosialls, y se les reconocieron sus derechos al percibo de los emolumentos derivados de sus relaciones laborales con el demandado, dictándose las oportunas resoluciones judiciales que condenaron al patrono a pagar a los actores la suma de 403.433 pesetas. 2) Para hacer efectivas las cantidades adeudadas, se embargaron en los autos laborales bienes propios del demandado, sitos en la mina «La Sultana», cuyos bienes se encontraban ante la Magistratura en período de valoración para celebrar la oportuna subasta. 3) Se alzó el embargo sobre dichos bienes en razón de que los mismos pertenecían a una Compañía minera extranjera y a otra S. A. española, cuyos hechos se acreditaron en las correspondientes tercerías de dominio. 4) Al parecer, otra empresa explotadora de la mina se había hecho cargo de ella y los productores despedidos habían sido readmitidos. 5) Los demandantes, habido conocimiento de que los bienes citados del demandado señor Cosialls se habían embargado y se anunció la subasta en un Juzgado de Madrid, se dirigían a él en derivación de juicio ejecutivo, sobre reclamación de cantidad por la entidad demandada Compañía Nacional de Electricidad contra el otro demandado señor Cosialls; los bienes fueron tasados, previa deducción de las deudas a favor de las Compañías mineras aludidas, en un total de 936.100 pesetas. 6) La Compañía Nacional de Electricidad pretendía hacer efectiva su deuda por valor de 923.702 pesetas, importe de lo que se le debía por el señor Cosialls por suministro de maquinaria e instalaciones. 7) En consecuencia, los demandantes y la Compañía Nacional de Electricidad, para cobro de sus respectivos créditos, habían embargado bienes del demandado señor Cosialls, siendo los mismos e idénticos que no alcanzaban a cubrir las dos deudas. 8) La subasta se celebró y se habían adjudicado los bienes a la Compañía demandada y a otro postor; en ese momento procesal cuando se instó por los demandantes la «tercería» de mejor derecho.

En la demanda se suplica: que se declare la preferencia de los actores para el percibo de sus créditos, por ser privilegiados, respecto al de la entidad Compañía Nacional de Electricidad, y que en consecuencia los actores debían percibir preferentemente a dicha entidad el importe del precio total o valor íntegro consignado resultante de la subasta celebrada, sin que su percibo rebasase las 403.433 pesetas; y que se condene a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones.

El demandado señor Cosialls no compareció, por lo que se le declaró en rebeldía. La Compañía demandada compareció y contestó a la demanda; entre sus alegaciones, son aquí interesantes: 1) Si los demandantes habían sido readmitidos, extrañaba que además pretendieran percibir la indemnización por la inadmisión o por despido, y si otra empresa explotadora sucedió al señor Cosialls, debería haberse hecho cargo de las deudas por continuidad laboral; resultaba que unos bienes, propiedad ajena, además de ser embargados, estaban trabajando a favor de no se sabía quién. 2) Los bienes aún estaban en la mina, en marcha, trabajando y produciendo, sin que las Sociedades propietarias los hubieran retirado. 3) El metálico obtenido en la subasta no había estado en ningún caso incorporado a la empresa del señor Cosialls y no había sido propiedad suya, con lo que dicho metálico obtenido en el remate de sus bienes no podía ser objeto de tercera.

El Juzgado dictó sentencia por la que declaró: que los demandantes gozaban de preferencia para el cobro de sus créditos, por ser singularmente privilegiados, respecto al crédito de la Sociedad ejecutante y demandada en esta tercera, y con cargo al producto de los bienes objeto de la subasta; que, por tanto, los demandantes debían percibir con preferencia a la Compañía demandada, y hacer suyo con prioridad a ésta el importe del valor íntegro consignado resultante de la subasta celebrada de los bienes embargados, y sin que tal percibo rebasara la expresada cantidad importe de los créditos existentes a favor de los actores; se ordenó a la entidad demandada a hacer pago de la suma mencionada a los demandados, y se condenó a ambos demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y pronunciamientos.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

La entidad demandada interpuso recurso de casación, basándose: en la violación por no aplicación de la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto, ya que en caso del despido o se indemniza o se readmite, pero no las dos cosas; en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba; en infracción del artículo 79 LCT y del artículo 1.924-2.º a) y b), sobre preferencia de las costas, pues los gastos del procedimiento habían sido pagados por la recurrente y de ello se beneficiaban los terceristas, con lo que las costas judiciales debían ser preferentes a cualesquiera otras. El recurso fue rechazado por el Tribunal Supremo en méritos de la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato.

Considerando: Que, para determinar el ámbito en que debe desenvolverse este recurso, con relación al juicio de tercera decidido en segunda instancia por la resolución recurrida, conviene resaltar que, cual se sostiene en la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 1942, y de acuerdo con lo ya establecido en la de 21 de noviembre de 1917, que en aquélla se menciona, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reiterada jurisprudencia sobre su aplicación, las tercerías, como incidencias de un juicio ejecutivo, cuando son de mejor derecho de un tercero a ser reintegrado de su crédito, con preferencia al acreedor ejecutante, con el producto de los bienes embargados al deudor común, en atención a su naturaleza y propia finalidad, que no puede ser otra que la de comparación de los títulos, para determinar la prioridad y consiguiente preferencia, entre los dos créditos en litigio, no admite a discusión y resolución cuestiones ajenas al expresado objeto, las que, en su caso, habrán de ventilarse en distinto procedimiento.

Considerando: Que en el primero de los motivos de este recurso, por el cauce procesal que ofrece el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación, por no aplicación, de «la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto», con cita de las sentencias de este Tribunal que se invocan y del «párrafo tercero del artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, texto refundido aprobado por Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944»; mas debe notarse, en primer lugar, que la tesis sustentada en este motivo tiene marcado carácter laboral y rebasa el ámbito propio de la tercería de mejor derecho, y que, para sostenerla, se recurre a afirmaciones fáctico-probatorias alegadas por vía inidónea; pero, sobre todo, hay que destacar que a través de esta motivación se pretende introducir en el recurso una cuestión nueva sobre enriquecimiento injusto o torticero que no ha tenido en el periodo expositivo del pleito un adecuado y necesario planteamiento, siendo de advertir, al respecto, la forma vaga, imprecisa e interrogativa en que la Compañía demandada, ahora recurrente, se ha producido en su escrito de contestación, rehusando hacer afirmaciones concretas.

Considerando: Que, reiteradamente, tiene declarado esta Sala, que son ineficaces en casación los motivos referentes a cuestiones nuevas no alegadas y discutidas en el pleito, y que deben reputarse como tales, a todos los efectos, las suscitadas con posterioridad a los periodos de alegación y discusión, pues no es posible en casación tener en cuenta problemas jurídicos que dejaron de plantearse en el pleito, ni puntos o cuestiones no invocadas en él y, consiguientemente, no comprendidas en los términos del debate; advirtiéndose, además, que para poder aplicar la doctrina sobre enriquecimiento torticero, es necesaria la concurrencia de determinados requisitos (sentencias de 16 de diciembre de 1959, 25 de enero de 1958 y 26 de marzo de 1958, entre otras que pudieran citarse) y que, cual se dice en la sentencia de esta Sala de 12 de enero de 1943, si bien este Tribunal Supremo ha invocado en copiosa jurisprudencia el principio antes citado, para atender a múltiples situaciones en que la equidad exigía su aplicación... no basta invocar el principio de que se trata a modo de una regla general y abstracta, sino que es preciso *demostrar y justificar en cada caso* la procedencia concreta de la acción (o excepción) de enriquecimiento; todo lo que está indicando la inexcusable necesidad de que una cuestión de tal importancia sea debidamente alegada y planteada en el periodo expositivo del pleito, aduciendo, en tal caso, la existencia de los requisitos necesarios para su justificación, y, al no haberse hecho así y suscitarse ahora una cuestión en realidad nueva, se ha incurrido en una causa de inadmisión—número 5.º del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil—que en esta fase decisoria lo es de desestimación.

