

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ Y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

I. PARTE GENERAL

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Derecho foral catalán. Aplicación de la Compilación; no de las «Ordinacions d'en Sancta Cilia».*

El recurrente sostuvo que, por la fecha de los hechos originales del pleito, no eran aplicables las disposiciones de la Compilación, sino de las «Ordinacions d'en Sancta Cilia».

La sentencia resuelve que la Compilación recogió todas las instituciones jurídicas que tenían efectividad y estaban vigentes en la región foral al momento de su promulgación. Por ello, no pueden aplicarse las «Ordinacions d'en Sancta Cilia».

II. DERECHOS REALES

SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1967.—*Resoluciones definitivas a efectos de casación. Efectos del asiento de presentación practicado en el Registro de la Propiedad: Son los mismos de la inscripción. Esta produce todos sus efectos desde la fecha de aquél, si se practica dentro de plazo.*

El Procurador don , en nombre de don E. M. S., dedujo demanda contra la Compañía mercantil «Nicasio Pérez, S. A.», don P. P. M., don J. de M. y M. y doña C. C. B., sobre nulidad de actuaciones en el juicio ejecutivo seguido en el Juzgado número 10 de Primera Instancia de Madrid, por «Nicasio Pérez, S. A.», contra P. P. M. En dicha demanda se suplicó que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarar que por no haberse solicitado por la entidad ejecutante «Nicasio Pérez, S. A.», en la vía de apremio el juicio ejecutivo promovido por ésta contra don P. P. M. en reclamación de 49 240 pesetas de principal, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia

numero 10 de los de Madrid, ni acordado por dicho órgano jurisdiccional por prescripción de la Ley el cumplimiento de la exigencia legal de hacer saber al demandante en este juicio, don E. M. S., en su calidad de acreedor hipotecario, registralmente posterior a la entidad ejecutante nombrada, han de considerarse nulas las actuaciones procesales practicadas con posterioridad a la providencia de fecha 10 de febrero de 1958, dictada en dicho juicio ejecutivo, por omisión del trámite dispuesto en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por haber ido adoptando ulteriores resoluciones y diligencias con el defecto legal acusado. 2.º Declarar nula la subasta celebrada y consiguiente adjudicación al postor que en ella intervino y ofreciera las dos terceras partes del precio legal a favor del cual fue aprobado el remate, don J. de M. y de M., a quien, en todo caso, deberá devolverse el precio ofrecido y consignado, con más los gastos legales justificados de derechos reales y timbres satisfechos. 3.º Declarar deben reponerse las actuaciones al estado procesal que mantenían cuando fue dictada la providencia fecha 10 de febrero de 1958, a fin de que pueda instarse por la entidad ejecutante, don N. P., la notificación preceptiva del estado de la ejecución al acreedor hipotecario posterior registralmente, don E. M. S., conforme a la certificación de cargas expedida y presentada por aquélla con escrito de fecha 8 de los propios mes y año, para que pueda intervenir en el avalúo y subasta, en su caso, del piso embargado o pague a la empresa acreedora ejecutante, a fin de subrogarse en los derechos y obligaciones que le vinculan con el ejecutado, don P. P. M. 4.º Declarar que la entidad «Nicasio Pérez, S. A.», debe pagar en su totalidad las costas judiciales y tasas causadas en la vía de apremio con posterioridad a la referida providencia fecha 8 de febrero de 1958, consecuencia de la declarada nulidad, por su culpa y negligencia producidas. 5.º Condenar, por último, al pago de las costas que origine este procedimiento y la nulidad de actuaciones del juicio ejecutivo, donde la infracción legal fue sometida a la entidad «Nicasio Pérez, S. A.», y a don P. P. M. por su omisión negligente, extensivo este pronunciamiento al codemandado don J. de M. y M., si se opusiera a la pretensión deducida en esta demanda.

Se contestó a la demanda alegando que la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario don José González Palomino, como sustituto de su compañero, don Enrique Giménez Arnau y Gran, el día 5 de junio de 1957, fue presentada en el Registro de la Propiedad número 2, para inscripción, el 8 de agosto de 1957, más tarde el 28 de octubre de 1957, no llegando a causar inscripción, y más tarde el 23 de enero de 1958, inscribiéndose el día 6 de marzo de 1958. Que el certificado de cargas a que se contrae el artículo 1.749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; fue expedido el día 4 de febrero de 1958, por lo que es de ver claramente que, cuando se expidió, no estaba inscrita la escritura de préstamo con garantía hipotecaria a favor de don E. M. S., es decir, no estaba constituido el derecho real de hipoteca a su favor, sobre la finca trabada por el embargo preventivo derivado del ejecutivo, número 169, de 1956; *tan sólo existía un asiento de presentación*—el de 23 de enero de 1958—que, como los dos asientos de presentación anteriores, estaban sometidos a la contingencia de que se inscribiese el título durante su vigencia, o a que, por no inscribirse, caducara; asiento de presentación que, en cualquier supuesto no puede *per se* y *a priori*, ser constitutivo de derecho real de hipoteca. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia estimando las excepciones propuestas, y en todo caso, desestimando las peticiones de la demanda, absolver de ella al demandado, declarando no haber lugar a anular ninguna de las actuaciones prac-

tizadas en el procedimiento ejecutivo número 169 de 1965 del mismo Juzgado, e imponiendo expresamente las costas al demandante.

Por el Procurador don ..., en nombre de don J. de M. y M., y mediante escrito de fecha 14 de octubre de 1963, se contestó a la demanda, alegando: Que don E. M. S. tenía perfecto conocimiento de las incidencias acaecidas en el juicio ejecutivo de referencia, y acudió a este demandado, una vez que a éste le había sido adjudicado el piso, en unión del señor P. M., con el propósito de llegar a una transacción, por virtud de la cual cediera sus derechos a doña C. C. B., compradora del piso con posterioridad al embargo del mismo, en dichos autos ejecutivos, y como quiera que se llegó a esa transacción, se entabló un juicio ordinario de mayor cuantía contra doña C. C. B. y don P. P. M., sobre otorgamiento de escritura pública. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia, por la que se declare: 1.º No haber lugar a la demanda, absolviendo a los demandados de la reclamación formulada, con expresa imposición de costas al actor por su notoria temeridad. 2.º Alternativamente, y para el supuesto de que no procediera la anterior pretensión, declarar que «Nicasio Pérez, S. A.», y doña C. C. B., el primero por razón de la culpa extracontractual, y la segunda por su propia intervención en los contratos de autos, satisfacer a su cliente los gastos causados en la adquisición del piso, el importe del mismo, consignado en este Juzgado y en los autos ejecutivos cuya nulidad en parte se pide, y con más los gastos causados para la obtención de la escritura pública correspondiente con expresa imposición de costas a estos dos últimos demandados por haber dado ocasión a la iniciación de este procedimiento.

El Juzgado de 1.ª Instancia falló: Que rechazando la excepción de falta de legitimación activa opuesta como previa por «Nicasio Pérez, S. A.», debo declarar y declaro: 1.º Que por no haberse solicitado por la entidad ejecutante «Nicasio Pérez, S. A.», en la vía de apremio del juicio ejecutivo promovida por ésta contra don P. P. M., tramitado en este Juzgado, ni acordado por el mismo por prescripción de la Ley, el hacerlo saber a don E. M. S. en su calidad de acreedor hipotecario posterior a la entidad ejecutante, considerar nulas las actuaciones procesales practicadas con posterioridad a la providencia de 10 de febrero de 1958, dictada en dicho juicio ejecutivo, por omisión del trámite dispuesto en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y haber ido adoptando ulteriores resoluciones y diligencias con el defecto legal apuntado. 2.º Nula la subasta celebrada y consiguiente adjudicación al postor que en ella intervino y ofreciera las dos terceras partes del precio legal, don J. de M. y M., a quien, en todo caso, deberá devolverse el precio ofrecido y consignado, con más los gastos legales justificados de Derechos reales y timbre satisfecho. 3.º Que deben reponerse las actuaciones al estado procesal que mantenían cuando fue dictada la providencia de 10 de febrero de 1958, a fin de que pueda instarse por la entidad ejecutante «Nicasio Pérez, S. A.», la notificación preceptiva del estado de la ejecución al acreedor hipotecario posterior registralmente, don E. M. S., conforme a la certificación de cargas presentada con el escrito de dicha entidad, fecha 8 de los propios mes y año, para que pueda intervenir en el avalúo y subasta, en su caso, del piso embargado o pague a la empresa acreedora ejecutante a fin de subrogarse en los derechos y obligaciones que le vinculan con el ejecutado don P. P. M. Se absuelve a los demandados del resto de las peticiones y al actor de la petición que como alternativa hace don J. de M. en su con-

testación, sin que quepa resolverla respecto a los codemandados del que la hace. Y no se hace expresa imposición de las costas causadas en estos autos.

Apelada la anterior resolución por la representación de las demandadas Compañía mercantil «Nicasio Pérez, S. A.», y don J. de M. y M., y sustanciada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia con fecha 1 de junio de 1966, con la siguiente parte dispositiva: «Fallamos: Que revocamos la sentencia apelada y desestimamos la excepción de falta de legitimación activa alegada por la entidad «Nicasio Pérez, S. A.», y absolvemos a los demandados, que son la dicha entidad «Nicasio Pérez, S. A.», y don P. P. M., don J. de M. y M. y doña C. C. B., absolviéndoles de la demanda origen de estos autos, que contra ellos dedujo don E. M. S. sobre nulidad de diligencias de la vía de apremio de juicio ejecutivo, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias.

El demandante y acreedor hipotecario, don E. M. S., interpuso recurso de casación, amparado en los siguientes motivos:

1.º Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de Ley, por contener el fallo interpretación errónea del artículo 24 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 434 de su Reglamento. A tenor de lo dispuesto en ambos artículos, no ofrece duda alguna que la hipoteca que garantizaba el préstamo concedido por don E. M. S. al señor P. M., formalizada mediante escritura de fecha 5 de junio de 1957, otorgada ante el Notario don José González Palomino, como sustituto de su compañero don Enrique Giménez-Arnau y Gran, quedó constituida a todos los efectos legales el 23 de enero de 1958, fecha en que tuvo lugar la extensión al folio 45 del tomo I del Libro-Diario de Operaciones del Registro de la Propiedad número 2 de los de esta capital, del asiento de presentación número 771, por su subsiguiente inscripción el 6 de marzo de 1958, o sea, dentro del término de sesenta días hábiles que establece el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, y corrobora el artículo 107 de su Reglamento; y desde aquella fecha—23 de enero de 1958—ha de considerarse gravado el piso objeto de la misma—tercero derecha de la casa número 7 de la calle de Bocángel—, pues, con independencia de que la inscripción practicada dentro de plazo habrá de considerarse con igual fecha que la del asiento de presentación, éste surte todos sus efectos durante los sesenta días expresados, y al no haberlo estimado así el Tribunal *a quo* ha incidido en la infracción acusada en este motivo. Que es concorde la doctrina en afirmar que el valor de asiento presentación es el que resulta de los efectos que surte; que estos efectos no son otros que los derivados del artículo 24, en relación con el 17, de la Ley Hipotecaria, o sea, consideración de la fecha de inscripción a todos los efectos que deba producir la misma, e imposibilidad de inscripción o anotación de otro título de igual clase durante los sesenta días de duración del asiento. Así sentado, la hipoteca a favor del recurrente quedó constituida el 23 de enero de 1958, y al figurar relacionado su asiento en la certificación expedida por el señor Registrador con fecha 4 de febrero de 1958, lo que advertía a los efectos procedentes, pudo y debió considerarse como tal a los fines previstos en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, practicada la inscripción, se reputa cual si tal asiento se hubiera extendido al mismo tiempo de la presentación del título al Registro, y, por ello, en tanto no se extienda aquel asiento, el de presentación tiene también mien-

tras subsista el mismo poder de cierre registral que pueden tener los asientos de inscripción si se hubieran practicado, conforme establece el párrafo 2.º del artículo 17 de la Ley Hipotecaria. En definitiva, los efectos de las inscripciones se retrotraen al momento del ingreso del correspondiente título en la oficina registral—asiento de presentación—, entendiéndose como si hubieran sido hechas en aquel mismo instante, ingreso que puede reiterarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento, si transcurriera el plazo de vigencia de dicho asiento. Estos efectos retroactivos no pueden limitarse, como afirma la sentencia recurrida en su tercer considerando fundamento del fallo, a su validez respecto a otras inscripciones, sino como dice literalmente el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, a todos los efectos que la inscripción debe producir, entre los que se encuentra sin ningún género de duda el procesal a que se refiere el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la Ley no distingue no cabe distinguir.

2.º Amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de Leyes por contener el fallo violación del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala, fecha 26 de abril de 1916.

Siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, la sentencia del Tribunal Supremo contiene los siguientes Considerandos:

Considerando: Que al fijar los artículos 1.689 y 1.690 que las resoluciones judiciales hayan de tener el carácter de definitivas para que contra ellas se dé el recurso de casación exige que dichas resoluciones produzcan el efecto de cosa juzgada en sentido material, es decir, la preclusión para todos los procesos futuros en que se reproduzcan las cuestiones decididas, y por ello no son susceptibles de tal recurso los procedimientos llamados por la doctrina especiales y en los que, por conocer de la cuestión el juzgador parcialmente por falta de intensidad (interdictos, desahucio por falta de pago, etc.) o por falta de extensión (juicio ejecutivo), el fallo dictado en ellos no produce la cosa juzgada material y pueden ser reproducidas las peticiones en otro juicio, y así lo ha estimado la constante jurisprudencia de esta Sala al declarar que no cabe la casación contra la sentencia dictada en juicio ejecutivo o en sus incidencias. Mas tal doctrina no se contradice al estimar en el presente caso, en que un tercero que no fue parte en el juicio ejecutivo insta en procedimiento ordinario de mayor cuantía la nulidad de actuaciones del procedimiento de apremio, para que sea declarada la existencia de una voluntad legal amparadora de su derecho, la procedencia del citado recurso, ya que la relación jurídico-procesal creada no es incidencia del juicio ejecutivo y la sentencia dictada producirá la cosa juzgada material.

