

DERECHO ECONOMICO-MATRIMONIAL

SUMARIO: A) CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *Inmutabilidad de los pactos en ellas contenidos Interpretación de la Constitución catalana «A foragitar frauds»*: S. 10 diciembre 1965; Comentario. B) RÉGIMEN SUBSIDIARIO A FALTA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES: *Supuesto de mallorquín casado en el extranjero con extranjera*; S. 2 noviembre 1965; Comentario. C) PRUEBA O FALTA DE PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO DE UNO Y OTRO ESPOSO, O COMÚN, DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO: a) *En régimen especial de Mallorca*: S. 2 noviembre 1965 b) *En el régimen del Código civil*, 1) *Su prueba*; S. 30 septiembre 1965; 2) *Prueba en contra de la presunción del artículo 1.407*; S. 1 diciembre 1965, 3) *Valor de la confesión del marido en contra de la presunción del artículo 1.407, C. c.*; S. 28 octubre 1965. D) DONACIONES ENTRE CÓNYUGES: *Alcance de la prohibición del artículo 1.334, C. c.*; S. 28 octubre 1965. Comentario a las Sentencias de 30 septiembre, 28 octubre, 23 noviembre y 1 diciembre 1965. E) DOTE: *¿Son aplicables a la dote prometida las prohibiciones del Derecho romano y la Compilación catalana de convertir en estimada la dote inestimada y de restituir la dote durante el matrimonio?*; S. 10 diciembre 1965. F) SOCIEDAD DE GANANCIALES: a) *Inmutabilidad del régimen económico matrimonial una vez contraído el matrimonio en el régimen civil común: convenio en partición inter vivos de considerar comunes todos los bienes de marido y mujer, cualquiera que fuera su procedencia*; S. 20 mayo 1965. b) *Abono de litis expensas de la mujer*, S. 16 noviembre 1965. G) SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA: a) *Enajenación de bien ganancial por la viuda: Inaplicación del artículo 1.444*; S. 14 mayo 1965. Comentario. b) *La pérdida de la mitad de gananciales por el cónyuge de mala fe, ¿es aplicable a los bienes que no resulten privativos de ningún cónyuge en el régimen mallorquín?*; S. 2 noviembre 1965.

DERECHO ECONOMICO-MATRIMONIAL

A) CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Inmutabilidad de los pactos en ellas contenidos.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Interpretación de la constitución catalana «A foragitar frauds».*

HECHOS

El matrimonio P.-J. M. A. y E. S. G., que tenía tres hijas, llamadas N., E. y T., en atención al matrimonio—ya contraído—de su hija N. con J. B. B., concertaron capítulos matrimoniales que otorgaron los dos matrimonios ante el Notario de San Julián de Loria (Andorra) el día 31 de octubre de 1950, en el que aquéllos hicieron heredamiento universal, puro, simple, perfecto e irrevocable, entre vivos, empero para después de su muerte, de todos sus bienes presentes y futuros a favor de dicha hija N.; aportando la hija toda su herencia en dote estimada a favor de su esposo; reservándose: la facultad de pignorar y vender los bienes comprendidos en el heredamiento «por

actos onerosos entre vivos», el usufructo universal y recíproco, para sí, y la facultad de dotar o disponer a favor de las otras dos hijas, E. y T., por acto *inter vivos* o *mortis causa* de las dos terceras partes de sus bienes, dado el deseo—que expresaron—de que las tres recibieran igual porción de bienes.

Ambos cónyuges heredantes usaron de esta última facultad en sus respectivos testamentos, en cada uno de los cuales instituyeron heredera universal a su hija N. y legaron a cada una de sus otras dos hijas, E. y T., una tercera parte de sus bienes relictos.

Más tarde, y fallecida ya la madre, el 10 de septiembre de 1955, en la villa de Andorra la Vieja, la hija N. renunció a favor de su padre todos los derechos que éste y su difunta madre otorgaron a su favor; y aquél aceptó tal renuncia y dejó sin efecto los heredamientos. Y, finalmente, el mismo P.-J. M. A., de los bienes en cuestión, vendió una finca a A. B. F. y de las otras hizo donación y venta a su hija T.

Fallecidos ambos padres, la hija N. y su esposo, J. B. B., demandaron a las otras dos hijas, T. y E., y a los compradores de bienes, A. B. F. y D. T. C., y, en otra demanda adicional, a dos personas más por los daños y perjuicios que con su actuación colaborante con los primeramente demandados les hubieren causado. Es de notar que la hija E. se allanó, reconociendo que eran ciertos los hechos alegados.

El Juez de Primera Instancia número 16 de Barcelona, con fecha 23 de marzo de 1962, dictó sentencia, no dando lugar a la demanda, y la Audiencia Territorial de Barcelona, en 26 de junio de 1963, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada y autos aclaratorios.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, alegando: 1.º Violación por inaplicación del principio *semel heres semper heres* (Dig. XXVIII-V, 88), concordante con los artículos 72, párrafo primero y 111, párrafo primero de la Compilación catalana. 2.º Inaplicación de la Constitución *A foragitar fraus* (única del título II, libro V, volumen I de Cataluña) e infracción por aplicación indebida del artículo 9.º de la Compilación. 3.º Inaplicación de la norma legal preceptiva de la que la voluntad del causante es ley de la sucesión (Dig. XXXV-I, 19; L-XVI, 120, concordantes con las arts. 658 y 670, C. c.), e infracción, en igual concepto, del artículo 19 del Apéndice foral aragonés aplicable por analogía. 4.º Inaplicación de la doctrina jurisprudencial, a cuyo tenor, para la modificación de los capítulos matrimoniales, se exige no sólo la concurrencia de las mismas personas que las establecieron, sino también la de todos aquellos que podrían resultar perjudicados por su alteración, aunque no fuesen otorgantes (Ss. 21 abril 1958, 28 mayo 1876 y 30 abril 1930 y otras), e infracción de la norma legal *Qui sentit commodum, incomodum sentire debet* (Decreto L. VI, *De regulis iuris*, regl. 55). 5.º Inaplicación de la Ley 35, Cod. III-XXVIII, concordante con el artículo 145 de la Compilación catalana, que declara nulo todo pacto o contrato o de otra índole sobre legítima no deferida, y aplicación indebida e interpretación errónea de la Decreto *Quamvis pactum* de Bonifacio VIII, contenida en el Sexto de los Decretales (título XVIII, capítulo II), concordante con el número 2.º de las excepciones insertas en el citado artículo 145 Compil. 6.º Inaplicación de los siguientes artículos de la Compilación catalana, concordantes con la doctrina tradicional: 66, párrafo primero *in fine*, que estima ineficaces los testamentos posteriores al heredamiento pactado en capítulos otorgados en contradicción con éstos; artículo 67, párrafo primero, afirmativo de que el heredamiento a favor de un contrayente confiere a éste, con carácter irrevocable, la cualidad del heredero contractual del heredante, y artículo 75, párrafo primero,

según la cualidad de heredero contractual, será inalienable e inembargable. 7.º Inaplicación del artículo 29, párrafo último de la Compilación, según el cual constante el matrimonio no podrá convertirse en estimada la dote inestimada; y del artículo 30, párrafo segundo del mismo texto, que prohíbe la restitución de la dote durante el matrimonio, concordantes respectivamente con la Ley 12, pr. Dig., XXIII-III y Ley única Cod. V-XIX.

A su vez, la hija E interpuso recurso, alegando fundamentalmente falta de aplicación de la Constitución *A foragitar fraud* y de la disposición transitoria 6.ª de la Compilación catalana en relación a la 1.ª del Código civil.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declaró no haber lugar a ninguno de los recursos de casación con los siguientes considerandos:

«Que, formalizada la demanda de que dimanen los sendos recursos, interpuestos por la parte actora y la demandada, doña ..., el 20 de agosto de 1958, los recurrentes, con olvido de las normas de derecho intertemporal, hacen continua e indiscriminada alegación de textos del Derecho romano, canónico y Compilación de Cataluña, promulgada por Ley de 21 de julio de 1960, que sustituyó aquellos que estaban vigentes a su promulgación (Disposición final primera), que no tuvo efecto retroactivo en la materia hoy debatida, a tenor de lo dispuesto en sus disposiciones transitorias, la sexta y última de las cuales se remite a las del Código civil (S. 28 enero 1964), por lo que la Compilación, en el caso de autos, carece de autoridad directa, si bien la tenga como interpretadora de los antecedentes jurídicos romanos, como tuvo ocasión de declarar esta Sala respecto de los correspondientes Anteproyectos y Proyecto (Ss 6 julio 1949, 23 noviembre 1955, 25 marzo, 6 julio y 20 diciembre 1957), y en cuanto a ella misma, la sentencia de 19 de noviembre de 1964, que precisó que siendo el Derecho vigente cuando el pleito se inició la Legislación romana, como supletoria, en el caso singular debatido, sin desdecir la jurisprudencia de esta Sala, no podía darse al artículo 23 invocado de dicha Compilación un total valor interpretativo, por poder representar una modificación por lo menos textual de la legislación anterior, en cuanto al punto preciso litigioso, confusionismo que aumenta con las invocaciones al Derecho de Andorra, que, como extranjero, para que sea aplicado por los Tribunales españoles, según tiene declarado la jurisprudencia, es necesario que quien lo invoque acredite en el juicio, primero, la existencia de la legislación que solicita; segundo, la vigencia de la misma, y tercero, su aplicación al caso litigioso (Ss. 19 diciembre 1935 y 30 junio 1962), nada de lo cual se ha hecho aquí, incidiendo en una falta de precisión y claridad requerida inexcusablemente por el artículo 1.720 L. E. C., que ya podría ser causa de inadmisión, pues, según doctrina legal, la forma dubitativa en la argumentación jurídica es inaceptable para fundar y lograr la casación (S. 15 octubre 1914), pero que en todo caso imponen al Juzgador la necesaria concreción en su examen.»

«Que frente a la estimación por el Tribunal *a quo* de la validez y eficacia de la escritura de 16 de septiembre de 1955 de resolución por mutuo disenso de las capitulaciones matrimoniales de 31 de octubre de 1950, se opone en los motivos *segundo* y *cuarto* del recurso de la parte actora la inaplicación de la Constitución *A foragitar fraud* (única del tit. II, lib. V, vol I de las de Cataluña) y jurisprudencia que la interpreta, coincidente con el motivo primero y extendida a la Compilación en el motivo segundo del recurso de la demandada, doña ..., por lo que bastaría para su desestimación la incorrección procesal

en que incurren, pues el concepto que podría autorizar estos motivos es el de interpretación errónea, ya que la Sala ha hecho aplicación de los preceptos invocados como infringidos, aunque dándoles distinto alcance del sostenido por los recurrentes.»

«Que aun cuando así no fuese, y pese a la falta de unanimidad en la doctrina de los autores, aunque es prevalente la opinión que estima la posibilidad de revocación de capítulos, total o parcialmente, por mutuo disenso y a la jurisprudencia de esta Sala, que en sentencias de 30 de junio de 1863, 26 de mayo de 1876 y 30 de junio de 1930, proclamaba el principio de irrevocabilidad poco menos que en absoluto, por entender el heredamiento catalán estipulado en capitulaciones matrimoniales, con base en un riguroso espíritu de familia, tendente a evitar la desintegración de su patrimonio, siempre admitió, entre contados medios de excepción, el mutuo disenso o conformidad de todos los que intervinieron en su establecimiento y la de aquellos terceros que por el heredamiento resulten favorecidos, y las sentencias de 4 de febrero y 28 de noviembre de 1927 introdujeron nuevas mitigaciones, aun aplicando al caso de autos la doctrina legal más rigurosa, que ha vuelto a seguir la sentencia de 21 de abril de 1958, los hechos son completamente distintos por haber llamado los heredantes entonces a los hijos del primogénito para el evento de que el donatario falleciese antes que los donantes y haber ya nacido al tiempo de la revocación del heredamiento, faltando en el acto revocatorio la intervención de su representante legal, amén de la falta de consentimiento y causa, por no mediar en el acto revocatorio verdadera voluntad a renunciar la donación, ni menos ánimo de liberalidad por el renunciante, ni recibió éste compensación alguna, mientras en el caso hoy contemplado, a la escritura de revocación prestaron su consentimiento el heredante supérstite, los actores recurrentes beneficiarios y la heredera de la heredante, sin que hiciese falta lo hicieran los hijos del matrimonio B.-M., ya que su supuesta expectativa de derechos se limita a unos alimentos para el caso de convivir con don P.-J. M., los consortes actores, lo que no llegó a ocurrir, ni tampoco la demandada recurrente, doña ..., por no ser otorgante ni favorecida por los capítulos, habiendo recibido la parte actora las correspondientes contraprestaciones, y asimismo no puede apreciarse la interpretación errónea de la Constitución *A foragitar fraud*, expresiva de que "para quitar los fraudes que con frecuencia se cometen sobre las cosas escritas, ordenamos y establecemos que si se diera el caso de que se otorgara una escritura por los hijos a favor de sus padres, o por cualquier otra persona en favor de otro, en mengua, derogación o perjuicio del heredamiento o donación, hecha o hacedera por aquellos padres u otros cualquiera *en ocasión del matrimonio*, tal instrumento sea nulo», por referirse a tiempo de nupcias, cuando aquí las capitulaciones se otorgaron más de cinco años después, no ser una escritura particular ni existir una disminución unilateral en perjuicio de las donaciones de la otra estirpe, y afirmarse en la sentencia recurrida, sin impugnación eficaz por los recurrentes, que no ha habido fraude, ni menos confabulación con ánimo de fraude, no cabiendo tampoco estimar la inaplicación de la norma legal *qui sentit commodum, et incommodum sentire debet*, contenida en el libro VI de las Decretales *De regulis juris*, regla 55, invocada en el motivo cuarto del recurso de la demandada, cuando ha sido acertadamente aplicada por el juzgador, al ser la resolución a cambio de importantes compensaciones en inmuebles y en metálico, sin que pueda quedar en olvido el principio jurídico aplicado por la jurisprudencia de que nadie puede ir contra sus propios actos, que sienta el

Juzgado (Considerando cuarto) y acepta la Audiencia como una de las premisas de su fallo y no es impugnado por los recurrentes»

«Que la desestimación de los motivos examinados hace decaer la de los tercero y sexto del recurso formalizado por los actores, por suponer la invalidez de la resolución del heredamiento contenida en la escritura de 16 de septiembre de 1955, que acertadamente ha sido denegada, y asimismo, del motivo primero del recurso de los actores y motivo tercero del de la demandada sobre inaplicación del principio *semel heres, semper heres* del fragmento 88, título V, libro XXVIII del Digesto, por no ser aplicable al caso de autos, al referirse a la condición resolutoria en la institución de heredero, que aquí no se da, tratándose de una sucesión contractual no contemplada por el derecho romano.»

«Que tampoco puede prosperar el motivo quinto del recurso de los actores, por estar incurso en la causa cuarta de inadmisión del artículo 1729 L. E. C., al no citar con precisión y claridad las Leyes que suponen infringidas y el concepto en que lo han sido, o igual suerte ha de correr el motivo séptimo, pues no hubo dote al no haberla recibido la actora, sino una promesa de dote y un posible residuo, a que no son aplicables los preceptos invocados, con lo que este recurso queda desestimado en su totalidad»

«Que el motivo quinto del recurso de la demandada tampoco puede acogerse, aun dada la posición de ésta en el proceso, allanada a la demanda, pues la validez de la escritura de resolución de capítulos matrimoniales lleva consigo la conclusión de que la de capítulos había quedado sin efecto, sin que se haya inaplicado por el Tribunal *a quo* el principio *res inter alios acta nobis nes nocet nec prodest*, pues en la escritura de 31 de octubre de 1950 no hay llamamiento a favor de doña ..., sino una reserva de disposición de dos tercios para las hijas no heredadas, y era inútil declarar la validez del testamento de su madre de 2 de noviembre de 1950, con lo que igualmente queda desestimado en su integración este recurso.»

COMENTARIO

El problema fundamental que plantea la sentencia de 10 de diciembre de 1965 radica en determinar si la redacción distinta de la Constitución A foragitar fraus y del artículo 9.º, párrafo primero de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña obedece a diversa intensidad de la norma prohibitiva en una y en otra, por haberla atenuado ésta, o bien si simplemente ésta expresa la interpretación correcta de aquélla, adaptativa de su rigor literal restringiéndolo a los casos realmente comprendidos en su espíritu. Para ello, nada mejor que comparar a doble columna ambos textos:

Constituciones de Cataluña, lib. V, tit. II.

Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, lib. I, tit. III, cap. I, art. 9, § 1.º

1.—Pedro el Ceremonioso, en las Cortes de Perpiñán del año 1351.

Cap. XVI

«Para quitar los fraudes que con frecuencia se cometen sobre las cosas escritas, ordenamos y establecemos que si se diera el caso de que se otorgara alguna escritura por los hijos a favor de sus padres, o por cualquiera otra persona en favor de otro, en mengua, derogación o perjuicio del heredamiento o donación hecha o hacedera por aquellos padres u otros cualesquiera a sus hijos o a otros cualesquiera en ocasión de matrimonio, tal instrumento sea nulo, caso e "irrito ipso iure", y en modo alguno se le dé fe en juicio ni fuera de éste, prohibiendo a todos los Notarios de nuestro territorio reciban tales escrituras.»