Considerando: Que, desechado el motivo primero, tampoco puede ser acogido el segundo, formulado al amparo del número 7.º del antes mentado artículo 1.692 de la Ley Procesal, en el que se denuncia error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, resultante, en opinión de la recurrente, de documento auténtico que demuestra la equivocación evidente del juzgador, pues, en primer lugar, tal motivo se encamina a demostrar la tesis del enriquecimiento injusto, cuestión ésta rechazada como nueva al ser desestimado el anterior motivo; pero, además, tampoco se discriminan con claridad las dos diferentes clases de error alegadas y, en cuanto al *de hecho*, es claro que no pueden tenerse como documentos auténticos, a efectos de casación, las actas de confesión en juicio de los terceristas, pues por sí misma no evidencian la absoluta e irrefutable certeza de su contenido; y en lo que concierne al

supuesto error *de derecho*, ni siquiera se cita, en calidad de norma valorativa de prueba infringida, el artículo 1232 del Código civil, que sería, en principio, el aplicable, ni, por otra parte, dan todos los terceristas confesantes contestación afirmativa a las dos posiciones que se indican, sino que algunos las contestan negativamente; pero, además, teniendo presentes las confesiones, en su totalidad, carece esa prueba del valor decisivo que quiere atribuirsele, siendo obvia su intrascendencia al ser rechazado el primer motivo.

Considerando: Que el verdadero *ámbito* de la tercería de mejor derecho ha quedado fijado en el razonamiento inicial de esta sentencia, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que en el mismo se recoge; mas la parte recurrente, a medio del motivo tercero (también respaldado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento), trata de hacer valer una cuestión de índole laboral con base en el artículo 79, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Trabajo, cuestión que no puede afectar a la tercería, dadas las circunstancias que en el caso concurren, pues es obvio que el derecho de los actores terceristas se ampara en resoluciones firmes dictadas por la Magistratura de Trabajo de Orense, recaídas en expedientes contencioso-laborales sobre salarios y despido, que proclaman la obligatoriedad de sus créditos; y la preferencia de los mismos está consagrada, conforme a la sentencia recurrida, por el artículo 1.924-2.º-D del Código civil, en relación con el segundo del artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo, cual acertadamente se razona en el fundamento segundo de la sentencia de primer grado y en el primero de la recurrida, procediendo la efectividad sobre el importe de los bienes embargados, por estar éstos incorporados a la Empresa o explotación en que los trabajadores reclamantes prestaban sus servicios, teniendo sus créditos la calidad de «singularmente privilegiados», y por eso no puede negársele ese derecho al existir tales bienes de la Empresa cesante, sin que en este supuesto sea obligado para los trabajadores hacer uso de una norma, que implica un beneficio establecido a su favor, y no de un tercero ajeno a la relación laboral, razones por las que la Sala sentenciadora no ha incurrido en la infracción que se denuncia en el motivo 3.º, y éste debe ser igualmente desechado.

Considerando. Que, finalmente, tampoco puede prosperar el motivo 4.º, en el que, por el mismo cauce procesal, se acusa la violación, por no aplicación «de la doctrina del artículo 1924, número 2.º, apartado a), en relación con el apartado b) del número 3.º de tal artículo del Código civil, y la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto», pues, en primer lugar, habida cuenta de los razonamientos contenidos en el segundo de los fundamentos de la sentencia impugnada y de la resultancia del apuntamiento, tampoco aparece que la cuestión suscitada en este motivo haya sido debatida y adecuadamente planteada en la instancia, puesto que la *súplica* del escrito de contestación tiene un carácter global y se refiere, de una manera general, al pago de costas y parte del principal e intereses reclamados en el juicio ejecutivo, pero no concretamente a las costas causadas en el procedimiento de apremio, que serían las únicas que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, podrían redundar en interés común de los acreedores sin que, por otra parte, y dadas las razones ya expuestas, sea de aplicar la doctrina sobre enriquecimiento injusto; debiendo advertirse, además, que la propia parte recurrente viene a reconocer que en el escrito de conclusión—y, por tanto, extemporáneamente—se manifestó que *se ampliaba* el apartado B) del tercero de la demanda; siendo claro que tampoco se determinó cuál fuese el importe de las costas abonables, ni tal punto se relegó para ejecución de sentencia; siendo de notar, finalmente,

que, dados los estrictos términos del apartado 2.º, letra A, del artículo 1.924 del Código civil, tampoco puede darse a esta norma la interpretación extensiva que, al parecer, se pretende por la parte recurrente.

Considerando: Que, al no ser estimado ninguno de los motivos que sirven de fundamento al recurso, es procedente declarar no haber lugar al mismo, con los demás pronunciamientos inherentes a esa declaración.

J. C. G.

LOS ARTICULOS 77 Y 79 DE LA LEY DEL SUELO NO IMPIDEN LA APLICACION DEL ARTICULO 400 DEL CODIGO CIVIL. DIVISION DE LA COSA COMUN: NO SIGNIFICA PARCELACION URBANISTICA (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1968).

Existía una comunidad, por mitades indivisas, entre el demandante y el demandado, respecto de dos parcelas. Una parcela tenía de extensión 83 áreas, 49 centiáreas; la otra, 1 hectárea, 9 áreas, 37 centiáreas, 16 centésimas.

El demandante pidió en la demanda la disolución de la copropiedad o división material de las parcelas.

El demandado se opuso, alegando, entre otras razones, que existían inconvenientes de orden jurídico y fáctico que limitaban la posibilidad de división física de las fincas, pues las mismas se hallaban enclavadas en la zona denominada de «reserva urbana», prevista en el Plan General de Ordenación Urbana de S'Agaró-Playa de Aro, aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo, con fecha 10 de noviembre de 1959, y de conformidad con las directrices del citado Plan de aprovechamiento urbanístico de las fincas, y que habrá de sujetarse a lo que resulte del mismo. Que resultaba imposible proceder a una partición o división física, so pena de correr el riesgo de que, en función de las situaciones en que pudieran quedarse las porciones de finca dividida, quedasen materialmente sin valor y desproporcionadas con la estimación que hoy se podría computar, teniéndose en cuenta sólo la superficie y accesos.

Añadió cierta reconvencción sobre liquidación de frutos, rentas y utilidades.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y absolvió al demandante de la reconvencción. La Audiencia dictó sentencia, por la que revocó la apelada y declaró disuelta la comunidad y ordenó se procediera a la división de las fincas, teniendo en cuenta sus características y salidas a caminos.

Interpuesto recurso de casación, no prosperó. Quedó firme la sentencia de la Audiencia Territorial.

Dice la sentencia del Tribunal Supremo:

Considerando: Que los dos motivos del recurso, ambos por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienden a demostrar que el precepto del artículo 400 del Código no es absoluto, por lo que ha sido erróneamente interpretado en la resolución impugnada, y que tal norma ha sido modificada y limitada por los artículos 77 y 79 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1966, que han sido violados por inaplicación en la sentencia recurrida, y habida cuenta que, conforme a los términos absolutos y terminantes en que está redactado el artículo

lo 400, concede a todo copropietario el derecho inalienable e imprescriptible de poder pedir en todo tiempo, salvo pacto temporal en contrario, la división de la cosa común; es evidente que el Tribunal de Instancia interpretó fielmente el precepto y perece el motivo, sin que quepa, en modo alguno, admitir que tal artículo 400 ha sido modificado y limitado por los 77 y 79 de la Ley del Suelo, en cuanto éstos se refieren a prohibir la parcelación urbanística de una finca; o sea, el establecimiento de una urbanización limitada a la finca misma, con sus accesos, servicios, etc., no sometida al Plan Parcial de Ordenación del sector correspondiente, previamente aprobada; pero no puede afectar a la división de una cosa poseída en régimen de comunidad, que, aun cuando entrañe una parcelación al resultar la finca dividida, no significa una parcelación urbanística y decae el recurso en su totalidad.