Considerando: Que estimado probado por la Sala sentenciadora que en 23 de enero de 1958 se extendió en el Registro de la Propiedad un asiento de presentación de escritura pública constituyendo hipoteca sobre el piso tercero derecha de la casa número 7 de la calle de Bocángel, de esta ciudad, en garantía de un préstamo de 125.000 pesetas, asiento que produjo la inscripción de la hipoteca en 6 de marzo de 1958, y que en vía de apremio de juicio ejecutivo fue, en virtud de mandamiento judicial, librada por el Registrador de la Propiedad en 4 de febrero de 1958, certificación de cargas que pesaban sobre el citado piso en la que constaba la existencia del asiento de presentación pendiente de inscripción y dictada por la misma sentencia deses-

timatoria de la nulidad de actuaciones instada por el recurrente en base a estimar que el asiento de presentación por no constituir derecho real inscrito no está comprendido en el supuesto contemplado en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento, comete las infracciones que en el primer motivo del recurso y por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncian, por interpretación errónea del artículo 24 de la Ley Hipotecaria en relación con el 434 de su Reglamento, *ya que el asiento de presentación durante los sesenta días a que hacen referencia los artículos 17 y 66 de la Ley tienen los mismos efectos de la inscripción y ésta produce todos sus efectos desde la fecha de aquélla* si ha sido practicada dentro del citado plazo, por lo que procede la estimación del motivo alegado sin que, al ser casada la sentencia, debe ser examinado el otro motivo propuesto.

Considerando: Que al ser estimado el primer motivo procede casar la sentencia recurrida sin pronunciamiento de condena en costas, según dispone el artículo 1.745 de la Ley de Enjuiciamiento.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don E. M. S. contra la sentencia que con fecha 1 de junio de 1966 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, cuya sentencia casamos y anulamos, sin hacer especial imposición de las costas causadas en el presente recurso; y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo confirma integramente la del Juzgado de Primera Instancia por los propios fundamentos de la sentencia de casación y aceptando integramente los Considerandos de dicha sentencia de Primera instancia.

Es de elogiar que el Tribunal Supremo haya confirmado y aplicado en su común y recto sentido los artículos 24 de la Ley Hipotecaria y 434 de su Reglamento, que la sentencia de la Audiencia había ignorado, dicho sea con el respeto debido.

Es vieja doctrina registral apoyada en viejos y claros preceptos, que la fecha de la inscripción es la del asiento de presentación, para todos los efectos que la inscripción debe producir. Morell lo subrayaba; Campuzano decía que todos los efectos que pueda producir la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación.

El asiento de presentación inicia la publicidad. El título presentado está ya anunciando unos posibles efectos. En este caso, en el que entra en juego el artículo 1.490 de la Ley Procesal Civil, en el que el Registrador, cumpliendo con su deber, hizo constar en la certificación la existencia de un asiento de presentación correspondiente a una hipoteca, no podía ignorarse la existencia de ese posible, probable, en principio acreedor hipotecario inscrito, con hipoteca no cancelada, y se le debió «hacer saber» el estado de la ejecución, conforme previene terminantemente el artículo 1.490 referido.

El acreedor hipotecario, por otra parte, para estar protegido con los preceptos de la legislación registral inmobiliaria sólo puede exigir el asiento de presentación. No puede, no tiene medios hábiles para obtener una inscripción inmediata. El asiento de presentación le garantiza y el artículo 24, antes 28, hace que se termine un proceso en el que quedan perfectamente conjugados los intereses legítimos del particular interesado y las necesidades de una

calificación y del trabajo material de extender el asiento principal de inscripción.

La sentencia del Tribunal Supremo viene, pues, a situar en sus justos términos el valor e importancia del asiento de presentación. Ha confirmado la sentencia del señor Juez de Primera Instancia, al que no le dolieron prendas cuando, en aras de la justicia, tuvo que anular actuaciones practicadas en su propio Juzgado.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Consentimiento uxoris: Es innecesario, inaplicable, a los supuestos de retracto legal.*

Doña C. M. S., asistida de su esposo, don D. M. R., representada por Procurador, demandó a su cónyuge esposo, don D. M. R.

Se expuso en la demanda que doña C. contrajo matrimonio con el demandado don D., bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales. Que don D. M. R., constante su matrimonio con la actora, adquirió por compra a don F. P. B., y en escritura otorgada el 21 de mayo de 1958, fincas que describía sitas en el término municipal de Galdar. Que don D. M. R. vendió a la demandada doña M. del P. P. B., con la licencia de su esposo, las fincas descritas en el hecho anterior, por precio de 250.000 pesetas, sin el consentimiento de la actora, no obstante tener los bienes objeto de la transmisión la consideración legal de gananciales. Que en consecuencia, la compraventa últimamente reseñada es nula. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicando se dictase sentencia en los siguientes términos: 1.º Declarando nulo el contrato de compraventa otorgado por don D. M. R. a favor de doña María del P. P. B., en la escritura pública reseñada en el hecho tercero de este escrito. 2.º Condenando, en consecuencia, a los demandados a la restitución recíproca a que se refiere el artículo 1.313 del vigente Código civil. 3.º Condenando a los demandados al pago de las costas del presente procedimiento.

El Procurador don . . . en nombre de don V. y doña M. P. B., contestó a la demanda alegando: Que la primera escritura que cita la actora no llegó a tener efecto en favor de don D. M. R., por haberse ejercitado un retracto legal de colindante—doña M. del P. P. B.—, en virtud del cual tal colindante se subrogó en dicha compraventa; y en cuanto a la segunda escritura, fue otorgada en virtud de una resolución del Juzgado, dictada en la ejecución de la sentencia recaída en los autos seguidos contra don D. M. y en el que éste resultó condenado a tal otorgamiento. Y tanto de la interposición del referido retracto como de la existencia en el referido juicio declarativo de mayor cuantía tuvo conocimiento la hoy actora doña C. M. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda con costas a la parte actora.

Se evacuó el trámite de réplica, suplicando se dictase sentencia en los términos que se interesaron en el suplico de la demanda, y además declarando nula la compraventa contenida en el documento privado de transacción de 3 de marzo de 1959, en virtud de la cual don D. M. R. vende a

doña M del P. P. B. las fincas descritas en el hecho segundo de la demanda con costas a los demandados.

Se evacuó el trámite de dúplica suplicando se dictase Sentencia declarando no haber lugar a la ampliación de la demanda deducida en el trámite de réplica, y en todo caso desestimando íntegramente la demanda y dicha ampliación si se admitiese, con imposición de costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados, fallo que confirmó la Audiencia en apelación.

El recurso de casación no prosperó. Se basó dicho recurso en los siguientes motivos:

1.º Al amparo del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de hecho en la apreciación de las pruebas practicadas en autos, acreditado por los documentos auténticos que a continuación se detallan: Que incurre la Sala en este motivo de casación al establecer como elemento de hecho, básico para la sentencia, que el acto de disposición de bienes inmuebles de carácter ganancial realizado por don D. M. en 3 de marzo de 1950 (transacción) y 17 de octubre de 1964 (escritura), «fue consecuencia precisa del juicio de retracto legal al que fue llamado el adquirente del fondo y marido de la hoy actora», siendo así que los documentos que a continuación relaciona acreditan que dicho acto de disposición fue adoptado libremente por el señor M. como parte otorgante de un contrato libre y voluntario.

2.º También al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: infracción por aplicación indebida de la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 5 de marzo de 1960, en relación con lo preceptuado en el artículo 1413 del Código civil; que ha incurrido en este motivo de casación la sentencia recurrida al declarar que siendo el acto de disposición realizado por don D. M. a favor de doña M. del P. P. B. el 3 de marzo de 1959, consecuencia de un retracto legal, carecería de las notas de libertad y voluntariedad que son necesarias para la aplicación del artículo 1403 del Código civil; ya que, como acabamos de acreditar en el motivo que precede, dicho acto de disposición no fue consecuencia precisa ni directa de ningún juicio de retracto, sino de un acto contractual libre y voluntario realizado por el cedente.

3.º Al amparo del número 1.º del artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Infracción por interpretación errónea del artículo 1523, párrafo 3.º, y de la doctrina de esta Sala contenida en sentencias de 26 de noviembre de 1895, 4 de diciembre de 1896, 8 de marzo de 1901 y 18 de noviembre de 1960. Que procede este motivo de casación en cuanto la sentencia recurrida considera la simple incoación de un juicio de retracto legal de colindantes, aun después de desistida y abandonada la acción, como obstáculo eficaz para la integración de los bienes retraídos en la sociedad de gananciales de los adquirentes, siendo así que el juicio cuya iniciación sirve de fundamento a tal declaración se dirige contra otro colindante, amparado en el párrafo 3.º del artículo 1523 del Código civil y doctrina dictada en su aplicación, que quedan invocados.

4.º Al amparo asimismo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley procesal, violación por inaplicación del mismo artículo 1523, párrafo 3.º del Código civil y doctrina dictada en su aplicación, contenida en las sentencias de 26 de noviembre de 1895, 4 de diciembre de 1896, 8 de mayo de 1960. Que

procede este motivo que se alega *ad cautelam*, alternativamente respecto al anterior, y por los mismos fundamentos del que le precede, para el caso de que la Sala entienda que al no haber sido específicamente mencionadas por la sentencia recurrida el precepto y doctrina invocada, el concepto de infracción aplicable no sea el de interpretación errónea bajo el que aquél aparece desarrollado, sino el de inaplicación, para cuyo supuesto se articula ahora este, bajo este número.

5.º También al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal: Violación por inaplicación de los artículos 1.114 del Código civil y doctrina contenida en sentencias de 19 de diciembre de 1935 y 18 de enero de 1904. Que ha incurrido la sentencia recurrida en este motivo de casación al establecer cómo con fundamento principal de su desestimación de la demanda que «no puede estimarse como pertenecientes a la Sociedad de gananciales los bienes objeto de una acción de retracto legal, por interrumpir la demanda su incorporación definitiva al patrimonio de aquéllas; pues la adquisición por el comprador queda pendiente de que no se ejercite el retracto por quien legalmente pueda hacerlo»; porque los preceptos y doctrina que como infringidos invoca en este motivo, sancionan la efectividad de dicha adquisición desde el momento mismo de su perfección sin sujeción a condición suspensiva de ninguna clase.

6.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal: Infracción por interpretación errónea del artículo 1.521 del Código civil. Que incide la sentencia recurrida en este nuevo motivo de casación al afirmar como fundamento de su fallo absolutorio que el ejercicio de una acción de retracto legal suspende y deja pendiente la adquisición por el comprador de la cosa objeto del retracto ejercitado; e incide en este motivo de casación porque el precepto que se invoca como infringido, por interpretación errónea, lo único que declara es el derecho del retrayente a subrogarse en el lugar del adquirente, lo cual implicará pérdida del derecho adquirido, pero nunca suspensión de la adquisición. Que así lo entendió esta Sala en su sentencia de 19 de diciembre de 1935.

7.º Amparado igualmente en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción por interpretación errónea de los artículos 1.412 y 1.413 del Código civil, en relación con los 1.809, 1.816, 1.817 del propio cuerpo sustantivo; y doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 21 de abril de 1964. Que da lugar a este motivo de casación la sentencia recurrida al declarar que es superfluo e innecesario el consentimiento *uxoris* que ordena el artículo 1.413 del Código, para que el marido transija sobre bienes inmuebles de carácter ganancial, sujetos a juicio de retracto legal, porque sólo a éste corresponde la representación en juicio de la sociedad conyugal sin limitación alguna, entendiendo que quien pueda incluso allanarse judicialmente, por fuerza ha de tener facultades para transigir.

8.º También al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, violación por inaplicación de los artículos 61, 62 y 65 del Código civil y de la doctrina de esta Sala contenida en sus sentencias de 7 de febrero y 13 de marzo de 1964, en relación con los artículos 1.413, 1.409, 1.816, 1.817 y 1.818 del Código civil. Que procede este motivo de casación por cuanto la sentencia recurrida, desconociendo los artículos y doctrina en él invocados, no sanciona, anulándolos, los actos realizados por un esposo sin consentimiento de la mujer. Tiene dicho consentimiento un estrecho parentesco y

paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace un uso arbitrario de los mismos, cabe sustituirlos por la autorización judicial. Por lo que, en principio, parece viable aplicar, por analogía, para salvar las lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origina, las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científicas como legales a propósito de la licencia marital: de conformidad con cuya doctrina resulta claro que tal y como para la licencia marital ordena el artículo 61 del Código civil, «tampoco puede el marido sin consentimiento de su mujer... enajenar los bienes inmuebles de la sociedad de gananciales» sancionando el artículo 62 con nulidad los actos realizados contra lo dispuesto en el artículo 61 y nulidad que sólo el otro cónyuge, o sus herederos, están capacitados para postular; doctrina ésta que concuerda en un todo con lo ordenado en el artículo 1.413 reformado y en los 1.809, 1.816, 1.817, y 1.818 del mismo Código civil, justificando así su acierto.

Tales motivos, repetimos, no triunfaron.

Siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, el Tribunal Supremo resolvió:

Considerando: Que declarado por el Juez de Primera Instancia, que todas las cuestiones planteadas en estas actuaciones han quedado definitivamente resueltas en la sentencia de esta Sala de fecha 21 de abril de 1964, la cual se ha pronunciado sobre todas ellas con claridad y extensión tales que hacen innecesarios nuevos argumentos; pues en definitiva, y especialmente en su Considerando 9.º, se establece que el contrato transaccional privado impugnado no fue otra cosa que el medio de poner fin a los actos de juicio de retracto y que, por tanto, dicho contrato de transacción no supuso otra cosa que el reconocimiento a favor de la retrayente de su derecho de retracto legal de colindante, y en consecuencia se estableció que era innecesario por superfluo el consentimiento de la esposa del retraído, por ser inaplicable el requisito del consentimiento de la esposa del artículo 1.413 del Código civil a los supuestos de retracto legal, los cuales implican el cumplimiento de una condición resolutoria de la primera compraventa hecha a favor del retraído, y cuyo ejercicio por el retrayente determina que no haya entrado el objeto de la compraventa en cuestión en el patrimonio del retraído, ni, por tanto, en el patrimonio de la sociedad legal de gananciales formada por el mismo con su cónyuge, y también se condenó al demandado en la referida sentencia firme a otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa, consecuencia de la contenida en el documento privado transaccional, lo que hizo en virtud de lo ordenado por providencia dictada en ejecución de la sentencia firme, siendo tal escritura de compraventa la que la demandante pretende en la acción formulada en la demanda de los presentes autos que se declare nula, ampliándola en su escrito de réplica a que también se declare la nulidad de la transacción contenida en el documento privado, siendo todas las anteriores consideraciones de aplicación inexcusable al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, que la actora ahora impugna. Dicha escritura no es otra cosa que el cumplimiento judicial de la condena hecha al demandado, consecuencia ineludible de la validez del documento privado de transacción (Considerandos aceptados expresamente por la sentencia recurrida) y no atacados estos fundamentos por el recurso, que sólo va en sus múltiples motivos contra los que a mayor abundamiento consignó la Audien-

cia Bastaría ello para desestimarlos en su integridad, por no darse éste contra los Considerandos que no sean base indispensable del fallo.

Considerando: Que aunque así no fuera, tampoco son estimables los motivos formulados, porque, como declara la sentencia de 5 de marzo de 1960 de la Sala de lo Civil, el artículo 1.413 del Código civil, en su redacción vigente, se refiere a un «acto de disposición libre y voluntario de bienes», de la clase que expresa, pertenecientes a la sociedad de gananciales, en el que pueden existir intereses de la mujer contrapuestos a los del marido, y no a la transmisión al retrayente en el puesto de comprador, que viene impuesta por la Ley en forma obligatoria y en las condiciones que la misma establece, de la que no puede deducirse interés de la esposa en pugna con los de su marido, ni actuación del marido que pueda perjudicar a la mujer, al estar fijado de antemano su precio y condiciones de toda índole, inalterables, que han de resarcir a dicha sociedad totalmente de los gastos que realizaron para la adquisición de tales fincas, que ni siquiera puede estimarse que pertenecen a dicha sociedad de gananciales al haber interrumpido el retracto su incorporación definitiva al patrimonio de la misma, pendiente como estaba la adquisición del no ejercicio del derecho de retracto, siendo notorio que las disposiciones legales que le rigen y las consecuencias de su estimación, hace innecesario el consentimiento de los primitivos compradores, a los que se imponga la obligación de subrogar en sus derechos a la retrayente con todas sus consecuencias, y entre ellas las de otorgar las escrituras necesarias al efecto, para lo que es suficiente la representación por el marido de la sociedad de gananciales.

Considerando: Que la aplicación de la doctrina expuesta hace que concretamente no puedan acogerse por separado tampoco ninguno de los motivos del recurso, porque el primero denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas, no teniendo el carácter de auténticos en casación ninguno de los seis documentos que cita, por ser los básicos objeto de interpretación por el Tribunal *a quo*, cuya desestimación acarrea la de los motivos 2.º y 8.º; los motivos 3.º y 4.º que citan en el artículo 1.523 del Código civil como interpretado erróneamente en el primero y violado por inaplicación en el segundo, conceptos contrapuestos que reflejan una falta de claridad exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, causa de inadmisión, unida a la de plantear una cuestión nueva, como la de la preferencia en el ejercicio del derecho de retracto entre colindantes; los motivos 5.º y 6.º combaten una declaración accesoria de la sentencia recurrida, y cualquiera que sea la consideración que merezca a esta Sala, ninguna trascendencia puede tener en el fallo; y finalmente el motivo 7.º olvida que siendo la transacción un substitutivo de la sentencia, tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, y la ejecución de la transacción envuelve una implícita autorización judicial, cuyo carácter subsidiario proclama el propio artículo 1.413 del Código civil, que en este motivo se entiende interpretado erróneamente, todo lo cual acarrea la desestimación total del recurso.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1968.—*Facultad discrecional de fijar plazo que tienen los Tribunales en el supuesto previsto en el artículo 1.128 del Código civil: No puede coartarse en casación.*

Con ocasión de no haberse señalado plazo en una opción, la Audiencia lo estimó según el artículo 1.128 del Código civil.

Entre otras varias alegaciones, el recurrente expuso que el plazo otorgado no estaba a tono ni era el corriente y lógico según la naturaleza de la oferta.

El Tribunal Supremo razona en uno de sus Considerandos que habida cuenta que no se señaló término para el ejercicio de la opción y que, conforme al artículo 1.128, cuando ello suceda los Tribunales lo fijarán, es evidente que en casación no pueden coartarse las facultades discrecionales de los Tribunales de Instancia, por lo que debe aceptarse la declaración de la Audiencia.

SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1968.—*Naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales. Las inscripciones practicadas conforme a las normas del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no afectan para nada a la administración de los bienes gananciales.*

El primer motivo del recurso de casación decía:

Se ampara este motivo 1.º del recurso en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto, a juicio de esta parte, la sentencia infringe, por violación, los artículos 60 y 1.413 del Código civil y la jurisprudencia contenida en sentencias de esta Sala de 16 de mayo de 1905 y 18 de diciembre de 1958, la que determina que para que el marido obre en la representación de su mujer debe manifestarlo así, y si actúa en su propio nombre no puede entrar en juego el artículo 60 del Código civil relativo a su representación legal de la esposa.

Sobre tal motivo, el Tribunal Supremo, siendo ponente don Tomás Orgayar Ayllón, razona así:

Considerando: Que en nuestro Código civil la sociedad legal de gananciales—que no es una pura comunidad de adquisiciones, sino un régimen mixto en que la comunidad se combina con la cotidad—se basa en el principio de subrogación real, y para resolver las dudas que con frecuencia se presentan acerca de la procedencia y carácter de determinados bienes del matrimonio, y evitar, a la vez, que las simples manifestaciones de los interesados puedan encubrir verdaderas donaciones entre cónyuges, proclama el artículo 1.407 que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, lo que equivale a establecer que se presumen adquiridos a costa del caudal ganancial los bienes cuyo precio no se demuestre que fue satisfecho con dinero privativo de alguno de los cónyuges.

Considerando: Que, en acatamiento a dicha presunción legal, el artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario dispone que las adquisiciones efectuadas por un solo cónyuge, sin hacer declaración sobre la procedencia del precio o contraprestación, se inscribirán a nombre de ambos cónyuges con-

juntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal, pero esta titularidad registrada, no concorde con el contenido del título, deja impreciso el carácter ganancial o privativo del bien inscrito, dado que por nota marginal, si se justifica después la procedencia del precio, puede modificarse el asiento determinando la atribución de la finca inscrita, *y no afecta para nada a la administración de los bienes gananciales ni a su disposición*, que, con arreglo al artículo 96 de dicho Reglamento, se regirán por las normas de los bienes gananciales, por lo que, a pesar de dicha inscripción, sigue siendo el marido el administrador de la sociedad de gananciales, con las amplias facultades que le están reconocidas para adquirir bienes, enajenarlos y defenderlos en los pleitos que se susciten en relación con bienes gananciales, puesto que al no tener la mujer dominio *in actu* ni derecho que ejercitar sobre tales bienes, no tiene que ser demandada, máxime cuando, al coincidir sus intereses con los de su marido, al defenderse éste defiende a la vez a aquélla.

Considerando: Que va en contra de la doctrina expuesta el motivo 1.º del recurso, en el que, amparado en el número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos 60 y 1413 del Código civil, porque al no ser demandada la esposa no pudo el marido representarla, con olvido de que la impugnación de los contratos ha de dilucidarse con los que en ellos fueron contratantes, por lo que atacada la adquisición celebrada el 9 de febrero de 1960, sólo puede ser traído al proceso el supuesto adquirente, sin que la esposa pueda ser demandada en él, y como el artículo 1413 es inaplicable, porque aquí no se trata de actos adquisitivos voluntarios del marido sobre bienes gananciales, sino de si adquirió o no la finca discutida, el motivo ha de perecer.

B. M. B.

IV. SUCESIONES

SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Legado de cosa determinada inmueble propia del testador. Mejora tácita. Artículos 675, 825 y 828 del Código civil.*

No puede estimarse como mejora tácita el legado de cosa inmueble hecho por el testador a sus nietos, hijos de un hijo premuerto, con cargo al tercio libre.

El Marqués de V., abuelo de los actores, apelantes y recurrentes, falleció en G. el 9 de marzo de 1952, bajo dos testamentos, uno abierto otorgado el día 14 de abril de 1951 y otro ológrafo de 23 de abril de 1951, quedando entre sus descendientes cinco nietos, los actores, hijos de un hijo premuerto, a cuyo favor dispuso en la cláusula 7.ª del testamento abierto: «7.ª Lega con cargo al tercio de libre disposición a sus cinco nietos, hijos de su difunto hijo H., por partes iguales entre los mismos, la alquería de S. y el huerto de E., ambos en el término de G., con sus tierras anejas y contiguas en la forma expresada anteriormente.»

Fallecido el testador, se promovieron una serie de litigios todos los cuales fueron definitivamente resueltos por la sentencia del Tribunal Supremo de 4

de noviembre de 1961. Ahora, los cinco nietos legatarios demandan a los restantes sucesores suplicando se declare: 1.º Que el referido legado es un legado de cosa específica y como tal les pertenece en plena propiedad desde el momento de la muerte del causante. 2.º Que no es procedente en modo alguno su reducción desde el punto y hora en que quepa en el tercio libre que reste, una vez deducidos los legados preferentes contenidos en el testamento ológrafo de 23 de abril de 1951, *más el tercio de mejora*, más dos quintas partes del tercio de legítima. Así como otros pedimentos, que no son del caso, consecuencia de los anteriores.

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid vino a resolver que, efectivamente, el legado es de cosa específica, pero desestimó el resto de la demanda. Y la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid reafirmó su carácter de legado de cosa específica, añadiendo que, por lo mismo, pertenece en propiedad a los apelantes desde el momento de la muerte del causante y condenó a los demandados y apelados, en especial al que lo tenga en su poder, a que lo entregue a dichos actores con todos sus accesorios, otorgándose la oportuna titulación como pago de dicho legado de cosa inmueble determinada *con cargo exclusivamente al tercio de libre disposición* en lo que quepa en el mismo, reteniendo las fincas en que consiste *en cuanto al posible exceso* como comprendidos dentro de la cuota que por *legítima* les corresponda.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tajo, declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos estableciendo:

Que tanto en el motivo único del primero de los recursos, como en los primero y segundo del formalizado en segundo lugar, se parte, cual ya queda indicado, de la vulneración de los mismos preceptos del Código civil, o sea, la de los artículos 828 y 675 del mencionado cuerpo legal, observándose que en el motivo único del primer recurso se acusa la violación de lo dispuesto en el 828 y la interpretación errónea del 675, mientras que por el segundo recurrente se denuncia la interpretación errónea de ambos preceptos legales, concepto este último que debe estimarse más apropiado, puesto que el Tribunal *a quo* no desconoce en su sentencia los dos artículos citados, sino que, con su invocación expresa y partiendo de su vigencia, los estudia como normas aplicables, examinando su contenido en relación con el antes mencionado testamento y especialmente con lo dispuesto en la cláusula séptima del mismo.

Que como es sabido, el artículo 828 del Código civil viene a proclamar el mismo principio latente en el 825 del propio Código, apartándose del criterio legal sustentado por las Leyes de Toro, en cuanto éstas consideraban mejora siempre lo dejado en testamento por el padre o la madre a alguno de sus hijos o descendientes—«aunque no digan que lo mejoran en el tercio o en el quinto, entiéndase que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes», según la Ley 26 de Toro en relación con la 25—, y así, de conformidad con lo establecido en el antes citado artículo 828, el principio general es que el testador que quiera hacer una mejora la manifieste expresamente para que ésta pueda reputarse tal, si bien el mismo precepto admite la mejora tácita, cuando la manda o legado no quepa en la parte libre; mas, en el presente caso debe destacarse que la disposición testamentaria (cláusula séptima del testamento abierto de 14 de abril de 1951), adscribe expresamente el legado de que se trata al tercio de libre disposición, ordenándolo «con cargo al mismo»; siendo de señalar, igualmente,

que el propio causante testamentario otorgó posteriormente un testamento ológrafo (el 23 de abril de 1951), cuya validez y eficacia fueron proclamados en la sentencia de este Tribunal de 4 de noviembre de 1961, en la que se dio lugar a la casación de la recurrida, haciéndose en segunda instancia diversas declaraciones, alguna de las cuales [las d) y e)] guardan íntima relación con el caso ahora debatido.

Que el Tribunal a quo en la sentencia recurrida y también en los fundamentos de la de primer grado que acepta, en cuanto no modifiquen los propios para la exégesis y aplicación del artículo 823 del Código civil, tiene en cuenta la doctrina anteriormente expuesta, entendiendo además que la Ley fundamental es el testamento y que por tratarse de una declaración de voluntad no recepticia, es decisiva la voluntad real del testador, y después de transcribir la cláusula séptima del testamento abierto, se basa como primera regla interpretativa, de acuerdo con el artículo 675 del mismo Código, en la literalidad de dicha cláusula, llegando a la conclusión de que la liberalidad «la constriña y carga al tercio de libre disposición»; pero, además, examina el Tribunal de instancia las diversas cláusulas del mismo testamento, deduciendo que nada exterioriza o revela la voluntad de mejorar y que ésta tampoco es deducible tácitamente, dados los términos del testamento y la voluntad «expresamente manifestada, que la impide y contradice».