«Las capitulaciones matrimoniales sólo podrán ser modificadas o dejadas sin efecto en los supuestos previstos en las mismas o por acuerdo unánime, solemnizado en escritura pública, de quienes hubiesen concurrido a su otorgamiento y vivan, en el momento de la modificación o resolución, junto con los herederos de los otorgantes fallecidos. Si quien haya de dar tal consentimiento fuese incapaz o se hallare ausente en ignorado paradero se suplirá o complementará su consentimiento con arreglo a la Ley.»

La sentencia de 4 de febrero de 1927 señaló que la Constitución «A foragitar frauds» es de carácter excepcional y debe aplicarse en sentido restrictivo. La sentencia de 28 de noviembre de 1927 señala que se encamina a evitar fraudes. Ambas señalan que su aplicación requiere el doble supuesto de hecho de que haya: 1.º, confabulación entre donador y donatario con ánimo de fraude, y 2.º, derogación, disminución o perjuicio de aquella donación por medio de un instrumento posterior.

El Tribunal Supremo, en la que ahora comentamos, apreciando las circunstancias del caso, entiende que, en el supuesto examinado, la solución no difiere con la correcta aplicación de uno y otro texto, atendiendo a la «ratio» de la Constitución.

B) RÉGIMEN SUBSIDIARIO A FALTA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1965.—Supuesto de un mallorquín, casado en el extranjero con una extranjera.

HECHOS

El actor, civilmente mallorquín, había contraído matrimonio en Tánger el 13 de julio de 1953, con la demandada de nacionalidad americana y de religión protestante. Después de convivir algún tiempo y sin haber tenido descendencia, se separaron. Durante su unión, y a nombre del marido, se había

comprado una finca de la calle de Bayonetas, de Palma de Mallorca. El suplico de su demanda se centró en la petición de la unidad del matrimonio. La demandada reconvino, pidiendo que se declarase su buena fe y la mala fe del marido, que se obligara a este a transmitirle la casa de la calle Bayonetas, cuyo precio afirmaba que se había pagado con dinero de ella, que se condenara al actor a pagarle la minuta de su abogado, el enriquecimiento injusto por los gastos de sostenimiento de él durante la convivencia y una indemnización por los daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca, con fecha de 11 de enero de 1963, dictó sentencia, declarando la nulidad del matrimonio, la mala fe del actor y la buena fe de la demandada, el carácter común de la casa de Bayonetas y condenando a aquél a que le transfiriera a ella dicha casa y a que le pagara varias cantidades.

Apelada la sentencia por el actor, la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, en 8 de julio de 1963, confirmó la del Juzgado, excepto en cuanto a la propiedad de la casa de la calle de Bayonetas, extremo en el que la revocó, declarando que era bien privativo del actor.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación, rechazando el Tribunal Supremo el interpuesto por el actor y aceptando el que la demandada interpuso, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu, y, en segunda sentencia de la misma fecha, confirmó en todos sus extremos el fallo del Juez de Primera Instancia por los propios fundamentos expresados en la misma.

De la primera sentencia del Tribunal Supremo, interesan a nuestro objeto los dos últimos

CONSIDERANDOS

«Que entrando en el estudio del recurso articulado por la esposa demandada, formula los cuatro primeros motivos, al amparo del número 1.º del artículo 1692, para combatir la declaración de la sentencia, de que la casa adquirida durante el matrimonio por el esposo pertenece exclusivamente a éste, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º, párrafo 2.º, de la Ley de 19 de abril de 1961 sobre Compilación del Derecho de Baleares, que establece el régimen de absoluta separación de bienes entre los cónyuges cuando sean mallorquines alguno de ellos, como lo es el esposo y no haya pacto expreso en capitulaciones matrimoniales, que no concurre en el caso contemplado, alegando la violación por la resolución impugnada del párrafo 3.º de dicho artículo 3.º de la Compilación y de los artículos 1.325, 1.396, número 1.º del 1.401, 1.407 y 13 del Código civil, y habida cuenta que la sentencia da como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes y que no los ha adquirido por herencia, cuya declaración no ha sido combatida por el único cauce adecuado a ello, el del número 7.º del tan repetido artículo 1.692; es evidente que la casa en cuestión no puede estimarse comprendida en ninguno de los casos que señala el artículo 1.396, para reputarse bien propio de ninguno de los cónyuges, al no haber probado el marido la adquisición privativa del dinero importe del precio de la compra, y, como consecuencia y en principio, deberá ser estimada como del matrimonio, con arreglo al párrafo 3.º del artículo 3.º de la Compilación de Derecho especial de Baleares, y, en su consecuencia, procede casar y anular en tal extremo la sentencia recurrida, máxime en el caso presente en que del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer, y,

salvo la presunción legal antes expuesta, se llegaría a reputar la finca en cuestión como comprada con dinero de la esposa y, por tanto, bien privativo de ella.»

«Que, por último, el quinto motivo del recurso, por el mismo cauce procesal de los anteriores, denuncia la violación en la sentencia de los artículos 72 y 1.417 del Código civil, y como quiera que persiste la declaración que contiene de que el marido procedió de mala fe, al no haberse combatido en forma tal aserto, procede casar la resolución impugnada en tal extremo, por aplicación analógica de los preceptos invocados, en relación con la disposición final segunda de dicha Compilación.»

COMENTARIO

Esta sentencia la deberemos comentar después, por lo que se refiere a la aplicación de la presunción del artículo 3.º, § 3.º, de la Compilación balear, y a la aplicación analógica de los artículos 72 y 1.417 del Código civil. Ahora sólo nos interesa destacar lo relativo a la interpretación del artículo 1.325 del Código civil. Nada mejor al respecto, para percatarse de la cuestión, que la transcripción en lo pertinente del primer motivo de casación alegado por la demandada.

«Es preciso conocer previamente cuál es el régimen económico del matrimonio celebrado entre ambas partes litigantes, que el problema es de gran magnitud, ofreciendo cierta dificultad determinar si el régimen económico del matrimonio celebrado entre un mallorquín y una norteamericana se rige por el Derecho común—artículo 1.325 del Código civil—o por el Derecho foral—artículo 3.º de la Ley de 19 de abril de 1961—, que el invocado artículo 1.325 del Código civil, de acuerdo con el principio de la Escuela italiana, según el cual el régimen económico matrimonial se regula por la Ley nacional del marido, dispone que, «si el casamiento se contrajera en país extranjero, entre español y extranjera, o extranjero o española y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de sociedad de gananciales, y cuando fuera española la esposa que se casa bajo el régimen del Derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes inmuebles; que no ha podido encontrar ninguna sentencia de esta Sala en la que se hubiera planteado tal cuestión, por lo que dicha Sala no ha tenido ocasión de resolver el problema de si el repetido artículo 1.325 es aplicable a los españoles aforados que se casen con extranjeras en país extranjero; que tampoco la Dirección General de los Registros se ha ocupado del problema en sus resoluciones, si bien en la de 10 de noviembre de 1926, se contempla un caso análogo en relaciones interprovinciales—matrimonio contraído por un aforado al Fuero de Baylo y una mujer de Derecho común, en territorio de Derecho común—, declarándose en la misma que, cuando el marido es aforado y la mujer pertenece a región donde no rige el fuero, es más ajustada al espíritu del Derecho vigente la opinión de los que creen que debe someterse al régimen económico conyugal al Derecho común, en armonía con el aforismo *locus regit actum*; que la doctrina no es unánime en lo que concierne a la aplicación del artículo 1.325 del Código civil, y así, Valverde, Manresa y Mucius Scaevola, con amplia argumentación sostienen que al matrimonio de aforado con extranjera, contraído en país extranjero, le

es aplicable el artículo 1.325 del Código civil, y, por el contrario, Castán señala que "no nos parece justa la opinión de Manresa y Valverde, que, interpretando a la letra el texto anterior—en cuanto habla sin distinción alguna de españoles—, piensan que es aplicable incluso a los españoles aforados que se casen con extranjera, y que, por consiguiente, habrán de someterse éstos, no al régimen de su fuero propio, sino al de gananciales del Código civil"; que la razonada opinión de los Civilistas citados, unida al criterio seguido por la Dirección General de Registros, en la resolución de 10 de noviembre de 1926, permiten sostener fundamentalmente que, para determinar el régimen económico del matrimonio Miserol-Cohen, la sentencia recurrida debió aplicar el artículo 1.325 del Código civil, en vez del artículo 3.º, párrafo 2.º, de la Ley de 19 de abril de 1961, sobre Compilación del Derecho civil especial de Baleares, y, en consecuencia, declarar que los recurrentes citados se habían casado bajo el régimen de gananciales, y al no hacerlo así y sostener, por el contrario, que el régimen económico de tal matrimonio es el de la separación de los bienes, dicha sentencia ha dejado de aplicar el repetido artículo 1.325 del Código civil, con lo que ha incidido en infracción de Ley por violación de tal precepto, ya que, conforme a jurisprudencia de esta Sala contenida en sentencias de 2 de noviembre de 1943, 13 de enero de 1944, 8 de enero de 1945 y 8 de enero de 1906, entre otras, la no aplicación de una norma equivale a su violación, razón por la cual la sentencia recurrida debe ser casada y anulada.»

El Tribunal Supremo no estimó este primer motivo, sino el cuarto—plantado subsidiariamente por violación del artículo 3.º, § 3.º, de la Compilación—, lo que significa la previa aplicación del § 2.º del mismo artículo, que estima contraído el matrimonio bajo régimen de absoluta separación de bienes. Lo cual supone, como dato previo, la aplicación del régimen balear al matrimonio contraído entre el mallorquín y la americana; y, por ende, que el artículo 1.325 del Código civil sólo es directamente aplicable si el marido es español sometido al Derecho común, y que únicamente lo es por analogía, en caso de estar sujeto a un régimen foral, supuesto en el cual debe estimarse que el régimen de bienes del matrimonio es el correspondiente al Derecho foral de que se trate.

C) PRUEBA O FALTA DE PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO, DE UNO U OTRO ESPOSO O COMÚN, DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE EL MATRIMONIO.

a) *En régimen especial de Mallorca.*

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1965 [ver *supra*, B)].

b) *En el régimen del Código civil.*

1. SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1965.—*Prueba del carácter privativo.*

Se discutió en el pleito la inclusión con carácter ganancial en la testamentaria del marido de unos bienes, que la viuda afirmaba que eran parafernales, heredados de su padre, incluidos en la testamentaria del marido y a ella ad-

judicados. La actora interpuso recurso de casación, alegando—en el primer motivo—infracción por violación de los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, por no haberse valorado debidamente la escritura pública de partición de la herencia de su padre, y—en el segundo motivo—violación del artículo 1.396, número 2.º, del Código civil. Y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fué Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor Guelbenzu, rechazó el recurso.

CONSIDERANDO

«Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., denuncia la comisión en la sentencia recurrida de error en la apreciación de las pruebas, en su doble vertiente de error de hecho y de derecho, alegando, en cuanto al primero como documento auténtico que lo acredita, la escritura pública, fecha de 31 de marzo de 1926, obrante en los autos y que contiene las operaciones particionales de la herencia de don L. A., padre de la recurrente, en la que aparece inventariada la casa del Palacio, de Galisteo, y que demuestra, a juicio del recurrente, que fué heredada por su hija y constituye bienes parafernales de ésta y nunca puede ser considerada como bien ganancial de su matrimonio con don B. J. D.; y habida cuenta que si bien es cierto que la finca referida perteneció al padre de la recurrente según se desprende del instrumento público citado, no lo es menor que el mismo demuestra que a la actora solamente se le adjudicó en las operaciones particionales de la herencia la quinta parte indivisa de los bienes relictos y que, acertadamente, sostiene la resolución impugnada, dada la cuenta de la herencia en relación al valor de la casa cuestionada, nunca la quinta parte de aquélla podría alcanzar la totalidad del inmueble; y como además la sentencia estima probado, sin que se haya combatido en el recurso, que el marido, señor J., compró a sus cuñados, constante el matrimonio con la actora, las partes de la casa que les habían correspondido; es evidente que sólo puede estimarse como bien parafernial de la actora la parte de la casa, que no se le discute en el proceso, siendo bienes gananciales del matrimonio las restantes objeto del pleito y decae la alegación estudiada; que acarrea la de error de derecho en la apreciación de las pruebas, con invocada violación de los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, puesto que han sido rectamente valoradas los documentos aportados y debe rechazarse este primer motivo del recurso.»

«Que, sentada la anterior doctrina, carece el segundo de los motivos articulados, por el cauce procesal del número 1.º de dicho artículo 1.692, y que denuncia la violación del artículo 1.396 del Código civil en su apartado segundo; ya que descartado el primer motivo, carece el presente de las presuntas fácticas que le harían viable.»

2. SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Prueba de presunciones «hominis-seu facti» en contra de la presunción «iuris» del artículo 1.407 del Código civil.*

También se discutió en este pleito la inclusión de unos bienes como gananciales en una testamentaria. La parte recurrente en casación alegó—en el segundo motivo—aplicación indebida del artículo 1.407, en relación con los 1.253 y 1.251 del Código civil, por no haberse deducido el carácter parafernial de los

bienes discutidos de la prueba testifical, de la que resultó que los bienes procedían de la familia de la finada esposa. La parte recurrida objetó que la presunción del artículo 1.407 no puede ser destruida, sino con una prueba concluyente y no por una prueba incompleta.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fué Ponente el Magistrado don Jacinto García Monje y Martín, rechazando el segundo motivo en casación en el siguiente

CONSIDERANDO

«Que el segundo de los motivos del recurso, formulado por la vía del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., invoca la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, al aplicar indebidamente en la sentencia el artículo 1.407 del Código civil, en relación con los artículos 1.253 y 1.251 del Código civil, más conforme a la constante doctrina de esta Sala, el invocado error de derecho ha de ser consecuencia de no dar a algún medio de prueba el valor y eficacia que les conceden determinados preceptos legales, que resultan así infringidos, de acuerdo, entre otras, las sentencias de 8 de julio de 1953 y 4 de junio de 1947, cuyas normas legales infringidas citar es preciso, así como el concepto en que lo hayan sido, y sentada esta doctrina, ha de quedar excluida del motivo la denuncia de la indebida aplicación del artículo 1.407 del Código civil, que, por no tener el carácter de norma valoratoria de la prueba, no podía ser alegada como infringida a través de éste, y respecto a las presunciones a que, asimismo, se refiere, debe declararse, que los preceptos referidos a las mismas que se citan no constituyen tampoco disposiciones regidoras de especial valor probatorio, y sólo pueden venir a este recurso mediante la invocación del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., al sólo efecto de combatir los hechos en que aquellas se fundan, y por la cita del número 1.º del mismo, para atacar la existencia del enlace preciso, según las reglas del criterio humano entre tales hechos y los que de los mismos se deducen, según la sentencia, y lo que se pretende en este caso es oponer el recurrente su propio criterio al sentado por el Tribunal *a quo*, al valorar los distintos medios de prueba, especialmente testifical, cuya apreciación, en armonía a los artículos 1.248 del Código civil y 659 L. E. C., incumbe al Tribunal de instancia, sin que ésta pueda ser combatida mediante el examen y crítica de las declaraciones testificales, materia propia de la instancia, vedada a este recurso, según la constante doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencias de 12 de abril de 1910, 16 de junio de 1955 y 23 de abril de 1956, la cual conduce a la desestimación del motivo en el que tal apreciación de la prueba testifical se efectúa.»

3. SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Valor de la confesión del marido en contra de la presunción del artículo 1.407 del Código civil.*

HECHOS

El marido premurió a su esposa bajo testamento, en el cual instituyó heredera en usufructo vitalicio a su mujer y nombró herederos en nuda propiedad por terceras partes iguales a los respectivos hijos de los tres hermanos, ya fallecidos, del testador. Una de las sobrinas demandó a la viuda. El motivo del pleito era la calificación como parafernalia o ganancial de una finca com-

prada durante el matrimonio por la esposa, asistida del marido, consignándose, en la cláusula 7.ª de la escritura, que. «El compareciente don A. M. R., esposo de la compradora, manifiesta, y hace constar en este acto, que el dinero invertido por su esposa, en la adquisición de la finca precedente, es de la propiedad exclusiva de la misma, solicitándose del Registrador de la Propiedad que se inscriba aquélla, como parafernál de dicha señora, el día que pueda lograrse la inscripción del citado inmueble»

Fueron circunstancias a tener en cuenta: 1.º Que el precio de dicha compraventa, según la estipulación segunda de la escritura, fué de 86.5000 pesetas, de las cuales el vendedor confesó haber recibido de la compradora 29.000 pesetas solamente, y las restantes 57.500 pesetas quedaron aplazadas en cinco plazos, el último de los cuales vencería cinco años después. 2.º Que la finca vendida tenía varios enclaves ajenos, que posteriormente fueron también adquiridos. 3.º Que durante el matrimonio se hicieron importantes mejoras en la finca, consistentes en la construcción de dos casas y otras edificaciones, su amurallado, apertura de pozos, cultivo de huertas, etc. La actora afirmó, además, que la compradora no vendió ninguna finca parafernál y que no podía disponer de dinero para pagar el precio de la compra en cuestión, si bien la demandada afirmó que con el precio de la venta de una importante ganadería lanar heredada de su padre había pagado la finca y las mejoras realizadas.