Interesante fallo que distingue entre la división que pudiéramos llamar civil, de cosa poseída en régimen de comunidad y división por parcelación urbanística. Viene a ilustrar sobre una cuestión que preocupa a los profesionales que intervienen en la formalización de la titulación en zonas—hoy numerosas—afectadas por planes urbanísticos.

Es comprensible la postura del demandado, que convenció al Juez de Primera Instancia y fracasó en la Audiencia. El artículo 78 de la Ley del Suelo dice sencillamente: «Serán indivisibles...» El 79, en su número 3, preceptúa que «los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de licencia, que los primeros deberán testimoniar en el documento». Aunque es de tener en cuenta que estos artículos se están refiriendo a parcelaciones y reparcaciones urbanísticas.

La decisión de esta sentencia despejará dudas y vacilaciones.

B. M. B.

V. SUCESIONES «MORTIS CAUSA»

TÍTULOS NOBILIARIOS: *Determinación del orden sucesorio; sucesión regular y sucesión agnaticia. Título de la concesión de la merced: interpretación de la expresión «casa». Mayorazgo instituido en testamento cerrado. Hurtado de Amézaga y Caballero c. Hurtado de Amézaga y Armada. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1967).*

Antecedentes:

1. Con fecha 27 de junio de 1708, el Rey Felipe V, en recompensa de los servicios prestados por su Mariscal de Campo, le concedió el título de Castilla, llamado «Marqués del Riscal de Alegre», con carácter perpetuo, expresando se hacía «para vos y los sucesores en vuestra casa»...

2. El nuevo Marqués, posteriormente, con fecha 28 de marzo de 1719, otorgó testamento cerrado por el cual, entre otras disposiciones, creó un mayorazgo;

disponía, además, expresamente que «entre los bienes integrantes de dicho mayorazgo se contara el antiguo solar infanzón de Amézaga»; y establecía expresamente el orden de suceder en los bienes del mayorazgo recién constituido: «llama a él, en primer lugar, a su hijo primogénito, y, a falta de éste, a sus hijos y descendientes legítimos y de legítimo matrimonio (*sic*), varones de varones, sin interposición de hembras, prefiriendo el varón mayor al menor. En defecto de varones de esta línea, llama a su hija legítima, y, después de ella, a sus hijos y descendientes legítimos, de varón a varón, con la misma preferencia que los de la línea del hijo y sin la interposición de hembras. A falta de esta línea, llama a una segunda hija, y a sus descendientes varones legítimos; después, a sus sobrinos y a sus hijos varones descendientes legítimos y después a otros sobrinos, con la misma descendencia. Sólo acabadas que fuesen las líneas y llamamientos referidos, y guardando el mismo orden y disposición que se dejaba expresado, disponía que heredaran los varones de hembras, y a falta de éstos, las hembras, para cuya titularidad será requisito indispensable la llevanza del apellido Hurtado de Amézaga en primer término».

3. Tras una curiosa serie de vicisitudes en el árbol genealógico, al VII Marqués de Riscal le concedió el Rey Afonso XIII la Grandeza de España «como ajea e inherente a su título de Marqués de Riscal».

4. A la muerte del citado VII Marqués, don José Hurtado de Amézaga y Zabala, le sobrevivió una hija, doña Milagros, la cual no solicitó la carta de sucesión en la merced.

5. La situación litigiosa se produjo entre dos descendientes de un hermano menor de don José, llamado don Francisco Javier. éste era el tronco común de ambas partes litigantes. Doña Belén (hija de su hijo mayor Camilo) era la demandada, y don Luis (hijo menor de don Francisco Javier) era el actor.

6. El actor había pretendido anteriormente que su mejor derecho le fuera reconocido en la vía administrativa, pero el Ministerio de Justicia no le otorgó tal derecho por no considerar eficaz la institución del orden sucesorio hecha por el concesionario de la merced.

Ambas partes coincidían sustancialmente en que el nudo de la cuestión litigiosa se concretaba en si el marquesado de Riscal debía o no considerarse como un título agnaticio «agregando».

El demandante pretendía que en la ordenación sucesoria dispuesta en 1719 quedaba expresamente incluida la merced nobiliaria del marquesado de Riscal, al dictarse precisamente para él «y para su casa»; además, creía tener derecho preferente al título por ser varón—frente a una hembra, aunque ésta fuere de línea anterior—por el principio de agnación a que el título obedece. La tesis era unir el mayorazgo a la merced.

La demandada entendía: que las expresiones «para persona y casa», «los sucesores de vuestra casa», etc., solamente significaban «hijos y sucesores», interpretadas gramatical y lógicamente (el testamento de 1719 decía «se hizo merced, para mí y mis hijos y sucesores»...); que la casa de Amézaga era un bien adquirido por el I Marqués poco antes, y no estaba vinculada en él mismo; que el mayorazgo instituido tenía cierto carácter agnaticio, pero no era de rigurosa agnación, y que los llamamientos a la sucesión del mayorazgo eran inoperantes en el pleito, que se concretaba exclusivamente al mejor derecho del título de «Marqués de Riscal»; que, de admitir la incorpo-

ración del marquesado al mayorazgo, se admitiría la posibilidad de disposición de una merced real y de alteración del orden regular sucesorio establecido al ser aquélla otorgada.

El Ministerio Fiscal se opuso a la demanda, negando sobre todo que el orden de suceder en el título de Marqués de Riscal sea el establecido en el testamento de 1719.

La tesis del demandante fue acogida por el Juzgado y por la Audiencia.

La demandada interpuso recurso de casación, dirigida por don Eduardo García de Enterría, desarrollando y precisando algunas de las alegaciones de la contestación a la demanda, que sustancialmente eran idénticas.

Recojo en forma extractada algunas interesantes afirmaciones del recurso, articulado en seis motivos, por ser posteriormente acogido por el Tribunal Supremo:

Motivo primero: Denuncia la infracción por violación del artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, de la Ley 8.ª del título 17 del libro 10 de la Novísima Recopilación, y de la doctrina legal reiteradamente establecida en numerosas sentencias. Partía de la base de que es un principio esencial de la sucesión nobiliaria que «el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia». Que hay, pues, un orden sucesorio normal o «regular», que es el tradicional de sucesión a la corona, el cual se aplica siempre que no exista precepto claro contrario en el título de concesión de la merced, esto es, siempre que no conste un orden «irregular» o de cláusula en la real cédula de concesión. Que, por tanto, es elemental concluir que la presunción opera en favor de la regularidad sucesoria, tanto porque las excepciones al orden regular no pueden presumirse y deben ser expresas, como por exigencias de la seguridad jurídica.

Motivo segundo: Denuncia la infracción de la Ley 42 de Toro y de la doctrina legal de numerosas sentencias sobre declaraciones tácitas de voluntad. Recoge un inciso de la sentencia de 22 de noviembre de 1963, sobre la «Casa de Pinés». Afirma que el mayorazgo instituido en el testamento de 1719 es claramente un mayorazgo no precedido de real licencia, ya que tal licencia no se dio ni se ha intentado probar; a la declaración real contenida en el título de concesión le falta todo significado de voluntad o de consentimiento en el sentido de otorgar un derecho al concesionario, lo que es inexcusable para poder hablar de «autorización tácita».