Que las apreciaciones de la sentencia recurrida no se separan de las normas de hermenéutica testamentaria contenidas en el artículo 675 del Código civil, sino que se ajustan a lo regulado al respecto por este precepto legal, y que, conforme a reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, corresponde a los Tribunales de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su criterio sobre el del recurrente, siempre que no aparezca evidenciado el error en términos que contraríen la voluntad expresa del testador, lo cual, a tenor de lo antes expuesto, no sucede en el presente caso; debiendo significarse, además, que el estudio que se hace en el cuarto razonamiento de la sentencia recurrida de la dictada por esta Sala en 4 de noviembre de 1961, sobre todo en cuanto atañe a los pronunciamientos c) y d) de la segunda resolución de este Tribunal, recaída en aquel litigio, justifican y robustecen el criterio sostenido por el juzgador de instancia, y ello aunque la mencionada sentencia de esta Sala no produjese excepción de cosa juzgada, dada la íntima relación existente entre los dos pleitos y la conexión entre los asuntos tratados, y la que hay entre los dos testamentos—el abierto y el ológrafo—como expresión de la voluntad de un mismo testador

SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Derecho civil especial de Cataluña. Desheredación. Artículos 97 y 141 de la Compilación catalana, 851, 852 y 853, número 2.º, del Código civil.*

Es preciso probar la certeza de los hechos en que se funda la desheredación, si el desheredado los negare, sin que baste que el testador los dé como ciertos

Doña N. A. F., de vecindad catalana, falleció en Barcelona el 13 de marzo de 1962 en estado de viuda de don L. A. M., de cuyo matrimonio quedaron dos hijas, las partes del pleito. doña N. y doña P. A. A., bajo testamento notarial de fecha 18 de julio de 1957, en cuyas cláusulas 4.ª y 5.ª dispuso lo siguiente:

«4.ª Deshereda a su hija mayor, doña N. A. A., por los malos tratos de obra,

e injurias de palabra, graves ofensas, coacciones, vejaciones y violencias materiales recibidas de la misma.

5.ª Instituye heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones a su hija menor, doña P. A. A., sin limitación de ningún género »

La hija desheredada niega la realidad y certeza de los hechos en que se funda la desheredación y en el «suplico» de la demanda solicita se dicte sentencia por la que, declarando injusta su desheredación por no ser ciertas ni probadas las causas alegadas para la misma, se declare asimismo, y como consecuencia que queda a salvo el derecho de la hija desheredada para reclamar y percibir lo que por su cuota legitimaria le corresponde.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona declaró injusta la desheredación de la actora hecha testamentariamente por su finada madre, por no ser ciertas ni probadas las causas alegadas para la misma y, en su consecuencia, que queda a salvo el derecho de la actora para percibir lo que por cuota de legítima le corresponda en la herencia de su citada madre. Sentencia que fue confirmada totalmente por la de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, a la que apeló la demanda.

El Tribunal Supremo, en sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la demandada y apelante doña P. A. A., en base a que «estimándose como violados los artículos 141 de la Compilación del Derecho catalán y los 851 y 852 del Código civil, hay que partir de la afirmación, ineficazmente combatida en los motivos analizados, de que habiendo sido contradicha la causa de la desheredación por la hija desheredada, no se ha probado que sean ciertos los hechos que se le imputan, con lo cual se cubren las exigencias del supuesto a que se refieren el último párrafo del artículo 141 de la Compilación catalana y el artículo 851 del Código civil, que han sido certeramente aplicados, siendo carente de todo fundamento la afirmación hecha en el recurso de que basta con que el testador las dé como ciertas, pues dicha afirmación, aparte de conculcar lo dispuesto en los preceptos que acabamos de citar, vendría a socavar toda la base del sistema de legítimas, al dejar al arbitrio del testador la posibilidad de consignar, como causa de la desheredación, hechos que no correspondieran a la realidad y que no pudieran ser contradichos».

SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1967.—*Derecho civil especial de Cataluña. Acción de petición de herencia. Prescripción. Artículos 434, 444, 1.959, 1.963, 1.969, del Código civil y 275 de la Compilación catalana.*

No es acción de petición de herencia la que no afecta a la condición de heredero ni se dirige a la universalidad de derechos hereditarios. La prescripción referida al ejercicio de acciones ha de partir de la posesión en concepto de dueño exclusivo de los bienes hereditarios durante el tiempo necesario.

El Tribunal Supremo, en sentencia, de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que a su vez había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Hospitalet de Llobregat.

Considerando: Que el recurso se dirige, a través de los dos motivos, amparados ambos en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a combatir la sentencia recurrida en cuanto desestima la prescripción adquisitiva del dominio del único bien hereditario al que la acción se refiere, y al haber rechazado igualmente la *prescripción de la acción sobre reclamación de herencia*, que constituye la esencia de la demanda. invocando en el primero de dichos motivos la violación del artículo 1959 del Código civil, en relación con los artículos 434 y 444 del mismo cuerpo legal, y doctrina sobre su interpretación, en razón de haber adquirido la parte recurrente, por virtud de usucapión la finca cuestionada, basándose en su posesión durante más de treinta años en los términos que previene al primero de los preceptos citados, mas afirmado por el Tribunal sentenciador que el bien hereditario ha sido poseído en concurrencia por todos o por la mayor parte de los hijos del causante de la herencia, «y sólo desde los años 1950 podría apreciarse la posesión exclusiva de la demandada» hoy recurrente, con ánimo de adquirir el dominio exteriorizado por los hechos que señala tal fecha de juicio de la posesión indispensable para la adquisición del dominio, excluye el transcurso del tiempo necesario para que esta institución produzca el efecto alegado, teniendo en cuenta que, conforme a la doctrina de esta Sala, la posesión base para ella ha de serle en concepto de dueño, según proclamación, entre otras, de las sentencias de 29 de enero de 1953 y 11 de noviembre de 1954, y en cuanto se refiere a la infracción del artículo 434 del Código civil, que al no existir la afirmación de mala fe en la posesión de la demandada, no cabe la estimación del vicio que se acusa, y la declaración de la sentencia respecto a que la demandada ha de rendir, en ejecución de sentencia, cuenta detallada de frutos y rentas derivados del bien hereditario poseído, y de cuantos pagos haya efectuado en interés del mismo, no deriva de declaración de mala fe, ni se acusa cuál sería precisa la infracción del artículo 455 del Código civil, y en relación al indicado artículo 444 del Código civil, no existe base fáctica alguna para estimar, como actos tolerados, los de posesión por parte de los demás herederos sobre la finca cuestionada, razones que conducen a la desestimación del motivo que se examina.

Considerando: Que el segundo de los motivos del recurso seguido por el mismo que el anterior, invoca la violación, por no aplicación, de los artículos 1.963 y 1.969 del Código civil, la del artículo 275 de la *Compilación del Derecho civil de Cataluña* «y la doctrina sobre su interpretación», y prescindiendo de este último concepto de infracción, por su notoria falta de precisión, debe advertirse que el motivo se contrae a oponerse a la desestimación de la prescripción de la acción de petición de herencia, que en sentir del recurrente constituye la esencia de la acción ejercitada, haciendo arrancar el pleno prescriptivo del fallecimiento del causante de dicha herencia, mas debe oponerse a esta tesis, en primer lugar, que la acción no es propiamente la de *petitio hereditatis*, esto es, dirigida a un *universum jus*, en la que se propugna la estimación de la condición de herederos y se dirija contra aquél, que venía reputándose como tal a título universal, ya que analizados los extremos del suplico de la demanda, claramente se advierte que no afecta a la condición de herederos a favor de los actores, no discutida en suma ni se dirige a las universalidades de derechos hereditarios, sino que señala la única finca comprendida en la sucesión, pide la formación de inventario con el fin de adjudicar a los herederos en la proporción que señala el caudal relicto, solicita la rendición de cuentas de los frutos obtenidos y pagos efectuados y que, previa la declara-

ción de ser indivisible el solar que constituye el único bien hereditario, sea vendido en pública subasta, pretensión esta última no estimada por la sentencia recurrida, tendiendo, por tanto, la demanda a dar efectividad, sobre dicha finca, al derecho hereditario de los demandantes, lo cual, como ajeno a la acción de petición de herencia, hace inaplicable la prescripción de la acción que se invoca, a lo que cabe añadir, que siendo el fundamento de dicha prescripción una situación de abandono del ejercicio de derecho nunca cabría estimarla, dada la posesión por los herederos hasta el año 1950, siendo aplicable la doctrina de esta Sala en el sentido de que la prescripción referida al ejercicio de acciones ha de partir de la posesión en concepto de dueño exclusivo de los bienes hereditarios, durante el tiempo necesario, de acuerdo a sentencias de 23 de mayo de 1904 y 22 de noviembre de 1943, por lo que no cabe que invoque eficazmente su favor dicho derecho el heredero que no ha poseído en tal concepto los bienes hereditarios durante el tiempo preciso, todo lo cual hace perecer el motivo referido

SENTENCIA DE 8 DE ENERO DE 1968.—*Institución en el usufructo de manera sucesiva sin designación de nudo propietario. Usufructo a favor de persona jurídica. Institución temporal en favor del alma. Sustitución fideicomisaria. Artículos 515, 675, 781 y 785 del Código civil.*

La intención del testador de dejar el usufructo de sus bienes a la comunidad religiosa con carácter perpetuo debe sujetarse al límite de treinta años señalado en el artículo 515 del Código civil, sin que quepa darle temporalidad superior al constituir disposición contra Ley, que carece de viabilidad.

Don A. D. C., médico forense, murió sin dejar próximos parientes el 13 de marzo de 1945 bajo testamento ológrafo, que luego se protocolizó del siguiente tenor literal:

«En la ciudad de M. el día de hoy, 18 de abril de 1938. Yo, A. D. C., mayor de edad, de profesión Licenciado en Medicina y Cirugía. Declaro que quedo como heredera de todos mis bienes a mi señora, A. Y. F., pero únicamente en usufructo sin poder vender nada de lo heredado, es decir, solamente usufructuaria. El día que falleciere mi esposa pasará a las Hermanas Concepcionistas de esta localidad, también usufructuarias, en la forma que se expresa. Las rentas de mi capital, al llegar a las Hermanas, se dividirá en tres partes, una para contribución y reparación de las fincas; 2.ª parte, para bien de las almas de mi mujer, mis padres, mi hijo y yo, o sea, misas; 3.ª, para que en todas sus oraciones nos tengan presentes a los manifestados en la 2.ª. Así espero se cumpla en todas sus partes, haciéndolo en mi domicilio en la fecha en que lo encabezo, y más siendo mi voluntad que no se vendan nunca.—A. Delgado. Rubricado.—Siendo otra condición, y la más principal, que el panteón esté bien atendido, así como su capilla.—A. D.—Rubricado.»

Su viuda, doña A. Y. F., solicitó y obtuvo declaración de heredera *ab intestato* en todos los bienes, derechos y acciones de los que su marido no había dispuesto, esto es, de la nuda propiedad, en su testamento; adjudicándose en la correspondiente escritura la mitad del usufructo de los bienes relictos como legitimaria y la otra mitad en virtud de lo dispuesto en el testamento de su difunto esposo, así como la nuda propiedad de los mismos, por entender que

así procedía en razón a la declaración de heredera *ab intestato*, sin perjuicio del derecho expectante de usufructo a favor de la comunidad de las Hermanas Concepcionistas, cuyo usufructo estimaba que quedaba supeditado en cuanto a su duración a lo dispuesto en el artículo 515 del Código civil; causando dicha escritura las consiguientes inscripciones registrales a favor de la adjudicataria en los conceptos expresados.

A su vez, doña A. Y. F., viuda del primitivo causante, murió el 7 de enero de 1961 bajo testamento abierto otorgado el 16 de diciembre de 1960, en el que distribuyó los bienes entre los demandados, apelados y actuales recurrentes y designando albacea contador-partidor a don A. J. G., quien practicó las correspondientes operaciones particionales, considerando a la causante titular, no sólo del usufructo, sino también de la nuda propiedad de los bienes procedentes de su esposo, que transmite íntegramente a los sucesores de aquélla y reservando a la comunidad religiosa el usufructo de los mencionados bienes por el tiempo de treinta años que establece el artículo 515 del Código civil; transcurrido el cual, el usufructo volvería a consolidarse con la nuda propiedad en los sucesores de doña A. Y. F.

La comunidad de religiosas entiende que don A. D. C. no estableció en su testamento un mero derecho de usufructo a favor de la comunidad, sino que, en realidad, hizo una institución de mayor amplitud, por lo que su abadesa, con las pertinentes licencias, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Mérida, en la que termina suplicando se declare que don A. D. C. instituyó a su esposa, doña A. Y. F., como heredera de todos sus bienes, pero únicamente en usufructo, excluyendo con ello toda posibilidad de que dicha señora lo heredase respecto de la nuda propiedad, y menos aún en el pleno dominio de los mismos bienes; y que el testador estableció seguidamente, para después del fallecimiento de su esposa y consiguiente extinción del usufructo, una institución en beneficio de las almas de su esposa, de sus padres, de su hijo y de la suya propia, a cuya finalidad quedaron y se hallan sujetos la totalidad de los bienes que integran su herencia con expresa manifestación de que los mismos pasen a la comunidad religiosa, a la que encarga los reciban —consolidado ya el dominio— para que los administren y empleen las rentas que produzcan en los fines y formas que el propio testador detalla a continuación en su testamento. Y se declaren nulas las operaciones de testamentaria e inscripciones registrales practicadas.

Opuestos los demandados y seguido el juicio por los trámites pertinentes, el señor Juez de Primera Instancia de Mérida, estimando parcialmente la demanda, declaró: Que el verdadero sentido, alcance y recta interpretación de las disposiciones contenidas en el testamento ológrafo de don A. D. C. fue la de transmitir por testamento a su esposa, doña A. Y. F., el usufructo de todos sus bienes, así como que, a la muerte de ésta, transmitía también el usufructo de todos sus bienes a la comunidad de religiosas, con imposición de una forma de distribución de las rentas; sin que el testador hubiera tenido en cuenta o hubiere conocido la limitación que el Código civil establece en la duración del usufructo cuando de personas jurídicas se trata.