El Juzgado de Primera Instancia de Montánchez falló, que la cláusula 7.ª de la referida escritura de compraventa, comprensiva de la confesión del marido de que el precio de la compra era de su esposa, era nula de pleno derecho por ser inexacta y envolver una donación entre cónyuges, y que la citada finca, así como todas las edificaciones y mejoras en ella realizadas durante el matrimonio e igualmente las edificaciones que en ella existían, tenían carácter de bienes gananciales. Sentencia que fué confirmada en todas sus partes por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

MOTIVOS

1.º Inaplicación del principio legal, según el cual *nadie puede ir contra sus propios actos*, establecido, entre otras, en las sentencias de 2 de marzo de 1961, 16 de noviembre de 1960, 28 de junio de 1958, 17 de mayo de 1941, obligatorio también para los causahabientes que fueren herederos voluntarios, ya que, según sentencias de 13 de junio de 1899, 31 de marzo y 7 de diciembre de 1911, 12 y 17 de noviembre de 1920, 19 de mayo de 1932, los herederos son continuadores de la personalidad del causante y asumen, por esto, sus derechos y obligaciones.

2.º Violación de los artículos 1.232 y 1.218 del Código civil, por no haber sido aplicados, al no reconocerse el valor y eficacia debidos a la confesión hecha en escritura pública, que hace prueba contra su autor.

3.º Violación del artículo 1.401 e interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.407 del Código civil, así como infracción de la doctrina legal establecida, entre otras, en las sentencias de 30 de junio de 1948 y 2 de febrero de 1948, fijando el alcance y extensión de la presunción *iuris tantum* que contiene este precepto legal.

4.º Inaplicación de los artículos 1.396, número 4.º y 1.381, motivo que viene a ser como el reverso de la anterior.

5.º Aplicación indebida del artículo 1.334 del Código civil, en relación con lo establecido por los artículos 618, 635, 1.392, 1.394 y 1.426 del Código civil, puesto que no pudo haber donación en el caso de autos, pues si la finca nunca estuvo en el patrimonio del marido, no era posible que la donara a la esposa.

6.º Infracción por interpretación errónea del artículo 1.334 del Código civil, dándole un alcance y efectos que no proceden, invocando la interpretación de este precepto—propugnado por el autor de estos comentarios—de que la donación del marido a la mujer, si bien es radicalmente nula *inter vivos*, se consolida *mortis causa* en caso de premorir el marido sin haberla revocado.

Siendo Ponente el Magistrado don Emiliano Aguado González, el Tribunal Supremo rechazó el recurso.

CONSIDERANDO

«Que, con antecedente inmediato, en lo dispuesto en las Leyes primera y cuarta del título IV, libro X de la Novísima Recopilación, el artículo 1.407 del Código civil establece el principio general de que 'se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen, privativamente, al marido o a la mujer', y con referencia a este precepto, es oportuno destacar: A) Que el mismo ratifica y completa la indudable preferencia que el Legislador manifiesta a favor de los bienes gananciales y de la sociedad legal, que, a base de los mismos, se establece, dándole el carácter de régimen supletorio de primer grado, respecto a los bienes del matrimonio (§ 2.º del artículo 1.315), haciendo coincidir su comienzo con la celebración del mismo, sin posibilidad de acuerdo en contrario (art. 1.394), condicionando severamente su renuncia (art. 1.394) y estableciendo, de modo prolijo y con separada enunciación, los bienes que han de considerarse propios de cada uno de los cónyuges y los que han de merecer la estimación de gananciales (arts. 1.396 a 1.400), para terminar con la declaración del transcrito (art. 1.407), que, como ya dijo esta Sala en 31 de marzo de 1930, establece una presunción 'amplia, general y compendiosa', a favor de la consideración ganancial de los bienes del matrimonio, mientras no se acredite lo contrario. B) Que, conforme a lo reglamentado en el artículo 1.250 del Código civil, preceptivo de que las presunciones que la Ley establece, dispensa de toda prueba a los favorecidos por ellas, si se suscita contienda sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio o de cualquiera de ellos, la presunción legal, arrojará, por entero, la carga de la prueba, sobre quien sostenga el carácter no ganancial de aquellos bienes, ya que se trata de una presunción de las llamadas *juris tantum* al no prohibir la Ley, expresamente, que puede ser destruida por prueba en contrario; si bien ésta ha de ser cumplida y satisfactoria, exigiéndose con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales, que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes, por parte de uno de los cónyuges, sin que baste por regla general, y como dice la sentencia de 7 de julio de 1933, el reconocimiento por el marido del carácter dotal o parafernial de determinados bienes, lo que no es suficiente, por sí solo, para destruir la presunción favorable a los gananciales, ante el peligro de que, por la sola voluntad de los interesados, queden alterados los derechos que al marido otorga la Ley en la sociedad conyugal, y a ambos cónyuges o a sus herederos, a la disolución del matrimonio o se celebren contratos entre aquéllos o se disfrazen donaciones que están prohibidas

por la Ley. C) Que ello no quiere decir que la manifestación hecha por el marido en una escritura de adquisición de bienes, a favor de la mujer, de que el precio satisfecho lo es con cargo al patrimonio exclusivo de aquélla, carezca de todo valor, pues lo aseverado por el esposo constituirá una confesión, realzada extrajudicialmente, y, por tanto, conforme al artículo 1239 del Código civil, integrará un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba, y así, éstos, en cada caso concreto, determinarán el valor que deba darse a la misma, y si la impugnación se realiza por el propio marido, lo que sólo podrá efectuar, como se reconoce en la sentencia de 2 de febrero de 1951, en caso de simulación o falsedad de la declaración, pues, en otro evento, queda vinculado por la misma, se operará una inversión en la carga de la prueba, que no podrá descansar en el simple mecanismo de la presunción establecida en el artículo 1407, sino en la demostración cumplida del hecho o circunstancias capaces de invalidar la manifestación formulada, y lo mismo ha de entenderse respecto a los herederos del marido, en su caso, sea cualquiera la clase de éstos, si verdaderamente la manifestación hecha por el *de cojus* fué simulada o falsa, incidiendo con ello en vicio de nulidad total, ya que, en este caso, como proclama la sentencia de 23 de mayo de 1956, la reiterada doctrina de casación reconoce que puede ejercitar la acción quien tenga interés en la declaración de aquélla, y no cabe negarle al heredero, privado total o parcialmente, de la herencia del interesado, por tanto, en establecer la verdad jurídica para poder entrar en su disfrute. D) Que, en definitiva, es a los Tribunales de Instancia a quienes corresponde apreciar las pruebas que se aporten, para destruir la eficacia de la presunción legal, que establece el artículo 1407 del Código civil, y, en su caso, las que, específicamente, tiendan a acreditar la falta de veracidad de la declaración en contrario hecha por el marido, si éste o sus herederos accionasen en juicio, y esa valoración probatoria habrá de ser respetada, en trance de casación, si no se combate eficazmente por la vía y con los medios que se autorizan en el número 7.º del artículo 1.692 L. E. C.»

«Que, en el concreto caso de autos, por quien acredita ser heredera del marido, se impugna la manifestación que este hizo en la escritura de venta realizada a favor de su mujer, por un tercero, de determinados bienes inmuebles, de que el precio se satisfizo en la parte abonada de presente y en la que aplazada quedó, con dinero de la exclusiva pertenencia de la mujer, y sobre la exactitud o falta de veracidad de esta aseveración, ha girado la *litis*, resulta en la instancia con la determinante declaración, fruto del examen de la prueba efectuada por el Tribunal sentenciador, de que aquella manifestación, no sólo en lo referente al precio aplazado de lo declarado, de hechos o circunstancias que pudieran surgir, después de la declaración y antes del pago, sino en la propia entrega efectuada de presente pago de parte del precio, era inveraz, y, por sí sola, no podía destruir la presunción establecida en el artículo 1407 del Código civil, siendo de subrayar que ninguno de los motivos del recurso interpuesto se cuida de atacar, por el medio procedente, esta apreciación fáctica hecha por el Tribunal de Instancia, por lo que la misma vincula a esta Sala, cuya labor, al efectuar el examen de los motivos en que el recurso se articula, ha de ceñirse a precisar si, pese a aquella resultancia fáctica imbatida, se ofrecen razones suficientes a estimar que la Audiencia incurrió en las infracciones de la Ley que se denuncian y ello a la vista de la doctrina expuesta al principio de la presente resolución.»

«Que el examen de los motivos del recurso arroja el siguiente resultado: A) El motivo primero, alega la infracción, al no haber sido aplicada, de la

doctrina legal sobre los 'actos propios' contenida en las sentencias de esta Sala, que al efecto se citan; pero si conforme a la propia jurisprudencia, invocada los actos contra los que no es lícito accionar, son aquellos que, por su carácter trascendental, o por constituir convención, acusan estado, definiendo, inalterablemente, la situación jurídica de su autor (S. 17 mayo 1941) o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto (S. 19 junio 1958), por lo que el principio de que 'nadie puede ir contra sus propios actos que, previamente, hubiesen creado una relación o situación de hecho, que no podía ser alterada, unilateralmente, por quien se hallaba obligado a respetarla (S. 2 marzo 1961); es obvio que, en la doctrina legal sobre los actos propios, no encaje la impugnación de lo que fué manifestado por el *de cuius* de la accionante, dada la limitada finalidad y efectos que aquella manifestación perseguía, y que, aun no siendo así, por estimar el caso incluíble en una holgada apreciación del concepto, la razón de la impugnación, que no es otra que la falta de veracidad de lo declarado, reconocida explícitamente en la instancia, hace, por las razones expuestas en el Considerando primero de esta resolución, que el motivo no puede alcanzar, por sí solo, el éxito a que aspira. B) El motivo segundo, al plantearse, simultáneamente, por la vía de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 L. E. C., incurre contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.720 de la misma, en vicio notorio de deficiencia formal, por sí solo causa forzosa de desestimación. C) Igual sucede con el motivo tercero, en el que se denuncia la violación de un precepto que ha sido aplicado, según su criterio, por la Sala sentenciadora, sin especificar el porqué de esa violación y sin remover la base fáctica en que descansa, consecuentemente, la aplicación de la norma, aparte de ello se expresa un doble concepto de infracción, respecto al otro precepto legal que se invoca, y se omite precisar el concepto en que lo haya sido, la doctrina legal que, como ínfingida se aduce, todo lo que hace incidir al motivo, en la causa cuarta de las que enumera el artículo 1.629 L. E. C. y provoca, en este trance, su perecimiento obligado. D) En el motivo cuarto se hace, evidentemente, supuesto de la cuestión, ya que la falta de aplicación de los preceptos legales que se invocan, referente a los bienes parafernales, sólo podría determinar infracción de Ley, si los bienes en litigio tuvieran el carácter de tales, que la sentencia recurrida rechaza y el recurrente sostiene, sin destruir la fundamentación fáctica que sirve de apoyo a la Sala, para negar lo que el demandado afirma. E) Finalmente, en los motivos quinto y sexto, se aduce a la infracción del artículo 1.334 del Código civil, por aplicación indebida y por interpretación errónea, respectivamente, poniéndolo en relación con los artículos 618, 635, 1.394 y 1.426 del propio Código; aquí el recurso argumenta sobre la hipótesis de la falta de veracidad de la manifestación hecha por el marido, aceptando, a efectos polémicos, lo declarado por la Sala, sosteniendo que, aun así, no podría considerarse que hubiera una verdadera donación (motivo quinto), ni aun dándose ésta, sería total y definitivamente nula, al ser susceptible de producir efecto a la muerte del marido, si éste no la revocare en vida, ya que, lo prohibido literalmente por el Código es la donación "entre los cónyuges durante el matrimonio" (motivo sexto); pero contra tales argumentos es de ver, primero, que no cabe limitar el ámbito de aplicación del artículo 1.334 C. c., poniéndole en relación con el 618, que ofrece—a primera vista al menos—un concepto restrictivo de la "donación", refiriéndose a la mera transmisión de una "cosa", pues, aparte de que la idea de ésta equivale ontológicamente a las de "ante" o "ser", con toda su amplitud, es lo cierto que la jurisprudencia civil e hipotecaria, lejos de interpretar restrictivamente los artículos 1.334 y 1.458 C. c., lo hacen así-

milando otros contratos a la donación y a la venta, y extendiendo a ellos la prohibición (Res. 5 mayo 1932), y es de destacar cómo, en efecto, los términos "toda donación", que emplea el artículo 1.334 para prohibir los actos de disposición, a título gratuito, entre los cónyuges, se han hecho equivalentes a los de toda "liberalidad", salvo las autorizadas, por vía de excepción, atendiendo así más al espíritu que a la letra del precepto.—Segundo. En cuanto a los posibles efectos de la donación, no revocada, entre cónyuges, a partir de la muerte de quien lo hizo, basándose en la redacción literal del párrafo primero del artículo 1.334 C. c., que el recurrente sostiene, razonando a base de opinión de autores que no cabe invocar como doctrina legal, según advierte el párrafo 10 del artículo 1.729 L. E. C., cualquiera que sea el valor sugestivo que pueda encerrar en teoría la tesis del recurrente, no puede ser admitida en este trance por su deficiente apoyo en una redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de una nulidad total e insubsanable, y porque tal tesis pugna abiertamente con lo establecido en el artículo 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcuso que la eficacia de tales donaciones requeriría inexcusablemente un acto de disposición *mortis causa*, que no ha existido en el caso de autos, todo lo que hace perecer los motivos que se examinan, y con ello impone la desestimación del recurso, con los pronunciamientos de la Ley.»

D) DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—*Alcance de la prohibición del artículo 1.334 C. c. [ver supra C), b), 3), especialmente el motivo sexto y la letra F del último Considerando.]*

COMENTARIOS

a las sentencias de 30 septiembre, 28 octubre, 2 noviembre y 1 diciembre 1965.

Las sentencias de 30 septiembre, 28 octubre, 2 noviembre y 1 diciembre de 1965, aun cuando se refieren a supuestos diversos, tienen algunos puntos de contacto entre sí, y también con las sentencias de 11 marzo y 13 mayo del mismo año. Por ello, comentaremos aquéllas conjuntamente, y asimismo nos remitimos al comentario que de esas dos hicimos en el volumen XLI, números 448-449 (septiembre-octubre 1965), páginas 1241 y siguientes de esta misma REVISTA.

I.—FALTA TOTAL DE PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO O COMÚN DE LOS BIENES.

Nuestro Derecho patrio ofrece tres presunciones diversas para estos supuestos que resuelven esa total falta de prueba del carácter de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

a) El Código civil, artículo 1.407, establece el carácter ganancial de los bienes cuya pertenencia no se pruebe.

b) *La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, artículo 23, sigue el criterio de la presunción muciana (Dig., XXIV-I, 51) de presumir del marido el precio con que se adquiere a nombre de la mujer, si no se prueba su pertenencia a ésta.*

c) *En la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares, artículo 3.º, párrafo tercero, se declara que pertenecerán por mitad y pro indiviso a ambos cónyuges los bienes que no resulten privativos de cada uno.*

Son tres diversos criterios, pero para supuestos paralelos.

II.—LAS NORMAS DE LOS ARTÍCULOS 1.407 C. c., 23 COMPILACIÓN DE CATALUÑA Y 3.º, PÁRRAFO TERCERO, COMPILACIÓN DE BALEARES, SIENTAN SENDAS PRESUNCIONES «IURIS TANTUM», QUE CABE DESVIRTUAR CON PRUEBA EN CONTRARIO, QUE NO ES NECESARIO QUE SEA PLENA.

Observábamos en nuestro citado comentario de las sentencias de 11 marzo y 13 mayo 1965—en los números 448-449 de esta REVISTA—que tanto la norma del 1.407 C. c., como la del artículo 23 Compilación catalana, sentaban sendas presunciones iuris tantum, que pueden ser enervadas sin necesidad de prueba plena en contrario, bastando la apreciación por el Tribunal a quo del conjunto de la prueba si ésta resultara contraria a aquella presunción.

Las sentencias que ahora comentamos no contradicen este aserto, sino que, a juicio nuestro, lo confirman.

Así, la sentencia de 28 octubre insiste en que el 1.413 establece una presunción de las llamadas iuris tantum, añadiendo «que puede ser destruida por prueba en contrario», y si bien considera «que ésta ha de ser cumplida y satisfactoria», sin embargo no exige prueba plena; y aunque añade que ha sido exigido «con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes por parte de uno de los cónyuges», no considera esto sino como regla general, puesto que admite que la confesión extrajudicial «integrará un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas para la prueba» y que, «en definitiva, es a los Tribunales de Instancia a quienes corresponde apreciar las pruebas que se aporten para destruir la eficacia de la presunción legal que establece el artículo 1.407 C. c.».

Tanto en esta sentencia como en las de 30 septiembre y 23 noviembre se reconocen supuestos en los cuales no había prueba aceptable del carácter parafernial de los bienes cuestionados. Así, en el caso contemplado en la de 30 septiembre 1965, el título invocado, es decir, la escritura pública de partición de la herencia paterna, no comprendía la totalidad de la finca discutida, sino sólo de una quinta parte indivisa de ella, y si bien quedó probado que toda la finca procedía de la familia de la mujer, no lo fue menos que—deducida dicha quinta parte—el resto había sido comprado por el marido durante el matrimonio. La de 23 noviembre rechazó las alegaciones del carácter parafernial de los bienes porque no había más base para ellas que las declaraciones de unos testigos que afirmaron que los bienes procedían de la familia de la esposa. Y la de 28 octubre contempla un caso de confesión del marido que solo podía referirse a una pequeña parte del precio, pues el resto quedó aplazado, y además porque se demostró que la mujer no podía tener dinero pri-

vativo, no habiendo enajenado bien alguno de los por ella heredados (véase especialmente lo que dice el segundo Considerando).