Motivo tercero: Denuncia la infracción por violación del artículo 1.253 del Código civil, sobre los límites y condiciones de las presunciones judiciales. Porque no hay ningún enlace preciso y directo, y ni siquiera impreciso ni indirecto, entre el hecho de que se traten de retribuir los méritos colectivos de una familia (a ello equivale la expresión «la casa») y el hecho pretendidamente deducido de que con ello se implica una autorización al concesionario del título para ordenar libremente la sucesión de éste. Entre ambos hechos no existe la menor conexión lógica, ni tampoco hay otras pruebas directas o indirectas que permitan al Tribunal su apreciación conjunta, de modo que la conexión entre uno y otro hecho se presenta desnuda y simple.

Motivo cuarto: Denuncia la infracción por violación de la doctrina legal establecida reiteradamente por el Tribunal Supremo sobre indisponibilidad de los títulos nobiliarios.

Motivo quinto: Denuncia la infracción por interpretación errónea de la Ley 45 de Toro, tal como esta interpretación ha sido establecida por la sentencia de 9 de junio de 1964. Dicha Ley dispone que «la posesión civilísima sobre los mayorazgos (y, por ende, sobre los títulos nobiliarios) se traslada a quien, según disposición del mayorazgo, debiera suceder en él, aunque otro ostente su posesión de hecho». Esta es la base de las acciones de desposesión nobiliaria. Tradicionalmente se venía entendiendo que para beneficiarse de esta posesión civilísima bastaría que el demandante justificase *un mejor derecho relativo* que el poseedor del título, aunque existiese o pudiesen existir otros terceros mejor situados a su vez.

Motivo sexto: Denuncia la infracción de la Ley 2.^a del título 15 de la partida segunda y de la Ley 40 de Toro, que definen el orden regular de sucesión en los títulos nobiliarios. Demostrado que la real Carta de concesión del marquesado de Riscal no constituyó ni directa ni indirectamente un orden sucesorio específico al cual atenerse, es de obligada aplicación el orden regular de sucesión, que es el tradicionalmente seguido en la materia, el viejo orden sucesorio de la Corona; este orden sucesorio consagra los principios de primogenitura y de representación, por los cuales queda definida la preferencia del Derecho de la recurrente sobre la parte contraria, ya que la demandada y recurrente es hija primogénita del hermano mayor del actor, y en ella está representada, por tanto, la persona de su padre y por tanto alcanza a ella la preferencia del hermano mayor (causahabiente suyo) sobre el menor, que es la parte contraria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente don Manuel Lojo Tato, acoge dicho recurso en méritos de la siguiente doctrina:

Considerando: Que antes de entrar en el examen de otras cuestiones es conveniente consignar que en el *pleito* que da origen al presente recurso de casación se *ventila*, entre partes, el *preferente derecho genealógico para llevar y ostentar el título de Marqués de Riscal*, con la Grandeza de España al mismo inherente, debiendo señalarse que la parte demandada, en el hecho sexto de su contestación, fija y concreta la cuestión planteada, y así, después de decir que en líneas generales coincide con la que se dice en el correlativo de la demanda, seguidamente expresa: que «si la sucesión en el título de Marqués de Riscal fuese *agnaticia*, tendría mejor derecho a él el demandante», y «si, por el contrario, la merced es de *sucesión regular*, el mejor derecho de la demandada sobre el actor será indiscutible»; diciendo además: «El problema se limita así a la *determinación del orden sucesorio*»; «resuelta esta cuestión, las demás son simples consecuencias»; mientras que la parte *actora* claramente manifiesta en su escrito de réplica, bajo el mismo ordinal: «El hecho sexto de nuestra demanda se refiere al *planteamiento final de la presente cuestión litigiosa*, cuya solución depende, en definitiva, de que el marquesado de Riscal deba considerarse como un *título agnaticio o no «agregando»*, coincide sustancialmente con este planteamiento la parte contraria, hasta el punto de reconocer expresamente que si el título fuera *agnaticio* nosotros (es decir, el demandante) tendríamos mejor derecho a él; por tanto, no es preciso insistir más en este extremo».

Considerando: Que, como se desprende del precedente fundamento, son las propias *partes* litigantes las que en el período expositivo del pleito *delimitaron* tanto el *alcance de la discusión jurídica* como el *planteamiento fáctico de la cuestión debatida* en el juicio, de manera clara y precisa, y, siendo ello así, resulta inadecuada y extraña a ese planteamiento la *cuestión nueva* que se formula a través del *motivo quinto* de este recurso, relativa al llamado *poseedor civilísimo óptimo*, pues tal cuestión no sólo no ha sido formalmente alegada en la instancia, sino que se desplaza de aquella delimitación aceptada por ambas partes litigantes, quedando fuera de ello, y, en consecuencia, dicho motivo debe ser desestimado, por estar incurso, sin duda, en el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil.

Considerando: Que, no obstante lo expuesto en el primero de los razonamientos de esta sentencia, es bien aclarar, a fin de evitar confusiones, que aun cuando las *partes*, al establecer los términos en que resumen la cuestión litigiosa, se refieren a una *sucesión agnática en contraposición* a una *sucesión regular*, no se trata, en el primer supuesto, de una *agnación rigurosa y absoluta*, sino de un *orden de suceder con cierta preferencia de varones*, tal como se dispone en el *testamento cerrado* otorgado por don B. H. de A. el 28 de marzo de 1719, el cual viene a ser el *documento básico* en que el accionante asienta su preferente derecho al título de Marqués de Riscal con la Grandeza de España al mismo inherente.

Considerando: Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, dictado en virtud de la disposición final de la Ley de 4 de mayo de 1948, sobre grandeza y títulos nobiliarios, «el orden de suceder en *todas las dignidades nobiliarias* se acomodará *estrictamente* a lo dispuesto en el *título* de concesión, y, en su defecto, al que *tradicionalmente* se ha seguido en esta materia», de donde *claramente se infiere* que el mejor derecho a los títulos y mercedes nobiliarias ha de ser conforme con lo establecido en el *acto soberano de la concesión*; mas en el *título* otorgado en el mes de junio de 1708 por el Rey Don Felipe V, en el cual se hace merced de título de Castilla a don B. H. de A. y «los sucesores en vuestra casa, cada uno en su tiempo, perpetuamente para siempre jamás», dándole el de Marqués de Riscaldalegre (actualmente Marqués de Riscal), *para nada se hace relación al carácter agnático de la sucesión*; siendo de advertir que al referirse la *concesión* a los *sucesores* en la casa, o usar en la Real Carta la frase «vos y los sucesores en vuestra casa», con ello sólo *se alude a la sucesión familiar, linaje o progenie* del don B, pues que otra cosa claramente no consta: pero, por otra parte, es claro que, a falta de *mayor determinación*, *el único orden que, en principio, puede estimarse aplicable es el de sucesión normal o regular tradicionalmente admitido*, visto que las *palabras empleadas por la disposición legal son contrarias a una interpretación extensiva*, no existiendo base para creer o presumir que el *Monarca, creador de la merced*, haya autorizado ni explícita ni implícitamente cualquier *otra clase u orden de sucesión especial e irregular*, pues tal cosa *no es deducible del título de concesión*, ni tampoco puede fundarse en la retribución de los reconocidos méritos del concesionario y su familia, ni en el uso y empleo de las palabras «casa»; y tal conclusión es aventurada y carente de fuerza lógica, máxime teniendo presente lo dispuesto en la *Ley 8.ª del título XXVII, libro X*, de la Novísima Recopilación, en orden a la sucesión de las hembras en los mayorazgos.