Apelada esta sentencia por la comunidad religiosa, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres revocó totalmente la sentencia del Juzgado, y estimando que el testador quiso disponer de la totalidad de sus bienes con carácter definitivo y permanente, en cuanto a la viuda con prohibición absoluta de vender y en cuanto a la comunidad de religiosas como última destinataria, si bien se expresó en forma incorrecta, declara la exis-

tencia de una sustitución fideicomisaria y la nulidad de todas las operaciones de testamentaria e inscripciones registrales practicadas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu, declara haber lugar al recurso interpuesto por los demandados y apelados, casando y anulando en su primera sentencia la de la Audiencia y confirmando en su segunda sentencia la del Juzgado, conforme a las siguientes consideraciones:

Que todo el problema del litigio se circunscribe a la interpretación del testamento ológrafo que con fecha 18 de abril de 1938 suscribió en la ciudad de M. el causante don A. D. C., que, conforme al criterio de los recurrentes, instituyó como heredera usufructuaria de todos sus bienes a su esposa, y al fallecimiento de ésta, y también en usufructo, a la comunidad religiosa demandante, por lo que teniendo este segundo usufructo, conforme a Ley, una limitación temporal, el testador dejó de disponer de la nuda propiedad de su patrimonio y del pleno dominio de todos sus bienes al transcurso de los treinta años en que está limitado el segundo de los usufructos, enunciados, de acuerdo todo ello con la sentencia de primera instancia, o sí, por el contrario, y como sostiene la resolución recurrida, finado el usufructo de la viuda, los bienes pasarían en pleno dominio a la comunidad demandante, declaración que se combate en los tres primeros motivos del recurso, esencialmente en el primero, todos por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se denuncia la violación de los artículos 675 y 1.281 y 1.286 del Código civil.

Que del contenido de tales preceptos sustantivos y especialmente del artículo 675 se desprende, sin dejar lugar a la menor duda, que la primera regla de interpretación de los testamentos es la de atenerse al sentido literal de las palabras empleadas y únicamente puede sustraerse de ella cuando aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; y como quiera que del estudio del documento de 18 de abril de 1938 se deduce que el causante después de dejar el usufructo de todos sus bienes a la que era su esposa, con la expresa declaración de que no podría vender nada de lo heredado, recalcando expresamente, «es decir, solamente usufructuaria», añade: «el día que falleciera mi esposa pasará a las Hermanas Concepcionistas de esta localidad, también usufructuarias en la forma que se expresa»; aparece evidente que las locuciones *pasará* referido al usufructo de la viuda, y *también usufructuarias* que emplea, claramente expresan que lo que dejó a la comunidad demandante fue sólo el usufructo de sus bienes, pues de lo contrario lo lógico hubiera sido que empleara los términos «pasarán los bienes» y jamás debió emplear los términos «también usufructuarias» con que perfila la institución.

Que si bien parece que la intención del testador fue la de dejar el usufructo de sus bienes a la comunidad religiosa con carácter perpetuo, como lo demuestra el hecho de no disponer de sus bienes para el momento de la extinción del usufructo, con olvido de lo preceptuado en el artículo 515 del Código civil, tal intención deberá sujetarse al límite de treinta años que el precepto señala, sin que quepa darle temporalidad superior al constituir disposición contra Ley, que carece de viabilidad.

Que sentados los razonamientos precedentes, es indudable que la sentencia recurrida al interpretar, como lo hace, el testamento de referencia, ha infringido los preceptos citados en el concepto en que se denuncia en los moti-

vos dichos, y procede casarla y anularla, sin hacer especial declaración sobre las costas del recurso y sin necesidad de entrar en el estudio de los restantes motivos articulados.

SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1968.—*Testamento en peligro inminente de muerte. Sustitución fideicomisaria. Artículos 775, 783, párrafo 1.º, y 785 del Código civil.*

No es sustitución fideicomisaria la disposición que no contiene llamamiento sucesivo expreso, ni es denominada tal por el testador, quien tampoco impone a los instituidos la obligación terminante de entregar los bienes a un ulterior llamado.

Don J. A. L. falleció en V, el 21 de noviembre de 1918, bajo testamento especial otorgado en peligro de muerte el día anterior, declarado tal por auto del Juzgado de Primera Instancia de Fonsagrada de 30 de enero de 1919, en el que dispuso que «en sus bienes, créditos, derechos y acciones presentes y futuros instituye por su heredero, con un tercio y medio de mejora, a su hijo M. A. M., y si éste falleciese, le sustituya con los mismos derechos su otro hijo S., y en caso de fallecer éste, que recaen los mismos derechos en la hija de más edad, y a falta de ésta, la que le sigue, y así sucesivamente hasta la más joven».

Fallecido a su vez M. A. M. en estado de soltero y heredado por su madre, doña B. M. S., la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, ante el litigio suscitado declaró, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado, que el primer hijo, don M. A. M., al haber sobrevivido a su padre, adquirió definitivamente como mejora y legado el tercio y medio y que la cláusula que la establece contiene una sustitución hereditaria vulgar, y que, a su muerte, fue heredado por su madre, si bien con la reserva lineal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el segundo hijo, o sea, S., quien pretendía, frente el criterio de la Audiencia, que la disposición paterna constituía una sustitución fideicomisaria.

«Considerando: Que la sentencia recurrida no infringe los artículos 783, párrafo 1.º, y 785, número 1.º, del Código civil, porque el testamento otorgado por el padre del recurrente en inminente peligro de muerte no establece de manera expresa una sustitución fideicomisaria, pues ni le da este nombre, ni impone al instituido la obligación terminante de entregar los bienes a su hermano, ni dicha disposición testamentaria contiene un llamamiento expreso para que el recurrente entre a ser heredero después de que su hermano dejase de serlo por su fallecimiento, datos auseantes que obstan estimación del motivo primero.

Considerando: Tampoco infringe la resolución combatida el artículo 775, párrafo primero, del Código civil, en primer lugar, porque del sentido literal de las palabras empleadas en el referido testamento no resulta la existencia de una sustitución fideicomisaria, ya que el concepto de "sustitución" utilizado por el otorgante al referirse al óbito del mayor de sus hijos varones y a los derechos que, en tal hipótesis, correspondían al recurrente, no es exclusivo de la fideicomisaria, sino común a todas las contempladas en el libro III, título III, capítulo II, sección tercera, del Código citado, y, en segundo término, por-

que de la supuesta intención del testador de instituir un fideicomiso familiar no hay el menor rastro en el texto de la declaración de última voluntad ni la menor huella en la declaración de hechos probados, por todo lo cual debe ser rechazado el segundo motivo, y con él la totalidad del recurso con los pronunciamientos pertinentes previstos en el artículo 1748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1968 — *Nulidad de partición practicada por el testador. Liquidación de sociedades conyugales del binubo. Contadores-partidores. sus facultades. Artículos 675, 667, 1056, 1057, 1074, 1075, 1079, 1418, número 1.º, y 1431 del Código civil*

La partición practicada por el testador no es nula si no perjudica a la legítima. No se precisa la liquidación de las sucesivas sociedades conyugales, si el testador expresa no quedar bienes de la primera, los contadores-partidores subsanan la omisión del testador y el segundo consorte aprueba las operaciones particionales. Entre las facultades de los contadores-partidores figura la de subsanar y completar los errores, defectos y omisiones en que haya podido incurrir el testador al hacer la partición.

DON H. E. R. casó el 4 de marzo de 1905 con doña R. M. R., la que murió el 21 de septiembre de 1930, quedando de dicho matrimonio cuatro hijos, siendo el hijo de uno de éstos nieto de DON H. E. R., el demandante, apelante y recurrido, figurando como demandados, apelados y recurrentes, los albaceas nombrados por don H. E. R. y los otros herederos. Al morir doña R. M. no se practicó liquidación alguna de la sociedad conyugal. Don H. E. R., que había casado por segunda vez con doña M. G., sin tener descendencia de este segundo enlace, murió el 11 de junio de 1960, bajo testamento notarial, en el que nombró albaceas y contadores-partidores a don J. P. G., J. C. J. y L. R. P., solidariamente, y en el que aparecía la siguiente cláusula: «Manifiesta el testador que los bienes de su caudal relicto, a excepción del establecimiento mercantil que posee, tienen el carácter de bienes gananciales de su segundo matrimonio.»

El establecimiento mercantil de referencia fue estimado como bien privativo del causante, quien mantuvo sobre el mismo un estado posesorio exclusivo en concepto de dueño durante un periodo de tiempo que en su fase inicial, acreditada por el testamento, es cuando menos de 11 de junio de 1948, y cuya fase final es el día de su fallecimiento, o sea, el 20 de abril de 1940. Los albaceas y contadores-partidores no practicaron liquidación de las respectivas sociedades conyugales, si bien rectificando lo manifestado por éste incluyeron como bienes gananciales del primer matrimonio dos inmuebles, por resultar así del Registro de la Propiedad, según el título adquisitivo.

Un nieto del causante, hijo de un hijo premuerto, solicita la nulidad de las operaciones particionales fundándose en la falta de la previa liquidación de la sociedad conyugal, aparte de otras consideraciones.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cartagena desestimó la demanda, mas la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete revocó la sentencia del Juzgado y estimando parcialmente la demanda declaró la nulidad total por absoluta ineficacia (*sic*) del cuaderno particional protocolizado, en razón a que los contadores-partidores no habían cumplido la voluntad del causante—expresiva de no existir bienes gananciales de su primer enlace,

pues habían tenido en cuenta los inmuebles como tales—ni tampoco habían complacido a la Ley, pues habían prescindido de liquidar las sociedades gananciales, cuyas operaciones deben hacerse, «desde luego», según el artículo 1418 del Código civil.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso de casación y, en consecuencia, casa y anula la sentencia de la Audiencia, confirmando, en su segunda, la del Juzgado.

Que aunque el tema central de la discusión entablada, que constituye el objeto principal del presente recurso, sea la validez jurídica de unas operaciones particionales, no cabe duda que el punto de partida para su comprensión y consiguiente juicio valorativo, tiene que ser el testamento autorizado en escritura pública otorgada el 11 de junio de 1948 por el abuelo del actual recurrido, que falleció el día 20 de abril de 1960 y en cuya cláusula cuarta el testador hace la distribución de sus bienes, asignando los necesarios para el pago de los gananciales y cuota usufructuaria de su segunda esposa, de la que no tuvo descendencia, y de su haber a sus cuatro hijos habidos del primer matrimonio, añadiéndose en la cláusula quinta que el mencionado testador manifiesta que la distribución de sus bienes de la forma hecha es justa y equitativa, «mas si resultare algún lote con deferencia de valor sobre los otros se entenderán los excesos legados con cargo al tercio de libre disposición y de mejora», para todo lo cual y sobre todo para llevar a cabo esta mentada distribución de los bienes hereditarios, el testador está haciendo uso de las facultades que la Ley le confería, en especial en el artículo 1.056 del Código civil, a cuyo tenor, «cuando el testador hiciere por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos», a todo lo que dijeron atenerse los albaceas contadores-partidores nombrados solidariamente en el testamento cuando llevan a cabo las operaciones particionales, las cuales fueron, sin embargo, impugnadas más tarde por el actual recurrido, impugnación que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia con la consiguiente absolución de la demanda, pero que acogió la sentencia que ahora se recurre, por entender, de acuerdo con las pretensiones de la parte actora, que dichos albaceas no se han limitado a ejecutar lo dispuesto por el testador en cuanto que «ni han complacido la voluntad del *de cujus*, ni han complacido a la Ley, desde el momento en que prescindieron de practicar las liquidaciones de las sociedades gananciales cuyas apreciaciones deben hacerse, "desde luego", a tenor del artículo 1418 del Código civil».

Que para valorar en sus justos términos esta apreciación que se acaba de transcribir en que el Tribunal *a quo* basa en esencia su decisión, es necesario partir del texto del citado artículo 1.413 en relación con el del 1.431, ambos de nuestro primer Código sustantivo, el primero de los cuales ordena la formación del inventario, una vez disuelta la sociedad de gananciales, salvo en el caso entre los tres que señala de que «disuelta dicha sociedad haya renunciado a sus efectos y consecuencias en tiempo hábil uno de los cónyuges, mientras que el segundo contempla expresamente el supuesto a que se refieren estas actuaciones, de concurrencia de dos o más sociedades de gananciales correspondientes a otros tantos matrimonios, diciendo el legislador que "para determinar el capital de cada sociedad, se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios y en caso de duda se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades proporcionalmente al tiempo de su duración y a los bienes

de la propiedad de los respectivos cónyuges", preceptos ambos que en su aplicación al caso concreto que es objeto de este recurso deben ponerse en relación con la cláusula segunda del tantas veces citado acto jurídico testamentario, donde se dice que el testador que "los bienes de su caudal relicto, a excepción del establecimiento mercantil que posee, tienen el carácter de bienes gananciales de su segundo matrimonio", es decir, que según la expresa declaración del testador, no existen gananciales de su primer matrimonio, sino exclusivamente del segundo, por lo que no es posible verificar el inventario preceptuado en el artículo 1.418, ni llevar a cabo la doble liquidación que en otro caso hubiese sido preciso de acuerdo con el texto del 1.431, que necesitan como base de hecho ineludible la existencia de los bienes a que los mismos se refieren.