La sentencia de 2 noviembre parece que, en cambio, contrapone la presunción del artículo 3.º, párrafo tercero Compilación balear y la deducción de que todos los bienes del matrimonio pertenecían a la mujer, inclinándose por aquélla, pese a haberse dado como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes. Sin embargo, parece que al Tribunal Supremo le resultó camino más fácil, para llegar al resultado que estimó justo, casar la sentencia de la Audiencia y confirmar la del Juzgado, que había seguido la vía de reputar la casa común y aplicar la norma del Código civil, que decreta la pérdida de los gananciales por el cónyuge de mala fe en caso de nulidad del matrimonio, aplicación que—como luego veremos—tampoco parece que quepa hacerla al régimen balear, en el cual no hay gananciales, sino bienes presuntamente indivisos.

La posibilidad de desvirtuar las presunciones expresadas sin una prueba plena en contra se ha centrado a los siguientes supuestos:

- a) Innecesidad de que la subrogación cosa-precio-cosa sea estrictamente real, bastando que el precio de la venta sea suficiente para la compra, aunque el dinero no sea el mismo.

Así resulta de la sentencia de 11 marzo 1965, que comentamos en los números 448-449 (págs. 1.243 y s.).

- b) Posibilidad de enervar la presunción legal por presunciones de hecho *hominis seu iudicis*.

Este fue el tema básico del recurso rechazado por la sentencia de 23 noviembre 1965. Pero, pese a haber sido rechazado, es de notar que no lo fue por razón contraria a esta posibilidad, sino por la valoración del Tribunal de Instancia fue contraria a que la presunción pudiera establecerse en aquel caso, ya que—como dice uno de los Considerandos del Supremo—lo pretendido por la parte recurrente en este caso «es oponer el recurrente su propio criterio al sustentado por el Tribunal a quo, al valorar los distintos medios de prueba, especialmente testifical, cuya apreciación, en armonía con los artículos 1.248 C. c. y 659 L. E. C., incumbe al Tribunal de Instancia, sin que ésta pueda ser combatida mediante el examen y crítica de las declaraciones testificales, materia propia de la instancia, vedada a este recurso según la constante doctrina de esta Sala».

- c) Su enervamiento por la confesión del marido.

Así resulta de las sentencias de 2 febrero 1951 y 11 marzo 1965, respecto a la del artículo 1.407 C. c., y de la sentencia de 13 mayo 1965, respecto de la presunción muciana, y así lo reitera el primer Considerando, letra c, de la sentencia de 28 octubre 1965, el cual afirma que, en caso de que la impugnación la realice el propio marido, «se operará una inversión de la carga de la prueba, que no podrá descansar en el simple mecanismo de la presunción establecido en el artículo 1.407, sino en la demostración cumplida del hecho o circunstancias capaces de invalidar la manifestación formulada, y lo mismo ha de entenderse respecto a los herederos del marido, y en su caso, sea cual-

quiera la clase de éstos, si verdaderamente la manifestación hecha por el de cuius fue simulada o falsan.

III.—LA CONFESIÓN DEL M^RIDO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.

El Tribunal Supremo ha sostenido la fuerza vinculante de la confesión del marido en sentencias de 13 junio 1899, 31 marzo 1911, 7 diciembre 1911, 12 y 17 noviembre 1920, 19 mayo 1932, 30 junio 1948, 27 octubre 1950, 2 enero 1951, 11 marzo 1965, entre otras.

La sentencia de 11 marzo 1965, al final de su primer Considerando, había razonado que «reconocida la expresada naturaleza jurídica [parafernial] de la finca controvertida por el actual recurrente, al otorgar la escritura de compraventa, su ulterior impugnación, no sólo contradice el principio general de Derecho, que prohíbe ir contra los actos propios, sino igualmente lo dispuesto en los artículos 1.281 C. c., 597 L. E. C. y jurisprudencia sustentada, entre otras, por la sentencia de 2 febrero 1951». Ya la citada sentencia de 2 febrero 1951 había afirmado que «no es posible tampoco desconocer que la manifestación del marido en la escritura afirmando que la compra se realizó con dinero perteneciente a la mujer, no puede menos de vincular a aquél con respecto a ésta mientras no se demuestre la simulación».

La sentencia 28 octubre 1965 destaca, en el apartado C de su primer Considerando, que el marido sólo podrá impugnar su propia confesión «en caso de simulación o falsedad», invocando la repetida sentencia de 2 febrero 1951; y en el apartado A de su tercer Considerando concluye estimando «obvio que en la doctrina legal sobre los actos propios no encaja la impugnación de lo que fue manifestado por el de cuius de la accionante, dada la limitada finalidad y efectos que aquella manifestación perseguía [el precio de presente era la menor parte] y que, aun no siendo así, por estimar el caso incluíble en una holgada apreciación del concepto, la razón de la impugnación, que no es otra que la falta de veracidad de lo declarado, reconocida explícitamente en la instancia, hace, por las razones expuestas en el Considerando primero de esta resolución, que el motivo no pueda alcanzar por sí solo el éxito a que aspira».

Como ha hecho notar muy ponderadamente Alfonso de Cossío—La sociedad de gananciales, t. 50-1 del Tratado práctico y crítico de Derecho civil del Instit. Nac. de Estudios Jurídicos—Madrid, 1963—, párrafo 62, págs. 54 y s.—, el carácter vinculante de la confesión del marido—o de la mujer—para éste y sus herederos «no significa en modo alguno que el marido o la mujer, o los herederos de uno y otro, no puedan impugnar la eficacia de dicha confesión, debiendo entonces, para que tal impugnación prospere, desvirtuarla mediante las pruebas adecuadas, que el Juez podrá valorar a su arbitrio en su conjunto, para obtener el convencimiento necesario y previo a toda resolución. Es decir, que en esta relación inter partes la confesión, por sí sola, y de conformidad con lo establecido en el citado artículo 1.239 del C. c. constituye una presunción de verdad en contra de su autor y de sus causahabientes, presunción iuris tantum, susceptible en todo caso de ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Pero esa prueba gravita sobre la persona del confesante que impugna su confesión».

IV.—LA CONFESIÓN NULA «JNTER VIVOS», POR CONTENER UNA DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES, ¿PUEDE CONVALIDARSE «MORTIS CAUSA»?

Antes de iniciar nuestros comentarios de esta cuestión queremos decir que la sentencia de 28 octubre 1965 nos fue entregada después de haber pasado por las manos de nuestro buen amigo Bartolomé Menchén, quien había escrito la siguiente glosa: «En el caso que nos ocupa no podemos dejar de pensar si no se ha contrariado la voluntad del testador, ley suprema de la sucesión. Ciertamente que una cosa es el testamento y otra muy distinta esa declaración formulada en una escritura de compra; pero hay que suponer que el causante tenía como cierto y seguro lo por él afirmado; que él instituyó unos herederos voluntarios, pensando que componían la herencia los bienes que él estimaba como suyos, no que éstos se aumentarían con nulidades de sus propios actos, de sus propias manifestaciones. ¿Jurisprudencia de conceptos? ¿Jurisprudencia de intereses? ¿Jurisprudencia del buen Juez, que busca ese difícil término medio entre la técnica jurídica y la equidad?»

Esta observación nos lleva una vez más a la Oratio de Severo y Antonino: «*has esse, eum quidem, qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse*» (cfr. en Dig., XXIV-1, 32, párrafo segundo). Duro y avaro es el heredero que quite a la viuda las cosas que el marido compró a nombre de ésta o que le donó (cfr. frag. cit., párrafo primero) sin haberse arrepentido en vida (confróntense párrafos tercero y cuarto, frag. cit.).

Precisamente, en el sexto motivo del recurso, el recurrente invoca nuestra interpretación del artículo 1.334 C. c. Esta puede confrontarse, no sólo en el dictamen que se cita en dicho motivo (Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por la mujer casada con metálico que confiesa ser parafernial, en «An. Der. Civ.», II-II, págs. 660 y ss.), sino en La donación «mortis causa» en el Código civil español, (en «Anales de la Ac. Matrit. del Notariado», vol. V, págs. 791 y ss.) y especialmente en Donación, condición y conversión jurídico-material, en («An. Der. Civ.», V-III, págs. 1.286 y ss.).

El tercer considerando, en su apartado I, argumento segundo, de la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, rechaza la posibilidad de que la donación entre cónyuges no revocada surta efecto a partir de la muerte de quien la hizo. Argumenta la sentencia:

1.º «Que el recurrente sostiene [dicha tesis], razonando a base de opinión de autores, que no cabe invocar como doctrina legal, según advierte el párrafo 10 del artículo 1.729 L. E. C.»

2.º «Que cualquiera que sea el valor sugestivo que pueda encerrar en teoría la tesis del recurrente, no puede ser admitida en este trance, por su deficiente apoyo en una redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de la nulidad total e insubsanable.»

3.º «Y porque tal tesis pugna abiertamente con lo establecido en el artículo 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcuso, que la eficacia de tales donaciones, requerirá inexcusablemente un acto de disposición mortis causa que no ha existido en el caso de autos.»

Hemos de confesar que esas tres razones de la sentencia, únicas con las que líquida la cuestión, nos dejan un poco perplejos.

En primer lugar, nos asombra y nos llena de sonrojo y confusión que la sentencia haya llegado a ocuparse de si nuestras pobres opiniones como autor pueden ser fuente del Derecho. Lo cual no creemos que el recurrente pretendiera sostener al citarnos; pues pensamos que eran nuestras razones, y no nuestro nombre como autor, las que constituyeron el apoyo del primer motivo aducido por el recurrente.

En segundo lugar, después de agradecer el honor que nos hace el Considerando al creer necesario advertir que como fuente del Derecho carecemos de autoridad personal—que evidentemente nos falta y que tampoco fue invocada por el recurrente—, debemos lamentar que no haya entrado en el examen critico a fondo de las razones que nosotros hemos expuesto en nuestros referidos trabajos, y que tambien haya olvidado la norma interpretativa de Celso (*Dig. I-III, 17*)—*Scire leges non est verbum earum tenere, sed vin ac potestatem*—, tan galanamente expresada en la Primera Partida (*tit. I, Ley 13*), al decir «que el saber de las Leyes no está solamente en aprender a decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas», palabras que precisó Gregorio López al glosarlas: «scientia consistit in medulla rationis. non incorritice scripturarum».

Nuestras razones no se apoyaban básicamente en la letra de la Ley, sino que si invocaban esta letra era para mostrar que no constituía obstáculo a la interpretación más justa. Y que ésta correspondía en la solución que, recogida de la célebre Oratio, habíamos recibido a través del Derecho romano clásico, postclásico, justiniano y común, de nuestras Partidas y de la doctrina castellana mas autorizada, y la que más de acuerdo se halla con el criterio de la Base 1.ª de la Ley de 11 mayo 1888, determinante de que la Codificación del Código civil se realizara «sin otro alcance ni propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras Leyes», tomando el Proyecto de 1951 como punto de partida y de trabajo, pero «sólo en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio».

Los «claros—según esta sentencia—términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de la nulidad total insubsanable», no son más claros, más rotundos ni más determinantes de la nulidad total insalvable que los términos de las correlativas leyes romanas y de las Partidas y de las glosas de los autores que las comentaron. Así, la misma Oratio expresó que *nihil actum est donatone, Marcelo dictaminó nihil valevit traditio* (*Dig., XXIV-I, 49*) y Diocleciano declaró rotundamente *el non valeret* (*Cod., V-XII, 18*) de las donaciones entre cónyuges. La Ley 4.ª, título XI de la cuarta Partida afirmó que non deven valer. Antonio Gómez (*Variae., II-IV, n. 23*) explica que *talis donatio sit ipso iure nulla, et ex ea nulla oriatur actio nec obligatio*, «ni siquiera natural», como precisaron Gregorio López (glosa a las citadas palabras non deve valer) y Palacios Ruvios (*Repetit. rubr. et. capit. «Per vestras», de donat. inter vir. et ux., párrafo 29, n. 1*). *Vir uxori aliquas res donavit constante matrimonio, donatio non valet*, explico Fernández de Retes (*hb. VII Opusculorum, cap. V*). «Toda donación entre cónyuges, cuyo efecto sea el de adquirir el donatario desde el matrimonio la propiedad de lo donado, es nula...», comenzaba el artículo 1.182 del Proyecto de Gorozabel.

Y, sin embargo, estos términos claros con que se expresaba esa nulidad ipso iure y total, cabía su convalidación mortis causa del donante, es decir extinguido el matrimonio, «*quas: testamenti confirmatum, quod donatum est*»

(Oratio, según Dig., XXIV-I, 32, párrafo primero), «fuera ende, si aquel que fiziesse tal donación, nunca la revocasse, nin la defiziesse en su vida» (*cuarta Partida* XI, 4.^o), «sed confirmatur, si donator prius decedat perseverans in eadem voluntatae» (*Retes*, loc. cit.); «... toda donación, para ser válida entre cónyuges, debe tener su efecto después de la muerte del donante» (art. 1186 del Proyecto de Gorozabel).

El momento del otorgamiento no era lo decisivo para su validez, sino el tiempo en que debieren producirse sus efectos. Eran ineficaces durante el matrimonio, como se comprueba en Dig., XXIV-I, 32, párrafo segundo y Cod., V-III, 4, y explica Palacios Ruvios (op. cit., párrafo 69, n. 2): «Quod procedit (la nulidad inter vivos y convalidación mortis causa) non solum in donatiónibus factis inter cónyuges constante matrimonio: sed etiam in factis ante matrimonium relatis tamen in tempus matrimonium.»

Con este criterio debió interpretarse la redacción neutra, sin comas, del artículo 1.259 del Proyecto de 1851: «Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula», ya que García Goyena lo glosó invocando las leyes romanas y la repetida de Partidas, sin hacer constar la introducción en su doctrina de novedad alguna. Por tanto, debía entenderse que se concretaba el tiempo de invalidez, y por ende su posible convalecencia, en una fórmula compendiosa.

Y con este mismo criterio—reforzado por la consigna dada en la Base 1.^a—es como debe interpretarse el artículo 1.334. Así, no creemos que nuestra interpretación sea atrevida, puesto que es más justa y equitativa (las razones de la Oratio siguen en pie), responde totalmente a la interpretación histórica (que conforme la repetida Base 1.^a debe estimarse como la de mayor peso específico), y literalmente es más correcta al explicar su texto sin caer en redundancia. El mismo Tribunal Supremo, en un obiter dictum de la sentencia de 7 junio 1960, lo entendió así, al decir que «sólo cuando ocurre el fallecimiento de uno de ellos es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación, pero no antes...».

Sólo es atrevida nuestra tesis frente al peso de una común opinión repetida de memoria sin contradicción durante casi sesenta años, pues como preguntamos hace años («Donación...», «An. D. C.», V-IV, pág. 1.325): «Si el sentido gramatical (la sintaxis no puede despreciarse) y lógico (no puede presumirse que el legislador haya sido redundante al decir 'donaciones entre cónyuges durante el matrimonio') concuerda con los antecedentes históricos, con el Derecho vigente al publicarse el Código civil y con el sentido común y moral, ¿por qué presumir que el legislador fue redundante, faltó a la sintaxis, modificó el Derecho a la sazón vigente y, además, impuso una disposición menos justa y equitativa?»

Entre los autores que han discutido nuestro criterio en cuanto al valor de la confesión del marido, vemos que, en cambio, han aceptado nuestra interpretación del artículo 1.334: Virgili Sorribes («Proyección de la presunción muciana en el Derecho común», en «An. Ac. Matr. del Not., X, pág. 318») y Manuel González Enriquez («La confesión extrajudicial y el artículo 1.407 del Código civil», en «An. Ac. Matr. del Not., XIII, págs. 500 y ss. »).

Lacruz Berdejo («Derecho de familia: El matrimonio y su economía»—Barcelona, 1963—, párrafo 25, pág. 233) ha opinado que: «La atrevida e ingeniosa tesis de Vallet es aceptable si mantenemos un criterio amplio en cuanto a la forma de la donación mortis causa. Pero aun entendiendo que ha de cumplir los mismos requisitos que los legados, todavía podría mantenerse dicha tesis

en pie si suscribimos la interpretación de Vallet al artículo 1.334-1.º, pues al considerar nula la donación únicamente constante el matrimonio, se afirma implícitamente su validez una vez disuelto éste, con tal que llene la forma de las liberalidades inter vivos. Discutible esta interpretación (el legislador español pudo muy bien inspirarse en el artículo 1.186 del Código sardo, citado por García Goyena), tendría, sin embargo, la ventaja de reducir los efectos de una norma escasamente justa, y en ese sentido sería ocasión de regocijo que fuera aceptada por la jurisprudencia.»

Así, independientemente de cuál fuera la correcta interpretación del artículo 620 C.c.—respecto de la cual tanto hemos insistido, convenciendo a bastantes autores, pero no a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo—, caería el tercer argumento del apartado del Considerando que examinamos.

E) DOTE.

SENTENCIA DE 10 DICIEMBRE 1965.—*¿Son aplicables a la dote prometida las prohibiciones del Derecho romano y de la Compilación catalana de convertir en estimada la dote inestimada y de restituir la dote durante el matrimonio? [Ver supra A), especialmente el séptimo motivo de casación y el penúltimo Considerando, en su segunda mitad].*

F) SOCIEDAD DE GANANCIALES.

a) Inmutabilidad del régimen económico matrimonial una vez contraído el matrimonio en el régimen del Código civil.