Considerando: Que cual se expresa en el *fundamento octavo* de la sentencia de primer grado, *aceptado* sustancialmente y sin contradicción en este punto por la recurrida, los *dictámenes rendidos por la Diputación de la Grandeza* y el *Consejo de Estado*, así como por la *Sección correspondiente del Ministerio de Justicia*, testimoniados en autos, son *contrarios* a la pretensión del demandante, debiendo destacarse que en el mentado fundamento se *aduce*, partiendo del *contenido* no negado de tales informes, que al entender que la *sucesión de la Grandeza de España* a dicho título (el marquesado de Riscal) *debió implicar un cambio respecto a las normas sucesorias*, no se tiene en cuenta, según el juzgador, «que el título es lo principal y la grandeza lo accesorio, y que la *regulación sucesoria estaba en el testamento cerrado* del primer Marqués de Riscal»; mas a esto hay que decir que, según el hecho cuarto de la demanda, la *Grandeza de España* le fue *concedida* a don J. H. de A. por su majestad el Rey Don Alfonso XIII, y que en la súplica de la demanda se recaba el derecho a ostentar el título de *Marqués de Riscal*, «con la Grandeza de España a él inherente», y emanando la Real Carta de un acto soberano, a ella debe estarse, y aun en el supuesto de que fuese *modificativa de un orden señalado, siempre tendría propia virtualidad*, cual viene a sostenerse en la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 1923, aunque realmente lo que se mantiene por el Rey no es otra cosa que el orden regular de la sucesión, según la más corriente fórmula.

Considerando: Que si en principio el término «casa» quisiera referirse al *mayorazgo* o a algo en el orden sucesorio relativo al mismo, éste (el mayorazgo) *debiera tener existencia en la fecha de la concesión de la merced, lo cual no ocurre en el caso presente*, puesto que el título es concedido en el año 1708 y don B. H. de A. otorga su testamento cerrado, disponiendo la *fundación*, en el año 1719, sin que sobre esa fundación del mayorazgo y la vinculación conste la *Real licencia precisa ni tampoco la posterior aprobación Real*, en contra de lo previsto en la Ley 42 de Toro y segunda del título XVII, libro X, de la Novísima Recopilación, no estando demostrada la derogación de la expresada Ley en la fecha en que la merced ha sido concedida.

Considerando: Que, en virtud de los razonamientos precedentes, deben ser *estimados los motivos primero, segundo y tercero, sin que sea necesario entrar en el examen del cuarto*, y, como consecuencia de la estimación de los tres motivos antes mencionados debe serlo también el sexto, una vez que es *de aplicar el orden regular de sucesión nobiliaria*, conforme a lo establecido en la Ley 2.ª, título XV de la partida segunda y Ley 40 de Toro, así como el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, por todo lo que, de acuerdo con el planteamiento de la cuestión hecho por las partes, debe declararse haber lugar al recurso, con los pronunciamientos procedentes y devolución del depósito constituido y sin hacer expresa condena en costas.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña M. del B. H. de A. y A.

DECLARACION DE MEJOR DERECHO A TITULO NOBILIARIO: *La referencia de las sentencias del Tribunal Supremo sobre que el mejor derecho genealógico se relaciona con el último poseedor es sólo permisiva y no una exigencia, el mejor derecho al título se defiende conforme a los criterios tradicionales.*—**PRUEBA DE LA LEGITIMIDAD DEL PARENTESCO:** *La excepción alegada en el escrito de conclusiones; la cuestión no es de si la prueba fue o no suficiente, sino de si la Sala incidió en error en la valoración de la prueba. Para que exista error de derecho en la valoración de la prueba, la infracción debe referirse a una apreciación deficiente o errónea más que a la insuficiente, y debe tratarse de una norma con carácter de «valorativa» de la prueba; los artículos 108, 53, 115 y 327 del Código civil no son normas valorativas de la prueba.* Torres c. Benjumea, Piñar y el Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1968).

Antecedentes: 1. Por el Rey Carlos III se hizo merced del título de Marqués de Monteflorido a don F. S., pero los sucesores de su hijo renunciaron a la dignidad y el título caducó. 2. En 1908 el Rey Alfonso XIII rehabilitó dicho título a favor de don E. B. 3. En 1956 el Jefe del Estado concedió carta de sucesión a favor del hijo del señor B. 4. En 1957 el actual demandado, señor P., promovió litigio contra el señor B., sobre mejor derecho al marquesado de Monteflorido, alegando descender de una hermana mayor (doña C.), de la que era estirpe (doña V.) del señor B.; litigio fallado por el Tribunal Supremo, declarando que el actor, señor P., tenía mejor derecho genealógico para suceder en dicho título, por descender de una hermana mayor de la que descendía el demandado, ambas nietas del primer Marqués. 5. Era cosa juzgada para los hoy demandados las afirmaciones sentadas en el anterior pleito entre los mismos: entre los documentos aportados a dicho pleito había unas certificaciones de las partidas de bautismo de las hermanas, de las que se deducía la existencia de una hermana (doña F.) mayor que doña C. 6. El hoy actor acreditaba ser descendiente directo y primogénito de dicha señora, pero no pudo presentar certificación de las partidas de bautismo ni de casamiento de dicha señora por haber sido destruidos los libros parroquiales en 1936, y presentó una copia autorizada del testamento de doña F.

El actor suplicaba que se dictara sentencia por la que: se declarase que tenía mejor derecho genealógico que los demandados al uso y disfrute del título nobiliario de Marqués de Monteflorido.

De la demanda se dio traslado a los demandados y al Ministerio Fiscal. Este contestó y se opuso a la demanda, en tanto no se probasen los hechos expresados en la misma y la pertinencia de los fundamentos en ella invocados.

El demandado señor B. no compareció ni contestó, por lo que se le declaró en rebeldía y se tuvo por contestada la demanda.

El demandado señor P. contestó y se opuso, negando las afirmaciones del actor, las genealogías aportadas y la eficacia probatoria de la documentación aportada por el actor; también alegó que las declaraciones del mejor derecho a la sucesión en el título en cuestión en el pleito precedente se habían hecho atendiendo a dos razones genealógicas de derecho: una, por descender el señor P. de línea primogénita del primer Marqués, en relación con el señor B., y otra, porque el señor P. era pariente más *propinquo* del último poseedor

legítimo del título, es decir, del segundo Marqués. Suplicaba que se desestimase la demanda y se le absolviese de ella.

El Juzgado, con suspensión del término para dictar sentencia, acordó para mejor proveer que se emitiera informe pericial. Efectuado ello, dictó sentencia por la que, rechazando las alegaciones del demandado, estimó la demanda y declaró: que el actor tenía mejor derecho genealógico que los demandados al uso y disfrute del título nobiliario de Marqués de Monteflorido, como descendiente en línea directa de doña F., hermana mayor de doña C. y doña V., de quienes respectivamente descendían los demandados señores P. y B.

El demandado señor P. interpuso recurso de apelación ante la Audiencia, pero ésta confirmó la sentencia del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo por el demandado, éste lo articuló en cuatro motivos, basándolo en las siguientes infracciones: de la Ley 2.^a, título XV, partida 2.^a y Reales Decretos de 1922 y doctrina legal sobre la legitimidad del parentesco que se alegue en estos pleitos, cuya legitimidad no se ha probado; de los artículos 108, 53, 115 y 327 del Código civil y doctrina legal que contienen, por error de derecho en la apreciación de las pruebas, si se estima probada la legitimidad en base a la prueba documental practicada, por ser imposible probar la filiación legítima de tres generaciones con la exhibición de un testamento; de reiterada doctrina legal en los pleitos de mejor derecho a título noble, que exige que *hay que relacionar* a los litigantes tanto con el *concesionario* o primer titular cuanto con el *último poseedor legítimo de la merced*; y de la misma doctrina legal, que declara que es requisito inexcusable para que prosperen las demandas nobiliarias que se acredite por el actor *su parentesco preferente* en relación con el que se haya reconocido al demandado para legitimar el estado posesorio que disfrute, y el recurrido no ha demostrado dicha preferencia.

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

Visto siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González.

Considerando: Que los problemas planteados en el recurso, se refieren a dos puntos del litigio: A) A la cuestión relativa a la legitimidad del parentesco alegado por el actor (motivos primero y segundo). B) Al mejor derecho que el demandado esgrime para ostentar la merced discutida (motivos tercero y cuarto): lo que permite y aconseja estudiar tales motivos en el mismo orden sistemático con que aparecen desarrollados en el recurso interpuesto.