Que la anterior declaración relativa a la existencia o no de bienes gananciales y su subsiguiente liquidación es válida a todos los efectos legales en cuanto expresión concreta de la voluntad del testador que necesariamente tiene que regir con carácter general toda la problemática de la sucesión testamentaria, según los principios generales e inmutables vigentes en la materia de que se hace eco tanto la legislación, en especial el artículo 675 del Código civil—básico en todo lo relativo a la interpretación de los testamentos—, como la doctrina de esta Sala y de los que es una simple aplicación el supuesto específico de la partición efectuada por el propio testador, como indica, expresivo de este poder la voluntad inactividad en el regimiento de los actos realizados para después de la muerte del sujeto que los efectúa, el ya mencionado artículo 1.056 del mismo Código, que no pone otro límite a aquella soberanía que el derivado de la propia legalidad que la justifica, es decir, el respeto de los derechos de los herederos forzosos llamados también, y precisamente por ello, legítimos, no constando en el presente caso que esta verdadera Ley particular de la sucesión y partición realizada haya sido impugnada en debida y legal forma mediante la petición de nulidad del referido testamento en que se contiene, por lo que ha de reputarse válida a todos los efectos que aquí se discuten prevaleciendo por encima de las particulares opiniones emitidas al respecto, ineficaces desde el punto de vista legal, como muy bien dijo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Que las discutidas operaciones que llevan a cabo los contadores-partidores no son otra cosa sino el cumplimiento de las pautas marcadas en el testamento y especialmente en la partición que en el mismo hizo el *de cujus*, no pudiendo darse a la escritura con que se autorizan los cuadernos particionales otro sentido ni alcance interpretativo que el que permiten las reglas contenidas en los artículos 1.281 y 1.285 del Código civil, relativas a la hermenéutica de los actos jurídicos en general, ni pudiendo tampoco estimarse que signifique apartamiento de la Ley particular de la partición el hecho de que se excluyesen bienes de que el testador había dispuesto después del otorgamiento de su última voluntad, o se distribuyesen con la misma proporción ordenada, saldos de cuenta y valores mobiliarios de que el causante no había hecho atribución concreta e incluso se incluyesen como bienes gananciales del primer matrimonio dos casas sitas en la ciudad de Cartagena—al margen por completo de su valor económico—que no había mencionado dicho testador, pero que según resultó de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad, fueron adquiridas a título oneroso vigente al primer matrimonio, quedando, por tanto, incurso en la catalogación de ganancialidad del número 1º del artículo 1.401 del Código civil, pues en todos estos puntos se limitaron los susodichos contadores-partidores a subsanar o corregir los defectos o transgresiones, de la voluntad

testamentaria que tenían ciertamente la obligación de respetar, pero—como ya dijo esta Sala en la sentencia de 11 de febrero de 1952—nunca de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a lo dispuesto en la Ley y subsanando en este sentido los defectos u omisiones de aquella, que, desde otro punto de vista, y teniendo en cuenta la disposición del artículo 1.079 del mismo Código, podría dar lugar a un complemento o adición, pero no a la nulidad del acto particional en que se efectúa.

Que de acuerdo con todo lo expuesto precedentemente, es indudable que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente los artículos 675, 1.281, párrafo 1º, y 1.285 del Código civil, en cuanto a la forma de interpretar los actos jurídicos discutidos, del mismo modo que aplicó indebidamente los artículos 1.418 y 1.431 del propio texto legal en cuanto a lo relativo a la liquidación de las dos sociedades de gananciales, y finalmente interpretó también con error los preceptos contenidos en los artículos 1.056, 1.057, en relación especialmente con el 1.079, todos ellos del mismo Código civil, a la manera denunciada siempre por la vía del número 1º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente, en los motivos tercero, octavo y décimo, cuya estimación es, por tanto, procedente, lo que sin necesidad de entrar en el examen de los restantes que se formulan, obliga a la cancelación y nulidad de la sentencia que se recurre, sin especial declaración en cuanto a las costas causadas.»

SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1968 —*Nulidad de testamento abierto. Dolo. Interpretación. Deber moral. Suplemento de legítima. Rescisión por lesión. Enriquecimiento injusto. Artículos 670, 673, 675, 815, 1.057, 1.074 y 1.902 del Código civil.*

Quien invoca el dolo debe probarlo. La expresión por la que la testadora ruega encarecidamente a sus hijos mejorados hagan con su hermana no mejorada lo que ella reiteradamente les tiene ordenado, constituye sólo un deber de conciencia. La acción de suplemento de legítima sólo procede frente a actos del testador, no frente al contador-partidor. Quien pide la rescisión de la partición por lesión debe probar la existencia del perjuicio. No puede estimarse torticero el enriquecimiento obtenido por un heredero en la partición, pues se apoya en causa legal. El artículo 1.902 del Código civil no *patrocina* el enriquecimiento injusto.

Don R. G. C. falleció en estado de casado con doña C. S. G., de cuyo enlace tuvieron tres hijos: doña M. G. S.—demandante, apelante y recurrente en el presente pleito—y don F. y don R. G. S.—demandados, apelados y recurridos—, el día 2 de julio de 1935, habiendo otorgado dos testamentos, el primero el 15 de marzo de 1933—en el que igualaba a los tres hijos—y el segundo otorgado el mismo día de su muerte, instituyendo a su hijo don R. en sólo su legítima estricta, en razón a sostener este hijo un pleito de divorcio; no obstante lo cual los albaceas realizaron la partición teniendo en cuenta únicamente el primer testamento, manteniendo el régimen de igualdad, por estimar que el otorgado el 2 de julio de 1935 no representó la auténtica voluntad del testador, cuya partición fue consentida por los interesados.

La viuda, doña C. S. G., falleció el 14 de agosto de 1949, habiendo otorgado, al igual que su esposo, dos testamentos, de los cuales el primero era reproducción fiel del correlativo de su marido es decir, repartiendo el patrimonio por partes iguales entre los hijos y en la misma fecha de 15 de marzo de 1933,

mientras que en el segundo, otorgado diez días antes de su muerte, esto es, el 4 de agosto de 1949, instituyó herederos en el tercio de legítima por partes iguales a sus tres hijos, y en el remanente de todos sus bienes instituyó herederos por iguales partes a sus dos hijos varones, rogándoles encarecidamente hacer, con su hermana lo que ella—la testadora—reiteradamente les tiene ordenado

La hija, doña M. G. S., estimando que había sido notablemente perjudicada en la partición de la herencia materna, realizada a tenor del segundo testamento, demanda a sus hermanos y suplica se declare: 1.º La nulidad del segundo testamento de su madre por dolo en su otorgamiento, con las consecuencias inherentes, entre ellas la apertura de la sucesión intestada, 2.º Para el caso de no prosperar los anteriores pedimentos, la nulidad e inexistencia de la partición en cuanto no fue reflejo la practicada de la auténtica voluntad de la causante, debiendo procederse a nueva partición sobre la base del primer testamento, con distribución igualitaria de los bienes relictos. 3.º Subsidiariamente, que en la partición no se respetó el tercio de legítima estricta de doña M. G. S., por lo que procede su rescisión o el abono por sus hermanos a aquélla de lo percibido de menos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso interpuesto conforme a lo siguiente

Considerando: Que la primera cuestión que hay que resolver en el presente recurso, por ser base y antecedente necesario de casi todas las demás que en él se plantean, es la relativa a la alegada nulidad del testamento abierto otorgado por doña C. S. G. el día 4 de agosto de 1949, cuya nulidad propugna la demandante-recurrente, alegando que en su otorgamiento ha concurrido dolo empleado por el heredero don F. G. S., si se estimase que, efectivamente, ha concurrido ese dolo y que la acción de nulidad ha sido ejercitada en tiempo y forma, también habría que declarar la nulidad de la partición que se efectuó de acuerdo con aquel testamento y cuya nulidad igualmente se postula en el recurso.

Considerando: Que la parte recurrente, para demostrar la concurrencia de ese invocado dolo, utiliza la vía del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y construye su primer motivo atribuyendo a la sentencia impugnada error de hecho en la apreciación de la prueba que se quiere evidenciar con los siguientes documentos: a) Testimonio de los considerandos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granada el día 17 de marzo de 1962, en pleito anterior habido entre la mismas partes; la propia sentencia de casación, que puso fin a aquel proceso, y la segunda dictada por el propio Tribunal Supremo que confirmó aquélla del Juzgado, cuyas sentencias reconocen la existencia de una comunidad de adquisiciones en que vivía la familia G.-S., y b) Certificaciones del Instituto Nacional de Previsión y de la «Empresa Azucarera Montero» y otros documentos acreditativos—según la recurrente—de ese régimen de comunidad familiar en que vivía el matrimonio con sus hijos y que continuó vigente aun después de la muerte de don R. G. S., padre de los litigantes.

Considerando: Que la invocación de esos documentos resulta completamente inoperante a los fines pretendidos: 1.º Porque las sentencias cuyos testimonios se esgrimen se aducen con carácter de generalidad y no como corroborantes de unos hechos concretos; 2.º Porque esas sentencias se refieren a un proceso

en el que, aunque eran las mismas personas las que litigaban, el objeto litigioso era completamente distinto, por cuanto allí se postulaba la declaración de que la aludida familia G-S. venia viviendo en un régimen de comunidad de adquisiciones realizadas a costa de los caudales de todos los que la integran, y en el pleito de que este recurso dimana se pretende la declaración de la nulidad del último testamento otorgado por doña C. S. G. y la de la partición de bienes que se practicó como consecuencia de ese testamento, si quiera también se pretenda la nulidad de tales particiones por otras causas independientes de aquélla: 3.º Porque los hechos que esos testimonios reflejan—vivir en comunidad familiar la viuda e hijos de don R. G. C., haber partido por igual la herencia de éste, pese al testamento que la distribuía desigualmente, etc.—no son contrarios a los que la sentencia impugnada admite ni evidencian que en el testamento de doña C. tantas veces aludido, haya concurrido el dolo que se imputa a don F. G. S., y 4.º Porque los demás documentos esgrimidos con esa misma finalidad en nada viculan a los Tribunales y, además, aunque se les quisiera conceder el valor probatorio de que carecen, no demostrarían más que la existencia de un régimen de comunidad familiar entre doña C. y sus hijos, lo cual ninguna relación guarda con el testamento impugnado ni impedía a la testadora distribuir su caudal hereditario en la forma que tuviera por conveniente, siempre que respetara los derechos legítimos, como respeto, de sus herederos forzosos.

Considerando: Que por lo que razonado queda respecto a cuál era el objeto litigioso que se perseguía en el pleito anterior y cuáles son las que se actúan en el actual, también cae por su base el motivo segundo, en el cual se invoca la violación de la doctrina legal constituida por las sentencias que en él se citan, referida a la fuerza vinculante de fallos anteriores recaídos en pleito habido entre las mismas personas que litigan en el posterior ejercitando las mismas acciones y por las mismas causas.

Considerando: Que también el motivo tercero del recurso se dirige a demostrar que ha concurrido dolo en el último testamento de doña C. y para ello se invoca por la vía del número 1.º del mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la violación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, que se refieren a las presunciones, sosteniéndose por la actora recurrente que ha alegado unos hechos que proclaman aquellas sentencias recaídas en el pleito anterior y que, sin embargo, no fueron recogidos ahora por la resolución que se combate y de los cuales, por la vía de las presunciones, debía deducirse la existencia del tan aludido dolo en aquel testamento; es decir, que en este motivo se alega que los Tribunales de Instancia debieron partir de unos hechos—cuya realidad no se discute en el pleito actual—para deducir de ellos la presunción de que ha existido el dolo que conviene a su tesis impugnativa.

Considerando. Que la denuncia que en este motivo se hace del artículo 1.249 del Código civil es improcedente, porque tal precepto se limita a disponer que «las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado» y si la recurrente entiende que el juzgador, para llegar a las presunciones que sienta, ha partido de hechos que no estaban probados, debía acudir al cauce del número 7.º para desvirtuar y complementar después debidamente el ataque de las presunciones que de aquéllos se hubiesen deducido.

Considerando: Que aunque en este motivo también se invoca la violación del artículo 1.253 del Código civil, sin embargo no atribuye al juzgador de ins-

tancia falta de enlace lógico entre los hechos que estima probados y los que de ellos deduce, sino que lo que le imputa es que del hecho de la convivencia en régimen de comunidad familiar y del de haber partido por cuotas iguales la herencia del finado don R., a pesar de que su testamento hacía otra distribución, y del de existir un testamento anterior de doña C. en el que dejaba a su hija doña M.—la actora y recurrente—participación en los tercios de mejora y de libre disposición; de todos hechos, que son ciertos y están acreditados, debió el juzgador haber deducido la presunción de que el no mantener esa misma cuota en favor de doña M. G. en el testamento impugnado fue consecuencia del dolo que se dice empleado por don F.; o sea, que lo que el recurso pretende es que el Tribunal sentenciador, por la vía de las presunciones y partiendo de aquellos hechos, debió de haber llegado a estimar la existencia de ese dolo que con tanta reiteración se invoca, olvidando que tales hechos no originan como consecuencia lógica la de que doña C., a no haber mediado el dolo que se atribuye a don F., hubiera dejado a doña M. las mismas porciones hereditarias que le había asignado en el testamento anterior, y por ello claudica el motivo.

Considerando: Que no habiendo estimado el Tribunal sentenciador la concurrencia de dolo en el último testamento otorgado por doña C. S. G. y no habiendo demostrado la recurrente que tal dolo ha existido, resulta evidente que dicho Tribunal no pudo haber cometido la violación de los preceptos que se citan como infringidos en el motivo cuarto: a) Porque el artículo 673 del Código civil dispone que «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude»; b) Porque el artículo 1.269 define el dolo en los contratos; c) Porque el 1.270 determina cuándo el dolo puede producir la nulidad de los contratos, y d) Porque el artículo 4.º declara que «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez». Como en el presente proceso no se ha estimado que en el otorgamiento del impugnado testamento hubiese concurrido dolo ni que se haya otorgado violando la Ley, la sentencia que así lo proclama no puede infringir ninguno de tales preceptos, aparte de que ya el propio artículo 673, también invocado en el motivo, prevé el caso de nulidad del testamento otorgado mediante dolo y no tendría por qué ser invocado, además, el 4.º

Considerando: Que por las mismas razones ya resulta superfluo examinar y decidir la cuestión que se plantea en el motivo quinto, relativa a si todavía no estaba prescrita la acción de impugnación de la validez del testamento por dolo, cuando tal acción se ejercitó, cuestión esa que la sentencia recurrida trata innecesariamente.

Considerando: Que en el motivo sexto se denuncia la violación de los artículos 675, 1.281 y 1.282 del Código civil, relativos, el primero, a la exégesis de los testamentos, y los otros dos, a las reglas de heremenéutica de los contratos, toda la tesis de la recurrente en este motivo se reduce a sostener que doña C. S. G., a pesar de que en su último testamento claramente prescribe que los tercios de mejora y de libre disposición se repartan entre «sus dos hijos don R. y don F. G. S.», sin embargo, por el hecho de decir que les ruega «encarecidamente hagan con su hermana doña M. lo que ella reiteradamente les tiene ordenado», quiere demostrar que su intención era—y así debe interpretarse—que la herencia se dividiera en tres partes iguales.