SENTENCIA DE 20 MAYO 1965.—*Convenio, en partición inter vivos, de considerar comunes todos los bienes de marido y mujer, cualquiera que fuere su procedencia.*

De esta sentencia nos ocuparemos después [II, I, a)], interesándonos únicamente aquí lo relativo al pacto contenido en una partición *inter vivos*, en la que se incluían bienes de los dos cónyuges que distribuyeron los bienes entre sus hijos, «considerando los bienes comunes sin distinción de origen».

A ese inciso pactado se refiere el tercer considerando, único que aquí transcribiremos, y que dice así:

CONSIDERANDO

«Que ese acuerdo o convenio entre los cónyuges de considerar como comunes todos los bienes, incluyendo los propios del marido y de la mujer, viene a ser la base de la partición y sobrepasa el contenido propio del acto puramente particional, y al estimar todos los bienes como comunes sin serlo, cuando se haya probado que la mayoría de tales bienes pertenecían al marido, presupone una mutación en el régimen de sociedad de gananciales a que ambos cónyuges estaban sometidos, cuando la plena comunidad de bienes no había sido estipulada previamente al matrimonio en capitulaciones matrimoniales, pues

cual expresa la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 1944, en nuestro Derecho civil común, después de la celebración del matrimonio, 'a falta de capitulaciones matrimoniales, es irrenunciable o inalterable el régimen patrimonial de la comunidad limitada o sociedad de gananciales', porque, en cierto modo, el régimen supletorio de gananciales se equipara a unas capitulaciones matrimoniales subsidiarias, y los bienes del marido y de la mujer no pueden tener otra calidad que la que la Ley les atribuye, quedando subsistentes durante el matrimonio a todos los efectos, salvo supuestos excepcionales que no se dan en el supuesto de autos, las notas de inalterabilidad e irrenunciabilidad cual se desprende de los artículos 1315, 1316, 1319 y 1320, en relación con el 1394 del Código civil, y en el mismo espíritu prohibitivo están inspirados otros preceptos del Código civil, que en la sentencia recurrida se citan, *ad exemplum*, pues, salvo casos específicos de excepción, nuestro Código civil, de manera constante, mantiene la prohibición de que los cónyuges, durante el matrimonio y después de celebrado, puedan cambiar el régimen patrimonial, transmitiendo, abierta o encubiertamente bienes un cónyuge a otro, o alterando la pertenencia de los bienes propios del marido o de la mujer.»

b) *Abono de «litis expensas».*

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Las «litis expensas» de la mujer en sus pleitos contra el marido deben serle abonadas por la sociedad de gananciales cuando ella carezca de bienes para pagarlas.*

La mujer, que se hallaba depositada, entabló demanda incidental contra su marido, reclamándole el abono de las *litis expensas* del pleito de separación ante el Tribunal Eclesiástico, del expediente de separación, del juicio de alimentos provisionales, para el propio incidente, de petición y para dos querellas. El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid condenó al marido al pago de determinadas cantidades por cada uno de los cuatro litigios primeramente mencionados. Sentencia que fué confirmada por la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El marido interpuso recurso de casación, alegando violación del artículo 1408 del Código civil y de la doctrina legal contenida en las sentencias de 4 de julio de 1896, 14 de octubre de 1905, 22 de enero de 1910, 13 de febrero de 1915, 27 de diciembre de 1918, 10 de diciembre de 1944, 8 de octubre de 1953, 26 de febrero de 1957 y 24 de enero de 1959, que viene reconociendo que la concesión de las *litis expensas* es preciso atemperarlas a las circunstancias personales de cada cónyuge. Recurso rechazado por el Tribunal Supremo.

CONSIDERANDO

«Que consignada en el artículo 1408 del Código civil como carga primera de la sociedad de gananciales las deudas y obligaciones contraídas, no sólo por el marido, sino también por la mujer en los casos en que pueda obligar legalmente a la sociedad, entre los que se encuentra el demandar o defenderse en los pleitos con su marido, en que puede serle necesario exigir que éste sufrague los gastos de su defensa cuando ella no dispone de bienes con que hacerlo, ya que, con arreglo a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, Ley de carácter general en toda España, no puede la mujer casada defenderse como pobre, aun cuando carezca de bienes, si los tiene su marido, y sería injusto que, por olvidarse de tales preceptos, se la colocase en la imposibilidad de ejercitar su derechos, siendo su estado legal semejante al del propietario que por embargo u otro motivo no dispone de sus propiedades y rentas.»

«Que si con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala—sentencia de 22 de enero 1910, 16 de junio de 1920, 18 de diciembre de 1944, 8 de marzo de 1949, 4 de enero de 1955, 21 de abril de 1956 y 24 de enero de 1959—el derecho de *litis expensas* esta sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales de Instancia, quienes deberán apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarle y graduarlo, como problema de hecho, debiendo ser respetadas en casación sus valoraciones, mientras no se combatan en forma adecuada para acusar un evidente error, es visto que, fundada la actual concesión de aquéllas en concretas afirmaciones de hecho, cuales son las de carecer de bienes propios la mujer, haber mediado diligencia de depósito de la misma, hallarse en tramitación el pleito sobre separación en la Curia Eclesiástica y un juicio sobre alimentos instado contra su marido por la actora, y tener ésta necesidad de abonar el importe de los derechos y gastos causados en los aludidos procedimientos, y en el presente incidente, al no ser combatidos en adecuada forma tales afirmaciones, base de la sentencia, que se limita a subsumir los hechos declarados probados que han quedado firmes en casación en el número 1.º del artículo 1.408 del Código civil y en la doctrina legal contenida en las propias sentencias citadas por la parte recurrente, no puede prosperar el motivo único del recurso.»

G) SOCIEDAD DE GANANCIALES, DISUELTA.

a) *Enajenación de bien ganancial por la viuda.*

SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1965.—*Inaplicación del artículo 1.444 después de disuelto el matrimonio.*

Se trataba de un pleito de reivindicación de un bien enajenado en documento privado por la viuda, ya en ese estado, y que se reputó como ganancial por el Tribunal de Instancia. Entre los motivos de casación fué alegada violación del artículo 1.444 del Código civil, invocación juzgada inoportuna por el Tribunal Supremo en el último considerando de la sentencia—único que aquí nos interesa—y que dice así:

CONSIDERANDO

«Que en el tercero de los motivos del recurso, y también por el cauce ordinario primero del artículo 1.692 L. E. C., se denuncia violación del 4 y del 1.444 del Código, al 'dar fuerza probatoria a un documento privado que trae causa de una enajenación de bienes gananciales efectuada por quien no podía hacerla', que, en realidad, se reduce a la impugnación del segundo de los dichos preceptos, porque el primero está condicionado en su posibili-

dad sancionadora de la nulidad que decreta, al solo supuesto de que el 1.444 hubiera sido, efectivamente, violado, a cuya prohibición de enajenar la mujer casada que en el mismo se establece, tiene una doble limitación, en primer lugar, que se trata de bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, y, en segundo término, que la enajenación se efectúe durante el matrimonio, mientras que en el caso del presente recurso, ni existía régimen de separación de bienes, pues resultó probado, y el mismo recurrente es el primero en reconocerlo, que los bienes de que aquí se trata eran gananciales, ni la venta se hace vigente el matrimonio, ya que también se declaró probado y, asimismo, lo admite el recurrente que la mujer que lleva a cabo la operación de venta se encontraba en estado de viuda, por lo que es incontestable que no puede decirse violado un precepto que nada tiene que ver con el supuesto contemplado, ni fué, por ello, tenido en cuenta por la sentencia recurrida, causas que hacen considerar su alegación como impropcedente e inadecuada, que obligan a la desestimación del motivo en que se contiene y con él la totalidad del recurso interpuesto.»

b) *Pérdida de la mitad de gananciales por el cónyuge de mala fe.*

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1965.—*¿Es aplicable a los bienes que no resulten privativos en el régimen balear-mallorquín? [ver supra, B)].*

COMENTARIO

Observemos que el Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca había reputado—conforme al artículo 3.º, § 3.º, de la *Compilación balear*—que era bien común una casa cuya pertenencia privativa de ninguno de los cónyuges no había resultado probada, y aplicando por analogía los artículos 72 y 1.417, § 2.º, del Código civil que, para caso de nulidad del matrimonio, determinan la pérdida de los gananciales por el cónyuge que de mala fe hubiese dado lugar a la misma, por lo cual condenó al actor a transmitir dicha casa a la demandada. La Audiencia de Palma declaró la casa privativa del marido; y el Tribunal Supremo revocó la sentencia de éste, y, en segunda sentencia, confirmó la de primera instancia.

¿Quiere esto decir que admitió como comunes y equivalentes a los gananciales; los bienes que no resulten privativos de cada cónyuge, a pesar de que el artículo 3.º, § 3.º, de la *Compilación balear* dice que les pertenecerán por mitad y pro indiviso? Y que, siguiendo este criterio, ¿estimo aplicables los artículos 72 y 1.417, § 2.º, del Código civil, de conformidad a la disposición adicional 2.ª de la *Compilación*?

Sinceramente creemos que no. Notemos que el penúltimo considerando de la sentencia del Tribunal Supremo hace notar que, en la sentencia, la apelada da como hecho probado que el marido carecía de toda clase de bienes, y concluye que «del conjunto de lo actuado se desprende que todos los bienes con los que contaba el matrimonio pertenecían a la mujer, y salvo la presunción legal antes expuesta, se llegaría a reputar la finca en cuestión como comprada con dinero de la esposa y, por tanto, bien privativo de ella». Y, por ello, creemos que el último considerando viene predeterminado por esa convicción y como medio más fáctible para llegar al mismo resultado justo.

DERECHO DE SUCESIONES

SUMARIO: A) TESTAMENTOS: a) *Capacidad del testador*, y b) *Requisito de la unidad de acto*; S. 8 abril 1965; *Comentario*. c) *Testigos. Nulidad del testamento por inhabilidad de un testigo*; S. 28 octubre 1965. d) *Interpretación*; 1) S. 23 junio 1965; 2) S. 15 junio 1965; 3) S. 18 diciembre 1965. B) LLAMAMIENTOS CONDICIONALES Y MODALES: a) *Condición*; 1) *Condiciones potestativas*; S. 18 diciembre 1945. b) *Modo*; 1) *Institución modal distinción entre modo y legado: modo y carga real*, S. 4 junio 1965; 2) *Legado modal: distinción entre condición, modo y causa*; S. 18 diciembre 1965; *Comentario*. C) SUSTITUCIONES: *Fideicomiso condicional: enajenación de bienes, antes de la fecha condicionante, pero condicionada a que ésta se cumpla, habiendo expresa prohibición de enajenar antes*; S. 15 junio 1965; *Comentario*. D) RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS POR ACTOS DEL CAUSANTE: a) *Herederos voluntarios*, 1) *¿Pueden impugnar los reconocimientos, simulados o falsos, que encubran donación entre cónyuges, efectuados por el de culus?*; S. 28 octubre 1965; 2) *No pueden impugnar las ventas que encubran donaciones remuneratorias otorgadas por el causante*; S. 16 octubre 1965; *Comentario*. E) COHEREDEROS: 1) *Cualquier coheredero puede exigir al cónyuge viudo que tome inventario*; S. 29 mayo 1965; 2) *Puede ejercitar acciones reivindicatorias en beneficio de la comunidad*; S. 10 noviembre 1965; 3) *No puede ejercitarlas exclusivamente en nombre y beneficio propio antes de la partición*; S. 25 junio 1965. F) LEGÍTIMAS: *Legítimas del cónyuge viudo*: 1) *Puede demandar como heredero forzoso la nulidad de enajenaciones que le perjudiquen*; S. 23 octubre 1965; 2) *No puede reclamar nulidad alguna, actuando como coheredero, pero sólo en su exclusivo beneficio antes de la partición*; S. 25 junio 1965. G) SUCESIÓN CONTRACTUAL: a) *¿Es o no revocable el heredamiento por mutuo acuerdo de los otorgantes?* y b) *¿Es aplicable el principio semel heres semper heres en los heredamientos?*; S. 10 diciembre 1965. *Comentario*. H) COLACIÓN: *Significado de la expresión «u otro título lucrativo» del artículo 1035 C. c. Distinción entre colación y otras instituciones tendientes a reconstruir el caudal partible con el importe de créditos a favor del mismo*; S. 3 junio 1965. I) PARTICIÓN: a) *Partición efectuada conjuntamente por el marido y la mujer*; S. 20 mayo 1965; *Comentario* b) *Forma de la partición. Valor de la efectuada privadamente y ratificada tácitamente por la toma de posesión de los bienes adjudicados*; S. 4 diciembre 1965. c) *Operaciones de la partición. Adjudicación para pago de deudas*; S. 30 octubre 1965. d) *Ineficacia total o parcial o subsanación de la partición*: 1) *No puede pedir la nulidad en su exclusivo beneficio el cónyuge viudo de un coheredero fallecido, estando indivisa la herencia de dicho coheredero*; S. 25 junio 1965; 2) *Nulidad total y no simple anulabilidad de la practicada conjuntamente inter vivos por ambos cónyuges*; S. 20 mayo 1965; *Comentarios*: 3) *Nulidad de la partición efectuada por contador partidor por haber incluido bienes que no eran del causante a su fallecimiento*; S. 29 mayo 1965; 4) *Anulabilidad de la partición efectuada, apoyándose en un auto de declaración de herederos «ab intestato» por aparición de un testamento ológrafo*; S. 25 noviembre 1965; 5) *Rescisión de partición realizada por contador partidor por lesión de más de la cuarta parte*; *Comentario*; S. 7 diciembre 1965; 6) *Complemento de la partición por la adición de bien omitido*; S. 22 noviembre 1965.

DERECHO DE SUCESIONES

A) TESTAMENTOS.

- a) *Capacidad del testador: Valor del juicio del Notario acerca de la misma. ¿Es necesario que los testigos, y no sólo el Notario, entiendan al testador? Legitimación del Notario autorizante para sostener su validez.*

- b) *Ámbito del requisito de la unidad de acto en el testamento común abierto.*

SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1965.

Los presuntos herederos *ab intestato* de la testadora demandaron al Notario autorizante y a los herederos instituidos la nulidad civil del testamento y de una compraventa autorizada en la misma fecha, la declaración de su derecho como heredero *ab intestato* y la indemnización de daños y perjuicios que se les hubiera causado una vez valorados en ejecución de sentencia.

El Juez de Primera Instancia de Mula dictó sentencia, estimando en parte la demanda, declarando nulos civilmente el testamento y la compraventa, ordenando la cancelación de las inscripciones que hubieran podido producir la apertura de la sucesión legal a favor de los demandados y absolviendo a los demandados del resto de la demanda. La Audiencia Territorial de Albacete confirmó la sentencia del Juzgado.