Considerando: Que en el primer motivo y por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de haber violado por inaplicación la Ley 2.^a, título 15 de la partida segunda, el artículo 5.º del Real Decreto de Gracia y Justicia de 6 de julio de 1922, así como también el artículo 10 de la Real Orden del mismo Ministerio de 21 de octubre de 1922, y la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de este Tribunal de 19 de enero de 1924, 5 de julio de 1960, 21 de mayo de 1964 y 15 de diciembre de 1965; conforme a cuya legislación y jurisprudencia, tanto para impetrar la posesión de una dignidad noble, como cuando se demanda la declaración de un mejor derecho sobre la misma, debe justificarse el solicitante, no sólo su parentesco de consanguinidad con el concesionario de la gracia, sino que este parentesco reúna la condición de ser «legítimo»; y el recurrente estima que, de este requisito tan necesario para mantener la pureza de sangre, se ha prescindido en el caso de autos, pues al mismo no se refiere la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, íntegramente acep-

tada por la Audiencia Territorial, y en la proferida por ésta se da como buena y probada tal legitimidad, en gracia a estimar suficiente para ello la prueba documental aportada por el demandante y el no ser lícito a éste ponerla en duda por serle sobradamente conocida; pero a tal argumentación de la parte recurrente es de oponer: Primero: Que al no combatirse previamente, la apreciación de la prueba hecha en la instancia y dirigirse este primer motivo por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley rrituaria, tal motivo empieza por hacer supuesto de la cuestión. Segundo: Que esa cuestión, en el terreno procesal, puede estimarse como «nueva», ya que no fue planteada en los escritos de la fase expositiva del proceso, y, como el propio recurrente reconoce, esta «excepción fundamentalísima» (según de modo literal se expresa) no fue tratada hasta el escrito de «conclusión», lo que equivale a reconocer que, como tal excepción, no se planteó el tiempo oportuno. Tercero: Que ello no empee, naturalmente, a la obligación que pesa sobre todo actor de probar los hechos normalmente constitutivos de la procedencia de su pretensión y, por tanto, en el evento de autos, la del demandante de acreditar su consanguinidad y legitimidad, a efectos de la litis entablada; pero es el caso que así lo entendió el accionante, ofreciendo la prueba que, a tal efecto, tenía a su alcance y la que fue estimada como suficiente por el Tribunal de Instancia. Cuarto: Que ante ello, y cualquiera que sea el valor que pueda darse en Derecho a la afirmación de la Sala sentenciadora, sobre no ser legítima al demandado la alegación de su duda sobre lo que bien conoce, es lo cierto que en este trance no cabe discutir si la prueba fue suficiente o insuficiente al fin pretendido, sino si, al apreciarla o valorarla, incurrió la Sala en error denunciante al amparo de otro cauce, entre los que establece el artículo 1.692 de la Ley procesal; por lo que el primer motivo se desvanece para dar paso al segundo de los que integran el recurso interpuesto.

Considerando: Que en el segundo motivo, y ya actuando por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia error de derecho cometido en la apreciación de las pruebas; es sabido que tal error consiste —según reiterada jurisprudencia— en no conceder a determinado medio probatorio la fuerza o importancia, en orden a la acreditación de los hechos, que le conceda alguna norma legal, ya proceda del Ordenamiento sustantivo o procesal; la infracción que indudablemente se refiere a la apreciación *deficiente o errónea* más que a la *insuficiente*, requiere para su debida formalización la cita de la norma legal que se suponga infringida, con los requisitos que determina el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley de enjuiciar, siempre que tal norma tenga el carácter de ser *valorativa* de prueba; en el caso de autos se aducen al efecto, como violados por inaplicación, los artículos 108, 53, 115 y 326 del Código civil; pero analizando someramente el contenido de tales disposiciones se advierte que: el artículo 108 se limita a establecer una presunción de legitimidad, contra la cual no puede accionarse, sino probando la imposibilidad física de acceso a que se refiere; afecta, pues, al «objeto» de la prueba, no a los «medios» que pueden emplearse para justificar el hecho único que, para contrarrestar la fuerza de la presunción, admite; por tanto, no establece ninguna norma valorativa de prueba; el artículo 53 se refiere sólo a la prueba del matrimonio y establece los distintos *medios* que pueden emplearse para acreditarlo, a la vista de la fecha de la celebración y de las circunstancias extraordinarias que puedan concurrir, pero no alude a la intrínseca valoración de los medios que autoriza; el artículo 115 concede exclusividad probatoria de la filiación legítima, al acta de nacimiento extendida en el Registro Civil,

salvo en los casos excepcionales que se contemplan en los artículos 110 a 113; y el artículo 327 atenúa la rigidez del artículo 115, permitiendo que la prueba del estado civil pueda ser «suplida por otras» cuando las actas del Registro Civil no hayan existido o hubiesen desaparecido o cuando se suscite contienda ante los Tribunales; relacionando las disposiciones legales, que el motivo cita, con las circunstancias de hecho, concurrentes en el caso de autos, no se aprecia que el Tribunal haya desconocido o vulnerado ningún precepto valorativo de la prueba, en cuanto puedan tener carácter de tales los que el recurso menciona; cierto, por otra parte, que el artículo 117 del Código civil autoriza la prueba «por cualquier medio» de la filiación legítima, en caso de no existir acta de nacimiento, documento auténtico, sentencia firme o posesión de estado, y que condiciona la aptitud de los medios autorizados a que haya un principio de prueba, por escrito, que provenga de «ambos» padres, conjunta y separadamente, y el recurso, en cierto eslabón de la cadena genealógica, entiende que falla esa exigencia en cuanto a uno de los progenitores, pero al no señalar como infringido, con los requisitos que impone el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley Procesal, el artículo 117 del Código civil, no puede el mismo tenerse en cuenta a los fines pretendidos por el que recurre, y, al no existir legalmente acreditado el error de derecho que se denuncia, y unido ello, a mayor abundamiento, a las circunstancias anormales que la Sala invoca, en cuanto a la destrucción de los registros parroquiales, con motivo de nuestra contienda civil, y a la propia actitud procesal de la parte demandada, con la extemporaneidad de su excepción, que indudablemente, hubiera opuesto en primer término, de tener el convencimiento de su veracidad y no limitarse a utilizarla como medio defensivo complementario, imponen la desestimación del motivo, quedando en pie lo declarado, al respecto, por el Tribunal de instancia.

Considerando: Que los motivos 3.º y 4.º del recurso pueden estudiarse simultáneamente, ya que, en ambos, se postula mejor derecho genealógico del demandado, por estimarlo como más propincuo pariente del último poseedor legal de la Merced discutida; y, al efecto, se hace una hábil selección de sentencias de esta Sala, extractándolas en lo favorable a su propósito, para inferir de las mismas que, *en todo caso*, el derecho de los contendientes, se ha de relacionar con el concesionario o fundador del título (primer poseedor de la Merced) y con el más próximo a ellos, conforme a derecho, que la haya disfrutado (último poseedor legal); pero el recurso da a su argumentación un carácter de generalidad que no tiene la doctrina que se invoca; ésta, lo que ha proclamado, reiteradamente, es «que no hace falta llegar hasta la persona del concesionario o fundador del Título, sino que basta referirse al último poseedor, cuando de él derive asimismo el parentesco invocado, y ello por razones de economía probatoria y, en definitiva, procesal, simplificando justificaciones que, por referirse, a menudo, a circunstancias o hechos remotos, envuelven dificultad»; que no debe confundirse lo simplemente «permisivo» con la «exigencia», imponiendo la referencia al último poseedor, cuando la línea genealógica supone menos grados de parentesco, para llegar al primer titular que al postrero, como sucede en el caso de autos, en que caducado, renunciado o inexistente el derecho que pudiera alegarse por los descendientes del segundo Marqués, los litigantes ofrecen y ostentan la condición de descendientes directos del concesionario, como hijos de la hija del primer Marqués, que fueron los ascendientes capaces de transmitirles su derecho al Título, el que habrá de deferirse por los criterios atinentes a la estir-

pe, grado, sexo y edad, correspondiendo el mejor derecho—según lo aprecia, acertadamente, la Sala—al actor, por proceder de nieta del concesionario, de mayor edad que la que tenían sus hermanas.