Considerando: Que la literalidad de la disposición testamentaria es tan clara y expresiva que no admite otra interpretación distinta a la que le dio la Sala sentenciadora, pues bien paladinamente estatuye que «en los tercios

de mejora y de libre disposición instituye herederos en pleno dominio y partes iguales a sus dos hijos don R. y don F. G. S.», y el ruego que después hace a sus referidos hijos para que hagan con su hermana lo que les tiene reiteradamente ordenado viene a ser una rotunda confirmación de lo que antes había dispuesto, y constituye únicamente un deber de conciencia que los Tribunales no pueden obligar a cumplir, porque desconocen su contenido y alcance y, además, porque se lo prohíbe terminantemente el artículo 670 del Código civil, que sólo en contadísimos y precisos supuestos sufre atenuaciones en otros preceptos de dicho Cuerpo legal, al admitir que puede hacerse por otra persona la distribución de bienes dejados por el testador a personas o clases designadas genéricamente, o al cónyuge superviviente cuando ello se ha pactado en capitulaciones matrimoniales, ninguno de cuyos supuestos guarda analogía con el caso litigioso.

Considerando: Que, además, tampoco se compadece mucho la tesis de los primeros motivos del recurso, en los que se postula la nulidad del testamento último de doña C. S. G., por concurrencia de dolo, con lo que ahora se propugna sobre su interpretación de distribución igualitaria entre los tres hermanos, cuya pretensión debía ser formulada subsidiariamente—como lo fue en la demanda—, y para el caso de que no prosperase la tesis de la nulidad.

Considerando: Que el motivo séptimo plantea el sugestivo tema de la interpretación y alcance que haya de darse al artículo 815 del Código civil, que se limita a disponer que «el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda podrá pedir el complemento de la misma»; en tesis de la recurrente, ese precepto alcanza también al caso en que el contador testamentario, al realizar las operaciones particionales, adjudique a un heredero forzoso menos de que por legítima le corresponda, ya que, en su sentir, el contador se subroga en lugar del testador y lo que éste no podía hacer también tiene que estarle prohibido a aquél, correspondiendo a los legitimarios la acción de complemento de legítima, lo mismo en el supuesto de que sea el testador quien se la mengüe como en el caso de que esa merma se la haga el contador testamentario al realizar la partición.

Considerando: Que el tenor literal del artículo 815 es claro, preciso y terminante y, por tanto, no admite otra interpretación que la gramatical: sólo confiere la acción de complemento de legítima al heredero forzoso, frente al acto del testador que le haya dejado menos de lo que legítimamente le corresponde; frente al contador testamentario que realiza las operaciones particionales, el heredero forzoso solamente puede ejercitar la acción de nulidad por falsedad o por vicios que en ellas concurren o en el supuesto de lesión en sus intereses, la de rescisión que le otorga el artículo 1.074 del Código civil en el corto plazo que le concede el artículo 1.076.

Considerando: Que en el motivo octavo se denuncia la violación del artículo 1.057 del Código civil, que autoriza al testador para encomendar a cualquier persona la facultad de hacer la partición, y la del 1.074 del mismo Cuerpo legal, que establece la posibilidad de obtener la rescisión de las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueran adjudicadas, y para defender tal motivo se alega que al no atenderse el contador al testamento, la partición resulta nula y sin valor ni efecto, y que como «el contador don Emilio Sánchez, . se extralimitó en sus funciones, alterando los derechos derivados del testamento, y prácticamente privó de su legítima a doña M. G. S.», tal partición tiene que ser declarada nula.

Considerando: Que para la desestimación de este motivo basta tener en cuenta que al declarar el juzgador de instancia que era válida la partición realizada por el contador designado en el testamento, no sólo no violó el artículo 1.057, sino que lo aplicó correctamente, y que tampoco violó el artículo 1.074, también invocado, porque precisamente la sentencia del Juzgado lo cita y aplica, y la de la Audiencia corrobora esa misma tesis; siendo de destacar en último término que la recurrente hace supuesto de la cuestión y sostiene —sin demostrarlo, como era su obligación o carga procesal— que el contador perjudicó a la actora con las adjudicaciones que le hizo, a pesar de que la sentencia combatida no admite la existencia de tales perjuicios.

Considerando: Que como noveno y último motivo del recurso, y también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, se alega, con carácter subsidiario—como en la demanda—y para el caso de que no prosperaran los ocho motivos procedentes, «infracción de Ley consistente en la violación del artículo 1.902 del Código civil, que patrocina (sic) el enriquecimiento injusto, así como de la doctrina legal que cita», y en apoyo de tal alegación sostiene: a) Que yerra la Audiencia cuando dice, apoyándose en una resolución del Tribunal Supremo, «que no es injusto el enriquecimiento emanado de una sentencia que estima procedente en derecho», porque, en tesis de la recurrente, «el enriquecimiento de don R. y de don F. G. S. no nace de ninguna sentencia, sino, por el contrario, de la *maniobra dolosa* que don F. realizó»; b) Que también se equivoca el Juzgado cuando sostiene que no es aplicable el enriquecimiento torticero, por faltar, en el caso de autos, el desplazamiento de bienes del patrimonio de la actora al de los demandados, ya que, según la recurrente, desde la muerte de su madre pasó a doña M. la legítima de ésta, y si le arrebataron parte de ella para pasarla al patrimonio de dichos demandados no cabe duda que con ello se enriquecieron éstos y se empobreció la doña M., y c) Que igualmente incurre en equivocación el Juzgado cuando proclama que, por ser válidas las particiones, «el enriquecimiento de los demandados está jurídicamente protegido por ellas», pues la recurrente invoca subsidiariamente ese enriquecimiento injusto «para el supuesto de que las particiones no fueran invalidadas».

Considerando: Que el primero de esos argumentos de la recurrente hace supuesto de la cuestión, ya que deriva el enriquecimiento de los demandados «de la maniobra dolosa que don F. realizó», y esto era precisamente lo que tenía que probar, pues lo niega la sentencia; el segundo de aquellos argumentos podría tener éxito si sobre él se hubiera fundado exclusivamente el Juzgado para desestimar la pretensión de enriquecimiento injusto, mas como en lo que se apoya esencialmente es en la validez de la partición que le adjudica esos bienes a don F., aquel argumento resulta inoperante, y por lo que respecta al tercero de ellos, resulta evidente que también carece de eficacia, porque si a consecuencia de unas operaciones particulares resulta más favorecido un heredero, si las mismas no se invalidan, el enriquecimiento que obtenga ese heredero no puede tildarse de torticero, pues se apoya en causa legal.

Considerando. Que la invocación que se hace de la supuesta violación del artículo 1.902 del Código civil resulta por completo inatínente, en primer lugar porque tal precepto *no patrocina* el enriquecimiento injusto, y en segundo lugar, porque ni la sentencia proclama ni la recurrente ha demostrado que por culpa o negligencia de don F. se haya causado daño alguno a doña M. G. S.»

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

EL PRINCIPIO ANTIFORMALISTA Y LA SUBSANACION DE LOS DEFECTOS DE PERSONALIDAD

SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1968

I—PLANTEAMIENTO.

1. *Los hechos.*

a) La Asociación Nacional de Catedráticos de Institutos Nacionales de Enseñanza Media interpuso recurso contencioso-administrativo contra Orden del Ministerio de Educación de 10 de septiembre de 1966.

b) Al escrito de interposición del recurso se acompañó escritura de poder otorgada por el presidente de Asociación en virtud de acuerdo de la Comisión Ejecutiva que le autorizaba para entablar recursos hasta agotar la vía administrativa.

c) El Abogado del Estado, al contestar la demanda, alegó la inadmisibilidad del recurso al amparo del artículo 82, apartado b), de la LJ, por entender que se había interpuesto el recurso por persona que carecía de capacidad.

d) La Asociación demandante presentó certificación acreditativa de que la Comisión Ejecutiva de la Asociación había acordado deducir el recurso contencioso-administrativo.

2. *La sentencia de 5 de junio de 1968.*

En esta sentencia, de que fue ponente don Alfonso Algara Sáiz, se sentó la siguiente correcta doctrina, en su tercer considerando: «La entidad recurrente, al amparo de lo dispuesto en los artículos 116 y 129 de la Ley rectora de esta jurisdicción, subsanó el defecto denunciado, la falta de legitimación, y ello presentando una certificación acreditativa de que en la sesión ordinaria de la Comisión Ejecutiva de la Asociación Nacional de Catedráticos Numerarios de Institutos Nacionales de Enseñanza Media, celebrada el día 2 de febrero de 1967 (el presente recurso se interpuso el día 4 del propio mes y año), se acordó "... por unanimidad ratificar expresamente el anterior acuerdo de 3 de octubre de 1966 en el que se acordó recurrir contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 10 de septiembre de 1966, que aplica aquella primera Orden, y contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de alzada interpuesto contra dicha resolución; asimismo se ratifica la autorización otorgada al presidente en el ya citado anterior acuerdo de 3 de octubre de 1966 para entablar dichos recursos en la vía contencioso-

administrativa, en representación de la Asociación". Que debe tenerse en cuenta, en su consecuencia, que la autorización existía al tiempo de interponerse el recurso y lo ocurrido fue simplemente que se omitió aportar su prueba.»

Ante este expreso considerando creemos un deber reseñar la corriente antiformalista de nuestra jurisprudencia.

II—PROCESO Y DERECHO.

1 El derecho a una justicia independiente está consagrado como fundamental en todos los Ordenamientos. El nuestro no es una excepción. Así lo establece la declaración IX de la Ley de Principios de 17 de mayo de 1958 (1).

2. Sólo en la medida que ese derecho es eficaz y se arbitran los medios para que así sea estará justificada la supresión de la autodefensa como medio de dirimir los litigios entre los hombres. Pues si el Estado, todos los Estados, tienden a eliminar la autodefensa dadas sus imperfecciones, salvo supuestos límites inevitables, ello sólo será posible si la reacción del hombre ante quien lesiona o vulnera su derecho encuentra el cauce del proceso para la adecuada satisfacción de sus pretensiones fundadas en el Ordenamiento jurídico (2). El Estado, pues, viene ineludiblemente obligado a estructurar adecuadamente este precioso instrumento que es el proceso, facilitando el acceso al mismo a todo aquel que se encuentra en una situación litigiosa. Si prohíbe a cada uno tomarse la justicia por su mano es porque ha establecido los medios para que se haga justicia o, lo que es lo mismo, que el litigio sea decidido por una persona imparcial e independiente.

3. Cuando una de las partes en litigio es una entidad pública, con todas sus prerrogativas, la vía procesal es algo más que un cauce en el que tengan feliz desenlace los litigios. Pues cuando el litigio se promueve entre particulares, siempre queda el remedio bárbaro de la autodefensa para lograr la satisfacción de la pretensión, autodefensa que se traducirá totalmente en el triunfo del más fuerte—físicamente, socialmente o económicamente—, y cuando una de las partes en litigio es un ente público será éste el que, en definitiva, venza, tenga o no razón. Porque es el que tiene la fuerza. De aquí la importancia del proceso. Como ha dicho NIETO: «La verdadera frontera entre un sistema democrático y un sistema dictatorial—tanto político como jurídico—no está en la amplitud de las funciones administrativas, puesto que en ambos casos son—y deben ser—desmesuradas en la sociedad presente, sino más bien en la posibilidad de su control. Un control jurisdiccional, tan amplio como sea posible, de la Administración es, como se sabe, una de las claves imprescindibles del Estado de Derecho» (3).

(1) Sobre el mismo y sus consecuencias respecto de las «materias excluidas», me remito a la parte que me correspondió redactar de la Editorial del número 27 de la RAP, pp. xxiv, más tarde recogida en mi *Derecho procesal administrativo* 2ª ed., Madrid, 1964, I, págs. 148-150.

(2) Cfr. el excelente trabajo de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947.

(3) *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, RAD, núm. 37, pág. 78.

4. Para que una parte tenga acceso al proceso y pueda el órgano jurisdiccional pronunciarse acerca de la pretensión deducida es necesario que concurren una serie de requisitos y se plantee a través de los trámites que el Derecho procesal regula. En definitiva, el Derecho procesal no es más que eso—que no es poco—: la regulación del modo de acudir al Juez y de que haga justicia. En este sentido—y sólo en este sentido—puede admitirse el carácter instrumental del Derecho procesal: instrumento de la Justicia, en cuanto es el que permite al hombre—y al administrado—que se le haga justicia en la decisión de los litigios con los demás y con la Administración pública.

III.—EL PRINCIPIO ANTIFORMALISTA.

1. Si requisitos procesales y procedimientos son las reglas que permiten el acceso a la Justicia, es obvio que, de acuerdo con la *ratio legis* de la norma que las regula, han de interpretarse en sentido más favorable a las decisiones de las cuestiones de fondo por el Tribunal. Todo cuanto conduzca a la no decisión del Tribunal por algún supuesto motivo de inadmisibilidad supondrá una denegación de justicia y, por tanto, un obstáculo al derecho a una justicia independiente.

2. La naturaleza y función de los requisitos procesales y del procedimiento conduce inexcusablemente al llamado principio antiformalista o, como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA, *principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos* (4).

3. Nuestra Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa consagró el principio en su Exposición de Motivos, al afirmar: «Al redactarse el nuevo texto no se han olvidado las experiencias obtenidas en la aplicación de la Ley hasta ahora en vigor. Así, se han recogido aquellas orientaciones de la jurisprudencia realmente aprovechables y redactado los preceptos de la Ley de modo tendente a evitar interpretaciones formalistas que, al conducir a la inadmisibilidad de numerosos recursos contencioso-administrativos, comportaban la subsistencia de infracciones administrativas en pugna con la Justicia, contenido de verdadero interés público y fundamento básico de toda organización política» (5).