El Notario autorizante del testamento y de la compraventa interpuso recurso de casación, de cuyos motivos nos interesan los tres primeros, que son los que se refieren al testamento, y que a continuación transcribimos:

«Primero.—Fundado en el número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., por incidir el fallo recurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción, por violación de los artículos 1.217 y 1.218 del Código civil y de los artículos 1.º, 2.º y 143 del Reglamento del Notariado, que determinan el alcance de la fe pública notarial en relación con determinados extremos del testamento anulado por la sentencia recurrida, que considera que no constituyen prueba plena, que sólo puede ser destruida, declarando la falsedad del testamento, todo aquello que el Notario ha visto, oído o percibido directamente con sus sentidos, y por infringir, por aplicación indebida, la doctrina legal sentada por esta Sala en sus sentencias de 22 de enero de 1913, 14 de abril de 1925 y 16 de febrero de 1945, conforme a la cual el juicio de capacidad del testador, afirmando en el testamento constituye una presunción *juris tantum*, que sólo puede ser destruida por prueba en contrario; alega que hay que hacer notar que el cauce utilizado en este motivo de casación está autorizado para denunciar los errores sufridos en la calle en orden a la valoración probatoria, cuando puesto el Juez frente al material de conocimiento que el proceso le brinda, incurre en el vicio *in iudicando*, al no dar a un elemento de prueba la eficacia que tiene en derecho, con olvido de la valoración que respecto a la misma establece expresamente la Ley. A este respecto, hay que decir que este vicio se contiene siempre que, dejándose llevar el Juez por el sistema de la prueba libre que normalmente rige en nuestro Derecho, desconoce *ab initio*, que, por mandato de la Ley, debe darse a ciertos medios de prueba una determinada relevancia y no colocarles en orden de paridad con otras pruebas a las que el legislador concede menos trascendencia o una valoración más discrecional que el presente motivo de casación se articula, porque el Tribunal de Instancia, no sólo ha colocado en línea de paridad al documento notarial con un medio de prueba que suscitan tantos recelos como la prueba de testigos, sino que lo ha degradado, colocándolo, en cuanto a su eficacia, por debajo del testimonio que han prestado en el pleito los testigos instrumentales, y a pesar de que las declaraciones de éstos, única prueba directa practicada en el pleito, tampoco supuso el mantenimiento de una verdad abiertamente con-

traría al contenido del instrumento público, sino una matización distinta de la forma como se prestó por la testadora su consentimiento, cuya existencia tampoco niegan los testigos instrumentales; al proceder en la forma indicada, el Tribunal de Instancia no sólo violó la doctrina legal sentada de forma general por esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 26 febrero, 11 de marzo y 12 de julio de 1902, sino que violó de forma especial los preceptos invocados que establecen el valor de prueba plana que se produce, sobre todo que el Notario ve, oye y percibe por sus sentidos; este valor de prueba plena tiene el documento notarial, no es una creación caprichosa del legislador, sino producto de una larga evolución jurídica, que arranca del origen judicial de los documentos notariales en los que las partes provocaban un juicio convenido para colocar ciertas situaciones de hecho al amparo de la verdad indiscutible de la cosa juzgada, parificándose las actuaciones de los Jueces notariales con las sentencias judiciales mediante la facilidad que produjo el procedimiento medieval al ser éste sustanciado en períodos autónomos; de esa forma se ha llegado a la concepción actual del documento notarial como constitutivo de prueba plana, como lo establece el artículo 1.218 del Código civil, a tenor del cual los documentos públicos hacen prueba contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento, debiendo entenderse esto como un hecho complejo constitutivo de la serie de hechos simples que constituyen el documento notarial; por otra parte, la norma de remisión del artículo 1.217 del Código civil incorpora al tratamiento sustantivo del documento notarial los preceptos de esta legislación especial, y a este respecto hay que señalar el contenido de los artículos 1.º, 2.º y 143 del Reglamento de 2 de junio de 1944 por vía de ejemplo se puede señalar cómo el viejo artículo 1.317 del Código civil italiano establecía a este respecto que 'el documento público hace plena fe de la convención y de los hechos realizados a presencia del Notariado', y el artículo 2.700 del nuevo Código civil dice igualmente que 'el documento público hace prueba plena, salvo querella de falsedad, de la procedencia del documento del oficial público que lo ha firmado y también de lo que las partes han declarado y de los otros hechos que el oficial público atestigua haber concurrido en su presencia o haber realizado'; el documento es un objeto material y un valor con grado de eficacia, fijado en relación a una escala de valores, y este grado de valor se contiene en la Ley mediante la recepción de los valores jurídicos que han ido depositando y decantando la tradición jurídico-histórica. Las exigencias de la justicia y del tráfico jurídico exigen que el hecho pasado se haga presente, y éste es el punto en el que descansa la prueba en juicio: el Juez, para hacer justicia, tiene que adivinar el pasado; pero el Notario, actuando en forma más fácil y eficaz, recoge el hecho presente para que valga en el futuro. De aquí dimana el valor de prueba plena que tiene los hechos que el Notario, funcionario que actúa, no se olvide, *cun causae cognitiene*, ve y percibe, de esta forma a la adecuación del hecho con su narración documental se le llama verdad. Una protección especial privilegiada, de esta narración documental se le llama fe pública, y merced a ella, el hecho recogido por el Notario tiene el carácter de verdad plena, a no ser que se declare la falsedad del documento. La doctrina participa unánimemente de este punto de vista. El testamento hace prueba plena o de presunción *iure et de iure*, hasta que no se invalide por la declaración de falsedad, de todo aquello que la fe del Notario elevaba a la categoría de verdad indiscutible, por haberlo percibido directamente por los sentidos. Y en este sentido quedan cubiertas como verdades que hacen prueba plena las afirmaciones realizadas por el Notario en el testamento en orden a los extremos siguientes: a) la testadora

prestó externamente su consentimiento. Frente a esta verdad indiscutible que proclama el Notario bajo su fe, la sentencia recurrida, ni puede afirmar lo contrario de que la testadora no prestó su consentimiento, bien por entender como probado que la testadora..., lejos de observarse por la testadora la actitud inequívoca y consciente que la Ley exige el ordenar su voluntad final... o la causante, en un estado de prostración que le impidió incluso firmar y sin dar muestra alguna de la conducta ostensible y activa que los artículos 699 y 695 requieren, se limitó a efectuar.. un sonido gutural indefinido que ni puede interpretarse como manera de exteriorizar una última voluntad, ni como asentimiento a la lectura efectuada.., y si la actitud puramente pasiva, al otorgarse el testamento... que el sonido gutural proferido por la testadora ante la lectura final de su disposición fuese expresiva de su conformidad' (considerandos sexto y séptimo de la sentencia de Primera Instancia; b) 'que las pruebas practicadas especialmente de las declaraciones de los testigos instrumentales y de las médicas apreciadas en su conjunto con las demás que obran en autos, se desprende de un modo que no deja lugar a dudas, que la testadora no pronunció palabra, ni para declarar al Notario y testigos su voluntad, sino ni siquiera para manifestar su conformidad después de la lectura, aunque tanto los testigos como el Notario creyeron entonces de buena fe que cierto signo ambiguo que prefirió, podían interpretarlo como aquiescencia o afirmación, y así lo hicieron constar, si bien la declaración de que 'aquella (la testadora) manifiesta que está totalmente conforme con su voluntad', está muy lejos de conformarse con la realidad de lo sucedido, que es lo que se acaba de indicar, y es evidente que el sonido gutural mencionado carece de las condiciones de explicación y claridad anteriormente señaladas como indispensables en estos casos' (considerando quinto de la sentencia del Juzgado), b) que tampoco la sentencia recurrida puede afirmar en contra de lo que expresa el testamento, que 'estando, asimismo, comprobado que ni aquella pudo decir que no podía firmar ni encomendar hacerlo a ninguno de los presentes', por consiguiente, es a todas luces evidente, que la Sala de instancia violó las reglas relativas a la buena prueba que producen los documentos notariales en cuanto el Notario recoge cuanto discurre en su presencia, y aplicó indebidamente la doctrina legal señalada en este motivo de casación que sólo es procedente invocar, tratándose de cuestiones relativas a las probanzas de capacidad, querer interno, etc., sobre los cuales el documento notarial sólo produce presunción de *iuris tantum* y no de *iure et de iure*, con violación de las normas relativas a la valoración de la prueba que se invocan en el inicio de este motivo.

Segundo.—Fundado en el número 1º del artículo 1.692 L. E. C., por infringir el fallo recurrido, por interpretación errónea, los artículos 669, 694 695 y 699 del Código civil, y por violación, los artículos 193 y 196 del Reglamento del Notariado, y por violar igualmente la doctrina legal sentada por esta Sala en sus sentencias de 5 de junio de 1894, 1 de febrero de 1907, 28 de junio 1894, 18 de junio de 1896, 28 de junio de 1909, 29 de diciembre de 1927, 27 de diciembre de 1930, 12 de mayo de 1945, 18 de febrero de 1947 y 3 febrero de 1951, a tenor de los cuales la unidad de acta se refiere precisamente al momento del otorgamiento del testamento, el cual comprende tan sólo desde que reunido el testador, Notario y testigos, se procede a la lectura en voz alta a la declaración y ratificación del testador a la firma del testamento; qua la sentencia recurrida admite expresamente, en su séptimo considerando, que 'a sólo el Notario con la enferma pudo muy bien y así

debió suceder de haber llegado éste a la creencia de haber comprendido su última voluntad, que redactó seguidamente de buena fe, siendo presumible que en aquellos momentos poseyera la enferma alguna mayor lucidez, e incluso posiblemente la facultad de pronunciar algunas palabras, aunque sólo fueran los monosílabos 'sí' y 'no', a pesar de lo cual establece, en el considerando quinto, que el testamento es radicalmente nulo por falta de forma sustancial, por entender que la expresión de la voluntad del testador al Notario para que redacte el testamento debe hacerse a presencia de los testigos, por estar comprendido en el concepto de unidad de acto; por otra parte, el fallo recurrido establece igualmente que considera nula la disposición testamentaria, porque no es bastante que la testadora diera su conformidad al testamento en el caso de que lo hubiera hecho, sino que, además, en relación con su firma tuvo expresamente que manifestar que no podía firmar y designar el testigo que debía hacerlo por ella en aquel acto. Esta afirmación de facto de la sentencia recurrida ha sido impugnada expresamente en el anterior motivo; mas se estime o no, se denuncia a través de este motivo de casación al vicio *in iudicando*, cometido por la Sala de instancia, al interpretar equivocadamente el párrafo 2.º del artículo 695 del Código civil que los tres vicios *in iudicando* que se denuncian en este motivo de casación relativos al alcance del consentimiento en los testamentos, de la presencia de los testigos instrumentales y de los requisitos de la firma cuando el testador no lo hace, firmando un testigo instrumental por él, tiene su origen en el concepto equivocado que tiene la sentencia recurrida, de lo que tradicionalmente se viene llamando unidad de acto en los documentos públicos, que ya en Derecho romano se exigía y que aclaró Ulpiano en el Digesto, haciéndose referencia al *uno contextu actor testari oportet*. La doctrina no creyó muy útil su conservación, y los autores pidieron insistentemente su cancelación. Esto no obstante, al publicarse el Código civil se mantiene este secular requisito, diciendo, al artículo 699, que todas las formalidades del testamento han de ser practicadas en un solo acto. Con este artículo del Código a la vista, la doctrina discutió ampliamente si la unidad del acto debía abarcar todo el proceso formativo del testamento, que es la tesis que sustenta la sentencia recurrida, o sólo la fase final de lectura, aprobación y firma; que en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, prevaleció esta última tesis. La doctrina entendió que así como los viejos actos formales del Derecho romano lograban su autonomía por medio del mecanismo técnico de la unidad de acto, en los instrumentos notariales modernos la unidad de acto se ha transformado en la unidad de contexto. Este criterio ha sido confirmado de modo terminante por una copiosa jurisprudencia, que se inicia a fines del pasado siglo (S. 18 junio 1896) y se continúa posteriormente hasta nuestros días en las sentencias de 1 de febrero de 1907, 29 de diciembre de 1927, 27 de diciembre de 1930 y 18 de febrero de 1947; que, por otra parte, también yerra la sentencia recurrida al determinar lo que queda cubierto por el consentimiento prestado y olvida que el momento cumbre de una escritura es el llamado por la legislación notarial, otorgamiento o autorización; de esta forma, la unidad de acto es objetiva y concreta en una unidad de texto consentido que implica una unidad de consentimiento. El consentimiento cubre el texto del documento notarial sin lagunas, palabra a palabra. En este breve tiempo, en el que quedan enteradas las partes y deciden sobre el contenido, el consentimiento se proyecta sobre toda la extensión del documento. El consentimiento es simultáneo, unitario, global, indivisible, y aunque el documento fuese muy ex-

tenso o tuviese partes muy diversas. Se puede hablar de un momento inicial y otro terminal en la solemnidad y en la lectura del documento. Pero nunca de un momento inicial y otro terminal del consentimiento. El consentimiento en las escrituras públicas es siempre final y cubre integralmente el documento sin lagunas desde su principio, y al no entenderlo así, la sentencia recurrida cometió la infracción que se denuncia; del concepto erróneo que la Sala de instancia tiene sobre la unidad del acto y sobre los defectos del consentimiento en los instrumentos públicos, desembocan también los otros dos errores interpretativos que se denuncian en este motivo: en el primero, el relativo a la interpretación de los artículos invocados en este motivo, a través de los cuales entiende que la unidad de acto del testamento empieza en el momento en que el testador expresa inicialmente su voluntad al Notario autorizante, por lo que la sentencia recurrida considera que en este momento debieron estar ya presentes los testigos instrumentales, bajo pena de nulidad del acto; pero esta interpretación del artículo 695 es errónea, y ya la vieja doctrina era contraria a esta práctica, citando a Manresa y las sentencias de esta Sala de 1 febrero 1907, 18 abril 1916, 16 noviembre 1916, 25 marzo 1940 y 12 mayo 1945, que la misma raíz tiene el error que comete la sentencia recurrida cuando afirma que es preciso que en el acto de la firma el testador manifieste que no puede firmar y que designe el testigo instrumental que ha de hacerlo por él, con lo cual parece como que supedita la eficacia de un acto solemne al empleo preciso de ciertas palabras o fórmulas sacramentales retrotrayendo el derecho a sus formas más privativas y elementales; por su parte, el recurrente considera que es bastante que el testador haya hecho manifestación al expresar su voluntad al Notario cumpliendo las formalidades legales cuando éste redacte el testamento siguiendo estas inscripciones acepte el encargo y firme por el testador, y en este sentido, la sentencia de 1 febrero 1907 enseña que no es válido el testamento en el que aunque no se contiene la manifestación de que el testador no puede firmar, se hace constar que a ruego del testador firma un testigo a su nombre, porque esta manifestación lleva implícita la de que no puede firmar, y en este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 11 febrero 1929, debiendo añadir que no es aplicable la sentencia que se invoca en la sentencia recurrida sobre este punto concreto de 16 febrero 1956.

Tercero.—Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., por incidir el fallo recurrido en aplicación indebida del número 2.º del artículo 663 C. c. y de la doctrina sentada por esta Sala en sus sentencias de 25 octubre 1928, 24 marzo 1944 y 16 febrero 1945, alega que es sabido que la estimación que hace el Notario es un instrumento público sobre la capacidad del otorgante no tiene la fuerza de prueba plena de que gozan las circunstancias externas del documento de que el Notario da fe por haberlas percibido directamente con su sentido, porque el Notario puede dar fe de que externamente se ha prestado un consentimiento por el testador, pero no puede saber con la misma evidencia si la voluntad declarada corresponde a la voluntad real, o si el consentimiento, por muy claras y expresas que sean las palabras empleadas, se encuentra viciado por una falta de sanidad mental; por ser una falsa representación del acto o por cualquiera de los vicios que anulan el consentimiento; por eso, el Notario, por lo que respecta la capacidad, emite sólo un juicio, pero no afirma un hecho al que dota plenamente de la fe pública de que está investido. De aquí que la doctrina legal de esta Sala haya establecido que la capacidad del testador no constituye prueba plena, sino una pre-

sunción *ius tantum*, que coloca al testador en situación privilegiada y que sólo puede destruirse por una cumplida y convincente prueba en contrario (Ss. 24 marzo 1944 y 16 febrero 1945), entre otras, así como la de 25 octubre 1958; que si se examina la sentencia recurrida se podrá comprobar que en parte alguna de la sentencia de Segunda Instancia existe una mención expresa al hecho de que la testadora, en el momento de testar (Ss. de 10 abril 1944 y 25 abril 1959), no se encontraba en el sano juicio de sus facultades mentales, y no constando esta clara afirmación de hecho no puede procederse a la aplicación del párrafo segundo del artículo 663 C. c., por la circunstancia de que al final del sexto Considerando se diga: «es consecuente afirmar la carencia de capacidad de la testadora», porque para que se aplique este artículo haría falta que la sentencia estableciera como premisa *de facto* que la testadora, en el momento de realizar el testamento, estaba privada de su cabal juicio o de sus facultades mentales; que no puede suplir esa declaración el que en la sentencia se diga que la testadora se encontraba postrada en el lecho, imposibilitada, que su enfermedad afectaba al cerebro, sin determinar en qué grado, y si la enfermedad producía o no a la testadora la pérdida de la consciencia de los actos; el tener setenta y nueve años de edad, que observara una actitud puramente pasiva al otorgar el instrumento o que sufriera anomalías psíquicas que produce toda enfermedad apoplética; de la clara formulación del número 2.º del artículo 663 se deduce que éste solamente puede entrar en juego cuando se declara como hecho probado en la sentencia que el testador, en el momento de otorgarse el testamento, no se encontraba en su cabal juicio, no gozaba de sus facultades mentales, había perdido la conciencia de sus actos u otro cualquier hecho que supusiera la existencia de una enfermedad mental que la incapacitase para poder prestar consentimiento, no pudiendo estimar como suficiente la expresión a secas de que «carece de capacidad la testadora», ya que tal afirmación es totalmente inexpresiva y más bien es una conclusión jurídica que una afirmación *de facto* sobre el estado de la causante, que, en cualquier caso, no permite sobre ella cimentar la nulidad o inexistencia de un testamento porque su invalidación requiere siempre la expresión manifiesta de hechos explícitos y concluyentes que justifiquen la declaración de ineficacia del documento público.»

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu, desestimó el recurso, sentando con relación a la nulidad del testamento, los siguientes cuatro primeros Considerandos:

«Que la parte recurrida en el acto de la vista del recurso alegó que el recurrente carecía de legitimación procesal para sostenerlo al haber sido absuelto por la sentencia impugnada de la condena de indemnización de daños y perjuicios que en la demanda se le reclamaban; petición que debe ser rechazada con sólo tener en cuenta que fue parte en el juicio como demandado o interpelado precisamente por quien ahora le niega la legitimación; aparte de que, discutiéndose precisamente en el procedimiento su actuación profesional, su interés en el resultado no puede ser discutido»

«Que el primer motivo del recurso, por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 L. E. C., denuncia la comisión de error de derecho en la apreciación de la prueba por la sentencia recurrida, violando los artículos 1.217 y 1.218 C. c. y los 12 y 143 del Reglamento del Notariado y de la doctrina contenida en las sentencias de este Tribunal que cita, por entender, en esen-

cia, que las manifestaciones del Notario autorizante de un testamento en cuanto a la capacidad del testador y de cuanto expresa que la ha visto y oído, hacen prueba plena salvo falsedad, y sólo puede ser destruido por otra fehaciente en contrario, de donde se deduce que el no concurrir esta acreditación perfecta, subsisten las manifestaciones de que da fe el Notario; y, habida cuenta que lo que se discute precisamente en el litigio es la validez y eficacia del testamento mismo y la interpretación de la voluntad de la testadora, expresada en sonidos inarticulados e ininteligibles para los testigos, e incluso del juicio del fedatario sobre la capacidad de la otorgante, que no acredita una realidad conforme al Código civil, sino simplemente una opinión, por muy sensata que ella sea. es evidente que el propio instrumento atacado, sin perder en un ápice su importancia y consideración legal, no puede servir para desvirtuar en casación la apreciación que del conjunto de la prueba deducen las sentencias de instancia.»