Considerando: Que, por todo lo expuesto, al carecer de viabilidad los fundamentos en que se apoyan los motivos que integran el recurso, procede la desestimación del mismo, con los pronunciamientos accesorios complementarios, conforme a lo establecido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Nota.—Merece resaltarse la extraordinaria labor realizada por el Magistrado ponente, señor Aguado, descartando aquellas alegaciones del recurrente, basadas en simples *obiter dicta*, de precedentes sentencias sobre el tema.

Pese a la aparente condición anacrónica de estos litigios, su relativo auge reciente es, hasta cierto punto, revelador: o se trata de un mero interés «personal-familiar», jurídicamente protegido por las normas sustantivas comunes, o en ocasiones cabe deducir otros intereses patrimoniales, ligados a la pertenencia de un título (pensemos en la adscripción al título de una famosa marca de vinos, de una ganadería, etc.), cuya trascendencia económica es evidente. En cualquier caso, estas breves consideraciones de tipo genérico pretenden centrar la atención de los juristas sobre esta parte de nuestro Derecho sucesorio, olvidada de la doctrina, y cuyas conexiones con otras zonas del Derecho privado—derecho de marcas, v. gr.—son posibles y trascendentes.

El interés del caso de autos se debe a que la sentencia matiza el carácter de la relación con el último poseedor del título, y la entiende, no como una exigencia insoslayable. Por otro lado, quizá por razones de equidad, se admite una prueba ciertamente insuficiente de la legitimidad del parentesco, en base a la destrucción de los libros parroquiales.

J. C. G.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS DISPOSICIONES
REGLAMENTARIAS

SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1968.

I. PLANTEAMIENTO.

1. *Los hechos.*

a) Por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de julio de 1960, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto de 1960, se levantó la prohibición de admisión de instancias y proyectos para obtener concesiones de nuevos servicios regulares de viajeros por carretera, prohibición que había sido impuesta por Orden de 11 de enero de 1955.

b) D. R. F. presenta el 12 de agosto de 1960, en el Registro del Ministerio de Obras Públicas, instancia, solicitando le fuera admitido un proyecto de un servicio regular de viajeros. Esta petición se reitera el día 1 de septiembre de 1960.

c) El 19 de agosto de 1961 se autorizó la presentación de la oportuna solicitud. Y, presentada ésta, previos los trámites preceptivos, se acordó la adjudicación provisional del servicio por Orden de 4 de mayo de 1966, y la definitiva, por otra de 16 de diciembre de 1966.

d) D. A. R. interpuso recurso de reposición contra la última Orden, en el que estimaba la nulidad de las actuaciones del expediente, basándose en que «la petición inicial motivadora de la presentación del proyecto se encuentra articulada antes de la vigencia de la Orden Ministerial de 27 de julio de 1960, al haberse presentado en 13 de agosto de tal año, siendo así que la vigencia de la referida norma no comenzaba hasta transcurridos veinte días desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, que tuvo lugar, inicialmente, el día 11 de igual mes de agosto, y en forma definitiva, el 29 del mismo mes, citando en apoyo de sus argumentos las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1962 y 21 de marzo de 1966».

2. *La sentencia de 26 de octubre de 1968.*

En esta sentencia, de que fue ponente don Fernando Roldán Martínez, se sienta la siguiente doctrina, en sus Considerandos 1.º, 2.º y 3.º:

«1. Que la única cuestión a resolver en el presente recurso es, como señala la propia parte recurrente, determinar si don R. F. C. formuló su petición de que se le autorizase para presentar un Proyecto de servicio regular de trans-

porte de viajeros por carretera, entre Ripollet y Masrampiño, antes o después de la entrada en vigor de la Orden de 27 de julio de 1960, que levantó la prohibición de admisión de instancias y proyectos para obtener concesiones de nuevos servicios regulares de viajeros por carretera, impuesta por Orden de 11 de enero de 1955.

2. Que la jurisprudencia sentada por esta Sala, en orden a la fecha en que entró en vigor la Orden Ministerial de 27 de julio de 1960, a los veinte días de su promulgación en el *Boletín Oficial del Estado*, ya consignada por la sentencia que resolvió el recurso contencioso que afectaba al actual recurrente de 21 de marzo de 1966, que declaró que la citada Orden comenzó a regir a los veinte días, a partir del 11 de agosto de 1960, fecha de su promulgación, por lo que, manteniendo esa misma doctrina, también ahora se fija el mismo día inicial—11 de agosto—para el cómputo de los veinte días, y si esto es así, hay que reconocer que, con arreglo a la regla clásica de que el día inicial no se computa, pero, en cambio, se computa y debe transcurrir por entero el día final, por lo que se deduce que, si la publicación tuvo lugar el 11 de agosto, hay que reconocer que el plazo de los veinte días terminó el 31 del propio mes—desde el 12 al 31, ambos inclusive—, por lo que es forzoso reconocer que ya estaba vigente la citada Orden cuando, en fecha 1 de septiembre de 1960, R. F., dirigió la instancia, transcribiendo su petición de que le fuera admitido el Proyecto de servicio regular de viajeros entre Ripollet y Masrampiño.

3. Que, siendo doctrina establecida en orden a la aplicación de la Ley en el tiempo, que las disposiciones aclaratorias e interpretativas por venir a formar parte o integrar a las que se proponen aclarar o interpretar, se han de entender publicadas en el momento en que fueren éstas con mayor razón legal, es de aplicar este criterio, cuando—como sucedió en el caso que nos ocupa—la tan repetida Orden de 27 de julio de 1960 se publicó íntegramente en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto no se hizo fraccionadamente en sucesivas fechas—ni tampoco sufrió una segunda inserción íntegra—, supuestos ambos en que habría de entenderse por fecha de promulgación el día en que terminara la inserción en el Periódico Oficial, por lo que debe considerarse que la publicación se hizo y terminó el 11 de agosto, al ser íntegramente insertada en el *Boletín Oficial del Estado* de dicho día, careciendo por completo del valor jurídico, a efectos de la determinación de la fecha en que han de entenderse publicadas las Leyes y disposiciones generales, la simple corrección de erratas que no modifica ni afecta al contenido de la norma, por lo que debe rechazarse la tesis del actor, que articuló su pretensión de extemporaneidad de la petición formulada por D. R. F. el 1 de septiembre de 1960, con base en que en el *Boletín Oficial del Estado* de 29 de agosto se había publicado una corrección de errata de la Orden, que se había insertado en el día 11 anterior del mismo mes, pues, tal corrección de errata, no repercute ni afectó al contenido de la citada Orden, y, consiguientemente, la orden quedó publicada el día 11 de agosto, y el 29 no se publicó más que una sencilla rectificación de errata padecida al hacer la referencia, que se hacía en el apartado 5.º al número 3.º, debía decirse al número 2.º que, como se ve, es una simplísima corrección, sin trascendencia para los efectos de la publicación y eficacia de la referida Orden de 27 de julio de 1960 »

II. LA ENTRADA EN VIGOR DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS.

1. En nuestro Ordenamiento jurídico es frecuente la utilización del concepto de Ley como «norma jurídica de Derecho positivo», si bien, como dice DE CASTRO, en los siguientes varios sentidos:

a) En el sentido amplio de norma de Derecho positivo. Así, en los artículos 3, 9, 10, 11 y 15 del Código civil

b) En el sentido de norma estatal. Así, los artículos 1º, 7º y 16 del propio Código.

c) Y, por último, como norma estatal primordial.