Después, en el apartado V, 1, párrafo segundo, al referirse a un supuesto concreto, establece: «Sin embargo, a fin de superar ciertas interpretaciones formalistas, el artículo 55 deja bien sentado que el recurso contencioso-administrativo podrá deducirse indistintamente contra el acto objeto del de reposición, contra el desestimatorio de ésta o contra ambos a la vez, salvo aquellos casos en que, al decidir el recurso de reposición, se reformase el acuerdo impugnado, en cuyo supuesto la acción contencioso-administrativa deberá dirigirse precisamente contra el acto resolutorio de la reposición.»

Y por último, el preámbulo termina con estas palabras: «Finalmente, merece destacarse el artículo 129, que, siguiendo la orientación del nuevo texto,

(4) Es el título del comentario monográfico de jurisprudencia publicado en la RAP, núm. 42, págs. 267-293.

(5) Me remito a mi trabajo *El principio antiformalista de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y requisito del dictamen del Letrado*, publicado en «El Consultor», núm. 13, 1968.

permite la subsanación de todos aquellos defectos que pudieran concurrir en los actos de las partes. La Ley considera que los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la justicia, no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma.»

La formulación del principio, pues, no puede ser más categórica y terminante.

Aun cuando el texto legal no tuviere—y los tiene—preceptos concretos que regularan y desarrollaran el principio, los párrafos transcritos del preámbulo serían suficientes para interpretar todos y cada uno de los preceptos de la Ley a tenor del mismo. Pues, como ha reconocido la jurisprudencia (v. gr., sentencias de 20 de mayo de 1950 y 4 de noviembre de 1957), los preámbulos de las disposiciones legales constituyen fuente de interpretación auténtica de sus preceptos. Y todo principio general de Derecho cumple, entre otras funciones, la de orientar la labor interpretativa (6).

IV —LOS PRINCIPALES OBSTÁCULOS DEL PRINCIPIO.

1. *La norma y su aplicación.*

La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa trató de superar los criterios formalistas que habían presidido la práctica de nuestro contencioso-administrativo tradicional. Y procuró hacerlo en la forma más expresiva.

Pero sería un error creer que ello puede conseguirse sólo por la vía de las reformas legislativas. Se ha dicho, al hablar de las normas procesales, que «la experiencia demuestra que una magistratura capacitada puede administrar una justicia impecable con un instrumento procedimental deficiente y, viceversa, que el mejor procedimiento sobre el papel no impedirá los mayores abusos si los funcionarios judiciales a quienes su manejo se encomienda son inmorales o ineptos». La afirmación es válida respecto de las normas procesales y de cualquier otra. Pues mucho más importantes que las normas son los hombres que han de aplicarlas (7).

De aquí que el destino de la nueva normativa estuviera en manos del Juez administrativo. De poco hubieran servido los laudables propósitos del legislador si los jueces no hubieran respondido.

Y al lado de los Jueces hay que considerar a las partes, en especial a los representantes de la Administración pública—concretamente, el Abogado del Estado—, como colaboradores de aquella en la función de la administración de justicia. Pues no hay que olvidar que por amplios que sean los poderes inquisitivos del Juez, éste siempre actúa ante las peticiones deducidas por las partes. Por lo que el valor de éstas también ha de ser decisivo en la elaboración de la jurisprudencia.

(6) Me remito a mis trabajos *El método en el Derecho Administrativo*, RAP, número 22, en especial págs. 44-56, y *El Administrado*, Madrid, 1966, págs. 27-30 y 63-68.

(7) *El Administrado*, cit., pág. 69. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, auto-composición y autodefensa*, México, 1947, págs. 111 y sigs.; PÉREZ SERRANO, en contestación al discurso de PLAZA, *Las garantías de la independencia judicial*, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1954, págs. 55-56; GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1957, II, págs. 484-485.

2. El órgano jurisdiccional.

Es el primero de los personajes del proceso. Lógico es, por tanto, que al mismo haya de atribuirse el éxito o el fracaso de los principios informantes de las Leyes.

En dos tesis doctorales francesas sobre el régimen español de justicia administrativa (8), publicadas a raíz de entrar en vigor nuestra Ley de 1956, después de valorar el decisivo paso que ha supuesto la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, los autores se preguntaban hasta qué punto los jueces responderían a la llamada del legislador (9).

Algún autor se ha referido a algún supuesto concreto en que los Tribunales no han correspondido a la llamada del legislador, censurando una jurisprudencia que «ha servido muchas veces para vedar el acceso del particular a la vía judicial, haciendo ilusorio lo que constituye uno de los principios claves de todo Estado de Derecho» (10).

Más es lo cierto que por encima de estos supuestos aislados está una corriente jurisprudencial diáfana a favor del antiformalismo. Es incuestionable que la jurisdicción contencioso-administrativa respondió a través de una jurisprudencia que puede citarse como ejemplo de superación del formalismo, al buscar la interpretación más generosa para poder llegar al examen de la cuestión de fondo planteada.

De aquí los elogios que sin reservas dedicó la doctrina a esta jurisprudencia progresiva. Y ha podido hablarse del principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos. Es el título de un trabajo citado de GARCÍA DE ENTERRÍA que termina con estas palabras, que podemos suscribir sin reservas: «En realidad, este nuevo principio de nuestro contencioso, alumbrado tan oportunamente por el Tribunal Supremo, puede acertar a cambiar el ambiente entero en que la justicia administrativa es vivida entre nosotros, abriendo paso a una decidida función creadora de la jurisprudencia en esta materia de la extensión de los recursos y de sus reglas de admisión. Es bien conocido que sin esta labor creadora, que ha de ser constante y siempre perfectible, un sistema de justicia administrativa será siempre incompleto en las condiciones actuales del mundo político y social, en que todas las desventajas suelen estar del lado del súbdito, cada vez más envuelto en una red inextricable de sometimiento y de reglas. compensar esta situación facilitando, cuando menos, el acceso simple a la discusión judicial de sus supuestos agravios parece una exigencia bien justificada».

Muchas son las sentencias que podían citarse en estas líneas. Así, una sentencia de 31 de enero de 1967 (ponente: GONZÁLEZ GARCÍA), resume así la doctrina jurisprudencial: «Que dictado el aludido artículo 129 con el designio, según dice el final del preámbulo de la Ley reguladora de esta jurisdicción,

(8) A. GUILLOT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration espagnole*, París, 1960. N. COURBE COURTEMANCHEZ, *Les recours contre les actes administratifs en Droit espagnol*, 1960.

(9) Me remito a mi trabajo, *El principio de igualdad en el régimen local. Problemas políticos de la vida local*, tomo II, Madrid, 1962, págs. 246-247.

(10) GONZÁLEZ NAVARRO, *Cómputo de plazos y recurso de reposición*, RAP, número 53, pág. 326. En análogo sentido, GÓMEZ DE ENTERRÍA, *Meses naturales y meses de treinta días*, RAP, núm. 39, págs. 284-286.

de que los requisitos formales, instituidos al objeto de garantizar el acierto de las decisiones, no supongan obstáculos que hayan de superarse para alcanzar la realización de la justicia, su aplicación ha originado una abundante jurisprudencia que gira en torno, precisamente, de la cuestión promovida, en el caso actual, por el representante de la Administración y que, en líneas generales, el criterio, coincidente y reiterado, ha sido rechazarla, como patentizan, entre otras muchas, las sentencias de 8 de abril de 1961 y 3 de marzo, 8 y 22 de mayo de 1962; y todo esto, sin duda ninguna, porque así lo impone el principio antiformalista inspirador de la norma que se comenta, que ha de cumplirse con sujeción estricta a los plazos que establece y cuyo ámbito sólo debe restringirse cuando el defecto de que se trate—en la presente hipótesis, la omisión de la reposición con arreglo al artículo 52—sea imputable al interesado y no, en su virtud, a la actuación incorrecta y anómala de los órganos administrativos, pues una limitación más acentuada del precepto equivaldría a desnaturalizarle».

Entre la jurisprudencia más reciente podemos añadir un nuevo fallo a la lista de sentencias que pueden citarse como ejemplo de esta correcta y nunca bien ponderada doctrina jurisprudencial. Me refiero a la sentencia de 15 de abril de 1968, de que fue Ponente el Excmo. Sr. don Alfonso Algara Saiz, en cuyo quinto considerando afirma: «Que no puede prescindirse en esta materia de criterio informador de la Ley de 27 de diciembre de 1956, y que en todo momento debe servir de norte y guía al juzgador, y que según el explícito preámbulo de aquella, consiste en evitar interpretaciones formalistas, que los requisitos exigidos—agrega—han de entenderse siempre establecidos para servir a la Justicia, garantizando el acierto de la decisión, pero nunca como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de la sentencia acerca de la cuestión de fondo.»

3. *El abogado del Estado.*

El abogado del Estado constituye pieza fundamental en nuestro sistema de Justicia administrativa y, por tanto, de la elaboración de la jurisprudencia administrativa. De aquí que su papel sea decisivo en el éxito o fracaso del principio antiformalista.

Y podemos afirmar que si el principio ha triunfado y prevalecido ha sido no por el abogado del Estado, sino *a pesar del Abogado del Estado*.

Hace unos años, al referirme a la asunción por el Abogado del Estado de las funciones de defensa de la Administración, constataba el cambio que había podido observarse en la práctica de nuestro proceso administrativo. Y al estudiar el allanamiento de la Administración pude escribir lo siguiente: «La nueva Ley atribuye la defensa de la Administración a los abogados del Estado (artículos 34 y 35). Ya no son, como en el sistema anterior, los fiscales los que representan y defienden a la Administración ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Ello parecía suponer una posición más rígida en la defensa de la Administración. Sin embargo, no ha sido así.

Es cierto que los nuevos defensores, con técnica depurada y a veces conservando algo de la tradición de sus predecesores en cuanto se refiere a la tendencia de ampararse en defectos procesales para impedir el examen de las cuestiones de fondo planteadas, vienen realizando su función de defensa de los entes públicos en forma difícilmente superable. Pero defender cualquier acto

administrativo, por clara que fuese su ilegalidad y reitera la jurisprudencia que así lo hubiese proclamado.

Bien está la defensa de la Administración, acudiendo a todos los medios de oposición que el Derecho concede a las partes de un proceso. Pero cuando el acto impugnado infringe manifiestamente el ordenamiento jurídico, y así lo ha consagrado una jurisprudencia constante, la oposición a la pretensión del demandante carece de sentido, pues la única finalidad que con la misma se consigue es alargar la duración de un proceso, aumentar los gastos del demandante y el trabajo de los propios defensores de la Administración. De aquí que, ante estos supuestos, la única posición admisible de los defensores de la Administración sea el allanamiento. Ello, por otro lado, redundará en prestigio de los propios defensores y de la fundación que los mismos realizan en el proceso.

Los abogados del Estado, que han llegado al Tribunal Supremo como consecuencia de la nueva Ley, lo han entendido así. Y dada por su influencia, algo que era insólito se ha convertido en normal. Pues no es raro encontrar entre las sentencias de las distintas Salas de lo contencioso-administrativo supuestos de allanamiento de la Administración, supuestos claros en los que no tenía sentido continuar el procedimiento demorando la decisión del proceso. Es ésta una de las consecuencias del nuevo estilo que han introducido en la defensa de la Administración unos funcionarios incorporados en aplicación de la nueva Ley.»

Como ejemplo expresivo de esta nueva corriente, que se inició a los pocos meses de incorporarse los nuevos abogados del Estado, puede decirse que en menos de un mes se han dictado tres sentencias, en que se contemplan supuestos de allanamiento de la Administración: las sentencias de 9, 18 y 27 de octubre de 1958. En los tres supuestos, el problema que se planteaba ante la jurisdicción había sido ya clara y definitivamente resuelto en contra de la tesis de la Administración por una jurisprudencia reiterada. De aquí lo sumamente razonable de la postura del defensor de la Administración al provocar la autorización para allanarse, y obtenida ésta, impedir por todos sus trámites la continuación de un proceso que se encontraba prejuzgado» (11).

Más aquel promotor inició de la labor de los abogados del Estado se ha desvirtuado por completo. Y en su actitud loable de defensa a ultranza de la Administración pública estatal, en detrimento muchas veces de otras entidades públicas, que son tanto Administración pública como el Estado, tratan de ampararse siempre que pueden en todos los imaginables—y no imaginables—motivos de inadmisibilidad.

De este modo cumplen su papel de defensores de una de las partes del proceso. Pero de una forma poco congruente con los principios de la Ley jurisdiccional, que son unos de los principales sujetos llamados a cumplirla.

Pues sí, en definitiva, lo que se discute en un proceso es si un acto administrativo o disposición general se ajusta a Derecho, todo cuanto suponga una inadmisión del recurso contencioso conduce a dejar sin revisión el acto o disposición, manteniendo la duda sobre su legalidad.

Y esto es lo que se pretende evitar con esa serie de supuestas inadmisibilidades, alguna de las cuales—aunque afortunadamente pocas—han llegado a prevalecer. Si observamos los escritos de contestación a la demanda de los abogados del Estado, comprobaremos que gran parte de los mismos se dedican

(11) *El allanamiento de la Administración*, RAP, núm. 27, págs. 91-92.

a algún motivo de inadmisibilidad. De este modo, la mayor parte de los esfuerzos de la defensa de la Administración se dedican más que a demostrar que la Administración actuó con arreglo a Derecho, a que no llegue a examinarse la legalidad del acto objeto de recurso.

En esta línea, los abogados del Estado han logrado superar con mucho ultimamente las prácticas tradicionales de nuestros fiscales de lo contencioso-administrativo. Quizá pueda aducirse en su disculpa el abrumador trabajo que pesa sobre sus espaldas, trabajo que es imposible atender racionalmente en plazos prudenciales. Y es este trabajo el que les lleve a buscar, como sea, la inadmisión de los recursos contenciosos. Pero lo cierto es que la tendencia existe.

De aquí que la extraordinaria doctrina jurisprudencial que reseñamos tenga doble valor. Pues para su laboriosa estructuración ha sido necesario superar la insistente y tenaz actitud de los defensores de la Administración, en líneas mucho más formalistas, aunque parezca paradójico, que la de la defensa de las partes particulares que se alinean procesalmente con la Administración como co-demandadas o coadyuvantes.

J. G. P.