El artículo 1º del Código, pues, emplea el concepto de Ley como norma jurídica estatal. Por tanto, la regulación de la entrada en vigor de este precepto es aplicable a la Ley formal y a las disposiciones administrativas.

2. Es el Código civil el que regula la entrada en vigor de las disposiciones administrativas. Ni la Ley de régimen jurídico ni la de procedimiento administrativo contienen normas específicas sobre el momento de entrada en vigor de las disposiciones de carácter general que emanan de los órganos administrativos. El artículo 29, LRJ, y el artículo 132, se remiten al artículo 1º del Código civil. La Ley general tributaria, en la misma línea, en su artículo 20, dispone que «las normas tributarias entrarán en vigor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º del Código civil» (1).

Hay que estar, por tanto, a lo dispuesto en esas normas de Derecho común que se incluyen en el título preliminar del Código. En consecuencia, se impone la distinción entre la regla general de la *vacatio legis* y los supuestos especiales en que, apartándose de aquella, se adelanta o demora la entrada en vigor de la disposición.

III. LA REGLA GENERAL DE «VACATIO LEGIS».

1. El artículo 1º del Código consagra el principio general de *vacatio legis*: las Leyes—Leyes en sentido formal y disposiciones reglamentarias—entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispusiera otra cosa.

El momento de la vigencia se establece, por tanto, en función del hecho de la publicación. Una vez publicada la disposición en el *Boletín Oficial del Estado*, empezará a correr el periodo de *vacatio legis*, que termina el vigésimo día.

Siguiendo el principio general de *dies a quo non computatur in termino*, no se contará el día de su publicación, sino que empezará el cómputo el día siguiente al de la publicación. A partir del día siguiente se cuenta el plazo. Y la entrada en vigor se produce, no después de los veinte días, sino precisamente el día 20. Y así lo establece la sentencia comentada de 26 de octubre de 1968, en su 2º Considerando.

(1) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, páginas 620-622. Cfr., también, BOQUERA, *La publicación de las disposiciones generales*, RAP, núm. 31, págs. 91-93.

2. Ahora bien, la norma del artículo 1.º es subsidiaria. Rige en tanto no se disponga otra cosa. Una disposición puede regular un régimen distinto de entrada en vigor y a él habrá que estar. Y no es infrecuente que las disposiciones administrativas contengan un precepto especial sobre entrada en vigor, señalando una fecha concreta para el comienzo de la vigencia, que puede ser el mismo día de la publicación o una fecha determinada. Pero no conteniendo norma especial de vigencia, comienza a los veinte días de su promulgación en el *Boletín Oficial del Estado* (sentencias de 4 de febrero de 1960 y 2 de noviembre de 1964).

IV. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL.

La regla general de la *vacatio legis* tiene importantes excepciones. Aparte de los supuestos en que la propia disposición estableciese otra cosa, pueden señalarse las siguientes excepciones:

1.ª Las normas permisivas. Se ha dicho que la norma del artículo 1.º del Código civil se aplica sólo a las normas prohibitivas o imperativas, pero no a las permisivas, que establecen un derecho o facultad de que pueda hacer uso. Así se desprende del vocablo «obligarán» del precepto del Código, que implica sustitución de preceptos, no concesión de facultades. Y así parecen entenderlo las sentencias de 18 de mayo de 1907 y 25 de mayo de 1925.

2.ª Las normas interpretativas, cuya vigencia se retrotrae al momento de la vigencia de la norma objeto de interpretación. Así, sentencias de 29 de diciembre de 1959 y 8 de junio de 1961 (2). También se ha aplicado la regla de la retroactividad a las normas positivas, en cuanto fueren más favorables.

3.ª Por último, respecto de aquellas disposiciones publicadas con errores que después se rectifican, pueden citarse las siguientes sentencias (3):

— Una sentencia de la Sala 2.ª de 16 de abril de 1941, que declara «la publicación definitiva y eficaz de una Ley debe referirse a la fecha en que se rectificaron los errores de su primitivo texto, ya que realmente tan sólo entonces se verificó la inserción válida y auténtica del único (texto) que había de regir y ser aplicado en lo sucesivo».

-- Otra sentencia de la Sala 5.ª de 24 de junio de 1949 dice: «Si la rectificación no se limita a subsanar omisiones o errores materiales, sino que cambia el sentido de la disposición anterior, entonces ha habido un nuevo acto que debe estar sujeto, en sus efectos y formalidades, a las normas que regulan su válida aparición en la vida del Derecho».

V. LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ORDEN DE 27 DE JULIO DE 1960.

Respecto de la entrada en vigor de esta disposición administrativa ha recaído reiterada jurisprudencia, que se planteó el tema de hasta qué punto, por ser una

(2) Cits. por VALLINA, en *La retroactividad del acto administrativo*, Madrid, 1964, páginas 69-70.

(3) Citadas por BOQUERA, *La publicación de disposiciones*, cit., pág. 93. Cfr. PÉREZ SERRANO, *Las erratas de las Leyes*, «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», vol. I, núm. 2, 1957, págs. 315-316.

norma permisiva, era aplicable desde la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. El tema fue tratado con la debida extensión en la sentencia de 21 de marzo de 1966, quinto Considerando, de que fue ponente don Sabino Alvarez Gendín. En este Considerando se dice: «Que en práctica de esta labor hay que tener presente lo preceptuado en el citado artículo del Código sustantivo (el que a efectos de su aplicación comprende, además de las Leyes, los Reglamentos, Decretos, Instrucciones Ordenes y Circulares, referido a que tales disposiciones tienen fuerza de obligar a los veinte días de su promulgación 'si en ellas no se dispone otra cosa'; excepción ésta no contenida en la Orden de última referencia. Y si bien es cierto que existen dos sentencias fechadas en 18 de mayo de 1907 y en 25 de marzo de 1925, confirmando ésta incidentalmente la anterior, las que enseñan que no es aplicable el plazo dicho a las normas de carácter imperativo o prohibitivo, no lo es menos que esta doctrina ha de entenderse depuesta por criterio más moderno establecido por nosotros en sentencia de 21 de diciembre de 1962, que, como más reciente, establece el verdadero alcance de la interpretación que, respecto al particular, ha de tenerse como procedente el que además es sustentado por el propio Ministerio de Obras Públicas en resolución de 19 de enero de 1961, comentando la eficacia jurídica de tan repetida Orden y remite su vigencia al transcurso de veinte días a partir de su publicación en el antes mencionado período oficial, destacando que tuvo ésta efecto en 11 de agosto de 1960, y en base a lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con dicho primero del Código civil. Deduciéndose de lo razonado la evidencia de la extemporaneidad, denunciada por el actor, de ambas solicitudes del que actúa en autos como demandado: la de 8 de junio de 1960, como producida en tiempo en que no podía ser admitida a tramitación por impedirlo la Orden de 11 de enero de 1955, y la de 17 de agosto de 1960 (conceptuada por el Ministerio con alcance de petición de autorización comprendida en la otra Orden de 1960) por no estar vigente ésta a la ocasión, y como consecuencia, carentes una y otra instancias a efectos jurídicos; por lo que resultan nulas todas las actuaciones administrativas derivadas de las mismas, que por razón de tal ineficacia no pueden conducir a las determinaciones resolutorias de referencia, las que, por tanto, también adolecen de nulidad».

La sentencia que hoy comentamos reitera esta doctrina. Ahora bien, respecto de la rectificación de error viene a sentar un criterio que se aparta del precedente, mantenido en las sentencias antes citadas de 16 de abril de 1941 y 24 de junio de 1949.

J. G. P.