«Que, sentada la anterior doctrina, quedan subsistentes las declaraciones contenidas tanto en la sentencia de Primera Instancia como en la de Segunda, que aceptan plenamente las consideraciones de aquélla, o sea que la testadora no pronunció palabra alguna, y únicamente sonidos guturales inarticulados, que pudieron interpretarse tanto de conformidad como de lo contrario; que el Notario no intervino más que en la redacción y lectura del testamento, sin ninguna actuación o conversación previa con la otorgante, y que los testigos instrumentales, si bien en un principio interpretaron aquellos sonidos en el sentido de aquiescencia a lo que se leía, entienden que no lo fue, en realidad, deduciendo de todo ello y del estado de salud de la otorgante—edad, enfermedad apoplética, anomalías psíquicas, actitud pasiva, etc.—que carecía de la capacidad necesaria para testar, lo que desvirtúa el juicio u opinión contrario sostenida por el Notario; y habida cuenta, tanto las formalidades como las solemnidades que nuestra Ley sustantiva civil exige en el otorgamiento para la validez de los testamentos, es evidente que, ante tales premisas fácticas, la resolución impugnada ha aplicado rectamente e interpretado acertadamente los preceptos cuya infracción se denuncia en los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, que deben ser desestimados; máxime habida cuenta que, conforme el artículo 695 C. c., no sólo el Notario, sino también los testigos, deben conocer la expresión de la voluntad del testador, los que manifiestan no entendieron en el caso de autos.»

«Que no se oponen a lo sentado anteriormente ciertas manifestaciones contenidas en la sentencia de instancia y que hacen relación a que el Notario pudo hablar con la testadora con anterioridad al otorgamiento del testamento, etc., etc., puesto que claramente se deduce que tales expresiones tienden únicamente a dejar siempre a salvo y a proclamar la indudable buena fe y recta intención con que en todo fue patente actuó el recurrente y a poner de relieve la posibilidad de confusión originada por la deficiente expresión de la testadora moribunda.»

COMENTARIO

Observemos, ante todo, que los Resultandos de esta sentencia tal vez no reflejen suficientemente toda la prueba. Y, aun hecha esta posible salvedad, preferimos no comentar la sentencia y limitarnos a formular unas preguntas.

a) *Notario y testigos afirmaron que la testadora prestó su conformidad a la lectura del testamento; pero luego los testigos, en la prueba judicial, de-*

clararon que la testadora sólo emitió un sonido gutural indefinido que entonces, como el Notario, habían tomado como manifestación de aquiescencia, de la cual, al declarar en autos, dudaron. Esto nos hace interrogar:

¿Pueden unos hechos constatados en el instrumento ceder ante el conjunto de la prueba, centrada en declaraciones ulteriores de los propios testigos y en presunciones derivadas de declaraciones médicas (no todas concordantes, como puede comprobarse en los Resultandos), sin declararse la falsedad del propio instrumento?

Es que la persona que previamente haya expresado al Notario autorizante su voluntad, o se la hubiera entregado escrita, si después, en el momento de la lectura, oye aún, pero ya no puede hablar ni firmar, ¿no tiene medio de expresar su conformidad por gestos o señales?

¿Es que lo apreciado de visu et auditu en el otorgamiento y consignado indeleblemente en el instrumento, puede ser destruido, por lo que se recuerde después, en el Juzgado, y por las dudas creadas cuando la memoria tiene que actuar en un interrogatorio más o menos turbador?

¿Es que lo dicho después por los testigos instrumentales, cuando no son mas que prueba testifical, puede destruir lo que afirmaron en el acto solemne del otorgamiento de la escritura? ¿Ocurre lo mismo con el Notario, de modo que su fe notarial in actu pudiera valer menos que su recuerdo como testigo? ¿No se prestaría eso a que con hábiles presiones psicológicas, o con otros medios aún más deshonestos, se destruyera toda la seguridad jurídica que la institución debe crear?

b) *El segundo Considerando de la sentencia del Tribunal Supremo dice que el Notario no tuvo conversación previa con la otorgante y, en cambio, el siguiente Considerando de la misma alude a que ciertas manifestaciones contenidas en la sentencia de instancia hacen relación a que el Notario pudo hablar con la testadora con anterioridad al otorgamiento del testamento. Por otra parte, como interpretación del artículo 695 C. c., el segundo Considerando dice que no sólo el Notario, sino también los testigos deben conocer la expresión de la voluntad del testador. Ello vuelve a sumirnos en confusión, porque:*

Si todos dijeron que la testadora consintió la lectura, ¿cómo pudieron no cometer falsedad si no fue así, sino que no la entendieron?

Y si entendieron que consentía después de la lectura, ¿es que el requisito de la unidad de acto y presencia de los testigos no se ciñe a la lectura, consentimiento y firma, como la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo había declarado, y, por tanto, hay un total cambio del criterio en la sentencia que comentamos?

c) *En cuanto al juicio de capacidad del testador y a su referencia al momento de ser otorgado el testamento, ¿el criterio del segundo Considerando de la sentencia del propio Tribunal Supremo del día anterior—7 abril (véase en los números 448-449 de esta REVISTA, págs. 1.264 y s.)—al de la fecha de la que ahora comentamos y el criterio de ésta, son o no son fácilmente compatibles al no haberse declarado la falsedad del testamento que esta última contempla? Si el Notario—como se repite hasta la saciedad por las sentencias del Juzgado, de la Audiencia y del Tribunal Supremo—actuó con absoluta buena fe, ¿cómo el Juez, a distancia del tiempo y por la prueba testifical de lo recordado por los testigos, pudo juzgar de aquel momento anterior con mejor certeza que el propio Notario, que estuvo presente y en funciones con los mismos testigos en el momento preciso?*

c) *Testigos.*

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—*Nulidad del testamento por inhabilidad de un testigo.*

HECHOS

En el último testamento del causante actuó como testigo instrumental un yerno de la heredera instituida, esposa del testador, testigo que estaba casado con una hija habida por la instituida en un anterior matrimonio.

El propio testador había otorgado con anterioridad otro testamento en el cual había ordenado el legado de una casa en usufructo a favor de una hermana suya y en nuda propiedad a favor de doce sobrinos.

Una de las sobrinas favorecidas con el legado solicitó la nulidad del último testamento, la consiguiente vigencia del anterior y la entrega de su legado de la finca en el estado de libertad de cargas en que estaba a la muerte del testador.

El Juez de Primera Instancia número 5 de Madrid desestimó en todas sus partes la demanda, absolviendo a la demandada. Y la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la sentencia de Primera Instancia, estimando la demanda deducida por la recurrente.

Interpuesto recurso de casación por la demandada, fue rechazado en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Diego de la Cruz, de la que interesa para nuestro tema el segundo considerando:

«Que el motivo tercero del recurso que, al amparo del apartado primero del artículo 1.692 L. E. C., acusa los artículos 682 y 687 C. c., a más la violación del principio espiritualista que informa este Cuerpo legal, y de las sentencias que cita no puede ser estimado porque, ante el indiscutible hecho de ser uno de los tres testigos instrumentales del testamento cuya nulidad se interesó en el proceso, hijo político de la en él instituida heredera, es indeclinable, en estricto acatamiento a lo imperativamente ordenado en el artículo 687 del Código civil al acceder a la declaración de nulidad pretendida, ya que por estar supeditada la validez de los testamentos al exacto cumplimiento de las "solemnidades o formalidades" que para cada uno exige el Código sustantivo—Ss. de 12 julio 1903, 10 julio 1935 y 9 octubre 1962—, la intervención como testigo instrumental de quien le está prohibido intervenir—art. 682—por su parentesco en primer grado de afinidad con la instituida heredera, constituye patente inobservancia de formalidad, que es causa de la nulidad del testamento que en ella incurre; habiendo llegado la constante y uniforme doctrina jurisprudencial, exigente del cumplimiento exacto de las formalidades esenciales, a declarar que, ni siquiera en el caso de que racionalmente no pudiera dudarse de que lo consignado en el testamento sea fiel expresión de su voluntad, valdria como tal testamento el que no se hubiese otorgado en alguna de las formas y con todos los requisitos esenciales que en cada caso han de concurrir—S. de 1 diciembre 1927—, cuya doctrina en nada es afectada por las sentencias que la recurrente cita, sino, por el contrario, reiterada la expuesta, pues solo se refieren a la competencia de los Tribunales para valorar los hechos, a fin de enjuiciar acerca de si las solemnidades han sido o no cumplidas, pero en modo alguno si—como en el caso acontece—

cuando no exista este problema haya posibilidad de conceptuar válido testamento en que no han tenido pleno y cabal cumplimiento las solemnidades o formalidades impuestas por la Ley.»

d) *Interpretación de los testamentos.*

1. SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1965.—*Interpretación lógica y sistemática: No puede interpretarse el testamento apoyándose en la literalidad de frases aisladas del conjunto. Valoración de la finalidad perseguida por el testador. Presunciones judiciales apoyadas en hechos reflejados en el testamento. Prevalencia de la interpretación del Juez frente a la particular del recurrente. Significación de la expresión «lugar acasarrado» en Galicia.*

HECHOS

En un pleito, en el cual se debatían diversas cuestiones de las cuales nos interesa únicamente la relativa a la interpretación del testamento de don J. P. P., el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, rechazó los motivos relativos a esta cuestión con los siguientes considerandos:

«Que en los motivos tercero, quinto y sexto la recurrente ataca la sentencia, alegando que ésta, al estimar comprendidos en el legado de los labrados y montes que integran el lugar llamado Da Cancela, la casa y huertas de dicho lugar, comete las siguientes infracciones: a) Error de hecho en la apreciación de la prueba, que se denuncia por la vía del número 7.º del artículo 1.696 L. E. C., y se pretende evidenciar con la invocación del testamento en que se habla sólo de labradío y montes del lugar Da Cancela, y con una extensión total de cincuenta ferrados, que equivalen aproximadamente a unas dos hectáreas y media—motivo tercero—. b) Interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial interpretativa de artículo 1.253 C. c., pues, en opinión de la recurrente, el testamento del señor P. P., menciona sólo labrados y montes y constriñe la extensión de ellos a cincuenta ferrados, y aunque se estima que el deseo del testador era mantener indiviso dicho lugar durante dos generaciones, de ello no puede deducirse que el legado comprendía también la casa y las huertas—motivo quinto—, y c) Interpretación errónea del art. 675 del mismo Cuerpo legal, que se entiende cometida, dándole a aquel testamento una interpretación y alcance que no tiene, pues el sentido literal y claro de su cláusula cuarta, en sentir de dicha recurrente, indica que la institución en favor de la demandante se contrae exclusivamente a ventiséis fincas de labradío y monte, cuya extensión limita concretamente el testador a cincuenta ferrados, y, en cambio, el fallo le otorga mucho más, pues en la partición de bienes impugnada, se le designan ciento cuarenta ferrados, que equivalen a unas siete hectáreas aproximadamente.»

«Que con referencia al motivo tercero, en el cual se pretende evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba, con la invocación del testamento otorgado por don J. P. P. el 6 de junio de 1926, es de advertir que, si bien dicho testamento constituye un documento auténtico en el sentido de que, por sí solo, y sin necesidad de integrarlo con otras diligencias, hace prue-

ba del hecho que lo motiva y de su fecha, sin embargo, no contiene una afirmación concreta y rotunda, contraria a las proclamadas por la Sala sentenciadora, sino que para llegar a la conclusión que propugna la recurrente hay que hacer una exégesis de sus cláusulas, aislando las frases que hablan de labrados y montes y que refieren la extensión del legado a cincuenta ferrados—el ferrado de superficie equivale aproximadamente a cuatro y media áreas o cinco y media, según el Municipio, e incluso según el pueblo—y prescindiendo de las palabras que aluden a "la integridad del lugar llamado de Villaverde, o, por otro nombre, Da Cancela", y ello no sirve, por tanto, para evidenciar ese supuesto error de apreciación que se imputa a la sentencia, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, es decir, que en este motivo la recurrente, por vía no adecuada, impugna la interpretación que a ese testamento dio el juzgador y muestra su disconformidad con ella, o ataca la presunción que dicho juzgador obtiene de ciertos hechos que se estiman reflejados en el aludido testamento.»

«Que en el quinto motivo se combate por cauce adecuado la presunción establecida por la Sala sentenciadora, que, partiendo de determinados hechos que se admiten como ciertos—el cariño del testador al conjunto de bienes que constituyen el lugar acasado de Villaverde o Da Cancela, y el deseo de mantenerlo indiviso durante dos generaciones—, llega a la presunción de que el legado sobre las fincas de labrado y a monte, alcanza también a edificaciones y a huertas, y que comprenden, en vez de los cincuenta ferrados que concreta el testamento, los ciento cuarenta ferrados que se asignaron a la demandante en la participación, lo cual constituye, a juicio de la recurrente, una conclusión contraria a toda lógica.»

«Que esta Sala tiene establecido con reiteración que es de la competencia de los Tribunales de Instancia la determinación de si el enlace entre el hecho demostrado y el deducido es directo y preciso, y que cuando declaran que existe y hay lógica y armónica conexión entre los fundamentos y las deducciones no incumbe al Tribunal de casación rectificar o alterar el juicio formado por el de instancia, porque es vario el criterio humano, y no se halla sujeto a reglas fijas y predeterminadas—S. de 27 noviembre 1925—, pues no vale oponer a los hechos establecidos por el juzgador el criterio particular de una de las partes, cuando es racional la admisión de aquéllos, incluso "aun cuando quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud"—S. de 12 de febrero 1960.»

«Que en el caso de autos, partiendo de aquellos hechos admitidos por las partes contendientes, que aparecen reflejados en el testamento del causante, no resulta ilógica la presunción que deduce el juzgador de que lo legado a la actora fue el conjunto de todas las fincas que formaban el lugar acasado Da Cancela, incluidas la casa y "dependencias" y huertas, aunque todas ellas sumadas arrojen más de los cincuenta ferrados, que parece indicar la cláusula, en la que comienza por disponerse que "su ahijada Amparo... sucederá en la integridad del lugar".»

«Que, por lo que respecta al sexto y último motivo del recurso, conviene tener presente que, aunque la jurisprudencia ha admitido que, en ciertos supuestos, pueda atacarse la interpretación que a las cláusulas de un testamento haya dado la Sala de instancia, sin embargo, para que ese ataque pueda prosperar se exige que se demuestre, de manera concluyente, que aquella es arbitraria o absurda, y que los términos empleados por el testador son claros y no dejan lugar a dudas sobre cuál haya sido su intención; pero en el caso de autos, si nos atenemos a las diversas cláusulas que integran el

testamento y hacemos su exégesis en conjunto, se llega a la conclusión de que el testador, al legar a la demandante "la integridad del lugar" y manifestar repetidamente que deseaba que dicho lugar se mantuviera sin dividir durante dos generaciones, quiso significar que "el lugar" que habita, cultiva y disfruta—él en que vive—y tal como él lo viene explotando, es el que lega a su sobrina doña A. V. R., en su integridad»

«Que en Galicia se denomina "lugar casarado" o simplemente "lugar"—vocablo que se deriva de la voz latina "locatio", porque, generalmente, se cede en arrendamiento su uso y disfrute al colono o aparcerero que se le llama "casero"—al conjunto de bienes formado por la casa-vivienda, las cuadras para los ganados, los cobertizos o alpendes para aperos y mieses, la era para trillar, el patio o corral, el hórreo para entorajar el maíz, las fincas a huerta, labradío, regadío o prados, pastos, montes altos y bajos, es decir, una totalidad de bienes que forman una unidad mínima de explotación—no solamente de cultivo que permite a la familia que lo trabaja, vivir casi en régimen de economía cerrada, obteniendo con esos bienes y ganados la mayor parte de lo que necesita, o sea productos hortícolas y cereales, ganados de leche, cría y carne, abonos orgánicos, semillas, "esquilinos" para lechos de sus ganados y leña y maderas para combustible y aperos y reparaciones; es decir, un conjunto de bienes, análogo a la "masía" catalana o al "caserío norteño".»

«Que, por tanto, la sentencia recurrida, al interpretar de ese modo el testamento de don J. P. P., realiza una interpretación lógica y sistemática, a la vez que objetivo, que tiene que prevalecer sobre la interesada y particular que propugna el recurrente.»

2. SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1965.—*Interpretación de cláusula que autoriza para disponer libremente de la herencia al llegar a cierta edad [cfr. infra II-C].*
3. SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Es función del Tribunal sentenciar fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, y su interpretación sólo puede ser combatida con éxito cuando se patentiza de modo manifiesto el error cometido. Interpretación lógica y humana de la intención de la testadora.*

De esta sentencia nos ocuparemos especialmente después (II-B, b). Ahora sólo nos interesa, por referirse a la interpretación del testamento, y aparte del inciso final del último Considerando—que allí transcribiremos—, el primero:

«Que para el examen de las diversas cuestiones planteadas en el recurso, es oportuno, ante todo, tener en cuenta: A) Que, conforme establece la sentencia de 3 febrero 1961, si bien es función del juzgador de instancia fijar el verdadero alcance de la cláusula testamentaria, también corresponde su significado al Tribunal de casación cuando se combate el sentido dado por la Sala a la intención del testador, lo que puede llevarse a cabo por la vía del número 7.º o del 1.º del artículo 1.692 L. E. C., según se haya cometido evidente error en la apreciación de los hechos que sirven de base material a esa interpretación, o con ella se infrinjan las normas establecidas por el Código civil, regulando la de los actos de última voluntad. B) Que, por su parte, la sentencia de 11 junio 1964; puntualiza que es función del Tribunal sen-

tenciador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, y esa interpretación sólo puede ser combatida con éxito, en casación, cuando se patentiza, de modo manifiesto, el error cometido en la sentencia, debiendo prevalecer el criterio del Tribunal *a quo*, frente al del recurrente, si no aparece haber sido contrariada, de modo evidente, la voluntad del testador, por lo que, conforme a copiosa doctrina jurisprudencial, ha de resultar un muy manifiesto error interpretativo, para que, tratándose de cláusulas testamentarias, pueda ser combatido con éxito en casación. C) Que es consecuencia de todo lo anterior que si el recurso sólo articula los motivos de que consta, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., habrá de partirse del más absoluto respeto a los hechos admitidos por las partes o declarados por el Tribunal de Instancia, y la cuestión, netamente jurídica, se reducirá a determinar si éste incurrió o no en transgresión de lo dispuesto en el artículo 675 C. c., entendiéndose que ese "tenor" del testamento, a que alude, se refiere al conjunto de disposiciones, útiles para aclarar el sentido de las cláusulas dudosas, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar su última voluntad.»

COMENTARIO

Estas sentencias confirman la doctrina que el Tribunal Supremo viene reiterando en esta materia. Confróntese al respecto nuestro comentario a las siete sentencias relativas a interpretación de testamentos en el número 443-449 de esta REVISTA, año XLI (septiembre-octubre 1965), págs. 1.266 y ss.

Aquí haremos sólo hincapié en que la sentencia de 18 diciembre 1965 interpreta que el «tenor» del testamento a que alude el artículo 675 C. c. «se refiere al conjunto de disposiciones útiles para aclarar el sentido de las cláusulas dudosas, atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar la última voluntad». Y que esas «circunstancias que tuvo en cuenta el testador», en ese caso, eran extrínsecas al testamento, ya que se referían a la hipótesis, que se da por sobreentendida, de volver la testadora a vivir a Francia, donde vivía su nieta, la legataria, como previa para que entrase en juego la condición que hubiese podido dar lugar a la reducción a la mitad del legado dispuesto a favor de ésta. Y esta presuposición la basa el juzgador en las circunstancias y antecedentes de la testadora, puestas en relación con el sentido atribuible a su disposición [cfr. infra, II, I, B, b].

B) LLAMAMIENTOS CONDICIONALES Y MODALES.

a) Condición.

SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Condición potestativa cuyo cumplimiento sólo es posible en vida del causante, ¿ha de estimarse como imposible por no puesta?*

b) Modo.

1. SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1965.—*Institución modal. Distinción entre el modo y el legado. Concepto de carga real y su diferenciación de las obligaciones personales con sujeto determinado ob rem y con su cumplimiento*

garantizado con retracto familiar. Prescripción de estas cargas testamentarias e inaplicabilidad de la presunción del artículo 38 L. H., no tratándose de derechos reales.

HECHOS

El causante, en la cláusula undécima de su testamento, dispuso: «Instituyo por mis únicos y universales herederos.. a mi hermana doña I. P. B..., que llevará una tercera parte de los bienes; otra igual porción la dividirán por iguales partes mis sobrinos don F., don M., doña P., doña F. y doña V. P. R., y la otra tercera parte restante de todos mis bienes la dividirán igualmente a partes iguales doña A. y doña V. R. P.»; que en la disposición o apartado duodécimo de su dicho testamento, don F. P. B. ordenó una carga perpetua, de la que resulta beneficiada la diócesis o mitra de Orense, por consistir en una misa diaria, que habría de aplicarse en un oratorio privado situado en Orense, cuya disposición en lo esencial decía: "Aquél o aquéllos a quienes se adjudique la casa número 5 de la Plaza Mayor de esta ciudad, en la que actualmente habito y en la cual se halla el oratorio dedicado a la Purísima Concepción, habrá de adjudicarse también éste y sus alhajas, que conservará con el oratorio con el decoro y decencia al santo fin a que está destinado, y tendrá obligación de aplicar una misa todos los días del año por el correspondiente estipendio y por la intención del testador, con un responso de *Recordis* al final por el ánima del mismo y de sus obligaciones.. Si se vendiese dicha casa pública y privadamente, lo que no podrá ser sin la expresada obligación, está sujeta en todo tiempo a ser retraída por los instituidos herederos y sus sucesores, y entre dos o más, el que primero lo solicitare, en cuyo caso, éste o éstos tendrán siempre la ineludible obligación de cumplir con lo que dejo mandado, quedando en otro caso sujetos a las consecuencias de la falta de puntual ejecución".»

Los contadores-partidores testamentarios, al dividir la herencia del causante, adjudicaron la indicada casa de la Plaza Mayor de Orense a los sobrinos de éste, F. M. P. V. y F. P. R., con la carga expresada en la cláusula duodécima del testamento que se transcribió en la inscripción correspondiente a la adjudicación de dicha finca. Esta fue posteriormente objeto de varias transmisiones y algunas segregaciones, agrupándose después la parte principal con otra finca y construyéndose sobre el solar así formado la actual casa número 5 de la Plaza Mayor, en cuya inscripción consta explícitamente que la parte procedente de la finca 4748 está afecta al gravamen dispuesto en la transcrita cláusula testamentaria.

No cumpliéndose desde hacia tiempo dicha carga, después de haber intentado sin fruto una avenencia, el obispo demandó a la propietaria de la nueva casa 5 de dicha plaza reclamando el cumplimiento de la totalidad de la carga por tratarse de la parte principal de la finca. La demandada se opuso a la demanda, afirmando que la cláusula que dispuso la carga no impuso ni creó ninguna relación de sujeción o efecto entre ésta y los bienes en ella referidos, ni recorta, ni limita, ni comprime en manera alguna las facultades del dominio con respecto a alguna de las personas llamadas a la cosa en beneficio de otra del mismo grupo, sino que creó para el adjudicatario de la casa, alhajas y oratorio una obligación puramente personal, sin afectar a su cumplimiento masa alguna de bienes, rentas o productos de concretas cosas de la misma; sin crear ningún beneficio eclesiástico y sólo un retracto fami-

liar a favor del sucesor que aceptara sustituir al incumplidor, que no ha sido utilizado por ninguno, por lo cual el dominio se ha convertido en definitivamente irrevocable, y que así han ido sucediéndose más de treinta años de posesión pública como libre de gravamen de la finca de referencia, que ha sufrido transformaciones, segregaciones y ampliaciones tan importantes, que su identidad ha desaparecido.

El Juez de Primera Instancia de Orense desestimó la demanda y la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la del Juzgado. Y el obispo de Orense interpuso recurso de casación por infracción de la Ley, sosteniendo que el testador vinculó la casa al cumplimiento de la obligación piadosa, puesto que la impuso *propter rem*, sancionada con un retracto y estableciendo que la venta de la finca no se podría realizar sin la expresada obligación, carga o gravamen, que debía registrarse, dada la fecha de sucesión, por las normas de las Partidas, y concluyó el primer motivo del recurso razonando que no puede aceptarse la tesis de ésta, contraria a la vinculación de la expresada finca, y aun la calificación jurídica que de la cláusula testamentaria realiza, encuadrando la institución en el área del «modo», por entender, con invocación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 797 C. c., que el cumplimiento de la obligación de aplicar una misa diaria, es, precisamente, la causa de institución de heredero; antes al contrario—sigue diciendo la sentencia «a quo»—, parece más bien un ruego que no produce acciones para exigir la protección jurídica en caso de incumplimiento, pues el tránsito de la finca a personas distintas de los herederos ha de considerarse como amenaza de un rescate por parte de los herederos, pero no como un deber impuesto al adquirente de la finca en beneficio de tercero; que el modo es, en términos generales, el fin que mueve a un testador a hacer una manda, como cuando lega para que se dé o haga alguna cosa; que la Ley XXI del Título IX de la Partida 6.ª decía que se puede hacer una manda con condición, la cual se anuncia con la palabra «sí», y aquel a quien se haya hecho la recibirá cuando ésta se cumpla; y añade que las manda con causa, que se anuncian con la palabra «quia», y son las que se hacen diciendo el testador la razón que tenga para hacerlas, las cuales valdrán aunque la causa no sea verdadera, y las mandas de modo, que se anuncian con la palabra latina «ut» y son las que se hacen señalando el testador el fin que se propone al hacerlas, como si dijese que mandaba a fulana mil maravedís para que se case con tal hombre, valdrán; que el modo es un encargo que se añade a una liberalidad, puntualizando los fines cuya realización se encarga al instituido; que el artículo 797 C. c., en su párrafo 1.º contrapone el modo a la condición, pero no el modo a la carga; y define el modo como la expresión del objeto de la institución o legado; que frente a lo que afirma la sentencia recurrida, el testador don F. P. B. no instituyó herederos para decir una misa diaria por su alma; ni tampoco ordenó un legado encargando a sus herederos el cumplimiento de aquella finalidad; dispuso, por el contrario, que los adjudicatarios de la antigua casa de la Plaza Mayor número 5 de la ciudad de Orense vendrían obligados, por razón de la posesión de la misma, a mandar aplicar una misa diaria y un responso de «Recorderis» por su alma; y esto no es un modo, ni puede configurarse como tal, sino, por el contrario, representa un ejemplo clásico de creación de una carga piadosa transmisble «erga omnes», que supone una limitación del derecho de dominio; la Sala «a quo», al no entenderlo así, interpreta con error el alcance del párrafo 1.º del artículo 797 C. c., a más de hacer del mismo una aplicación indebida.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don V. Juvencio Escribano Ruipérez con los siguientes considerandos:

«Que la institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado.»

«Que aunque en nuestro Ordenamiento jurídico positivo no aparece claramente definido el concepto de "carga real", sabe sin embargo admitir la existencia de tal figura jurídica diferenciada de las denominadas "cargas personales", pues ambas se encuentran previstas en los artículos 788 y 797 C. c. en cuanto que en el primero de ellos se dice que si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele, y en el segundo se regula su imposición por el testador diferenciándola de la condición.»

«Que el artículo 1.720 L.E.C. preceptúa que en el escrito formalizando el recurso de casación se citará con claridad y precisión la ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido, y que cuando fueren dos o más los fundamentos o motivos del recurso se expresará en párrafos separados y numerados, siendo inadmisibles los recursos que no se atemperen a tales prescripciones por imperio de lo dispuesto en el artículo 1.729 de dicha Ley, teniendo declarado con reiteración esta Sala que la aplicación indebida e interpretación errónea de un determinado precepto no pueden ser invocadas conjuntamente en un mismo motivo—Ss. 4 febrero 1963, 3 diciembre del mismo año y 3 y 24 enero, 20 febrero y 5 marzo 1964—, y dado que en el primero de los articulados en el recurso, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva se acusa de modo conjunto y no diferenciado la interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 797 C.c., es obvio que su planteamiento no se ajusta al formalismo exigido por el Ordenamiento legal, en cuya vía extraordinaria de la casación, incurriendo en la sanción prevenida en el número 4.º del artículo 1.729, que en este trámite deviene causa de desestimación; y como, además, se ofrece que el fallo impugnado analiza e interpreta la cláusula doce del testamento calificando de personal la obligación impuesta a los herederos de mandar aplicar una misa todos los días del año por el correspondiente estipendio y por la intención del testador, calificación que se combate en el referido primer motivo del recurso por entender que no se trata de una carga real, al acaecer como acaece que en la mencionada disposición testamentaria no se contiene elemento alguno que revele la intención de sujetar bienes concretos y determinados al cumplimiento de dicha obligación, y si solamente que la misma pesará sobre el heredero o herederos a quienes se adjudique la casa en que está el Oratorio, o bien sobre la persona que adquiera su dominio, sin otra sanción para el caso de incumplimiento que la de atribuir a cualquiera de los demás herederos el derecho a retraer dicha casa, es evidente que la calificación dada por el Tribunal «a quo» fue correcta, toda vez que no se impuso carga alguna sobre el inmueble ni quedó sujeto éste al cumplimiento de la obligación ordenada por el testador a sus herederos, quien se limitó a establecer una carga personal gravando con ella al heredero o herederos a quienes se adjudicase la casa número 5 de la Plaza

Mayor, en la que existía el oratorio, mandando también que no podría venderse dicho inmueble sin la mencionada obligación, todo lo cual fue transcrito en el cuaderno particional que al tener acceso en el Registro de la Propiedad dio lugar a que en la inscripción de tal finca se reflejase la referida clausula testamentaria comprensiva de la institución modal implicativa de una carga de naturaleza personal.»

(El 4.º Considerando se refiere al «onus probandi» regulado por el artículo 1.214 C.c.)

«Que en el segundo de los motivos, por la vía del número 1º del artículo 1.692 de la L. E. C., se acusa la aplicación indebida de los artículos 1.930, 1.932, 1.961, 1.963, 1.964 y 1.969 C.c., así como la violación del párrafo primero del artículo 38 L.H., que el derecho a la exigencia de la celebración de una misa diaria es un bien impregnado de una naturaleza esencialmente religiosa y eclesíastica no susceptible de prescribir; que por ser una carga real genera en el titular de la cosa una obligación *in faciendo*; que el derecho de la mitra a exigir el cumplimiento de tal carga no se ha extinguido porque teniendo a su favor la posesión *secundum tabulas* sólo mediante la prueba real de la fecha en que se hubiera dejado de cumplir la obligación podría admitirse el examen de la cuestión, y que en cualquier caso goza de la presunción posesoria establecida en el artículo 38 L.H.; pero sobre ello es de señalar que la prescripción está encaminada principalmente a dar firmeza y certidumbre a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolle la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia, que hay que subordinar como mal menor al que resultaría de una inestabilidad indefinida—Ss. 2 marzo 1912, 25 marzo 1915 y 19 noviembre 1941—; que la naturaleza espiritual del fin perseguido por el testador al mandar sufragios por su intención, generador de deberes morales por parte de las personas obligadas a su cumplimiento, no impide que la obligación jurídica pueda extinguirse por prescripción, a tenor del artículo 1.930 C.c., que la establece por los derechos y las acciones de cualquier clase que sean; que la presunción legal de abandono derivada del hecho del transcurso de un tiempo determinado sin reclamar un derecho da lugar a la extinción de la acción para reclamarlo y alcanza a toda clase de derechos y acciones—Ss. 10 noviembre 1920 y 25 junio 1924—; que la negligencia en el ejercicio de los derechos es cuestión de hecho a los efectos de la casación; que la presunción establecida por el artículo 38 L.H. se refiere a los derechos reales inscritos, naturaleza, que no obstante la obligación objeto de la *litis*, según quedó razonado anteriormente; que los derechos reales de garantía también son susceptibles de prescripción, incluso la acción hipotecaria—art. 1.964 C.c.—, y finalmente, que la sentencia impugnada asevera, sin que ello se haya combatido por la vía adecuada, que la acción ejercitada ha prescrito, todo lo cual conduce a la desestimación del motivo examinado»

«Que según reiterada jurisprudencia, el recurso de casación se da contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra sus considerandos, a no ser que éstos constituyan premisa obligada del fallo, y como quiera que éste tiene su fundamento en la naturaleza personal de la obligación o carga cuyo cumplimiento se reclama y en haber prescrito la acción para exigir su efectividad, al quedar como quedan imbatidos tales fundamentos, básicos y suficientes para la sustentación del fallo, deviene intrascendente el acierto o el error en que la Sala haya podido incurrir al apreciar la prueba relativa a las mutaciones físicas sufridas por la finca, objeto de censura en

el cuarto motivo por la vía del número 7.º del artículo 1.692, así como lo acusado en el quinto motivo al amparo del número 1.º del mismo artículo sobre violación de los artículos 1.º L.H. y 51 de su Reglamento, los cuales deben ser desestimados.»

2. *Legado modal.*

SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Distinción de la condición y el modo, y entre legado modal y legado causal.*

'HECHOS

La causante había legado varios bienes a su nieta—única hija de un hijo premuerto de la testadora—e instituido única y universal heredera a su hija; también dispuso, en el mismo testamento, que de los bienes legados a aquella, el de la finca referida en el apartado a), sita en Angers, se reduciría a la mitad, acreciendo la otra mitad a la heredera universal en el caso de que la legataria no sirviera a la testadora en todas las necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad y conviviera con ella sirviéndola personalmente. La causante falleció en S'Arracó (Mallorca) conviviendo con la heredera. Demandada ésta por la legataria, reclamándole la entrega total de los bienes a ella legados, la heredera se opuso alegando que la mitad de la referida casa le había acrecido porque la nieta vivía en Francia cuando falleció la testadora.

Estimada la demanda por el Juzgado número 2 de Palma de Mallorca y confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, interpuso la demandada recurso de casación invocando aplicación indebida de los artículos 797 y 798 C. c. y de la doctrina legal contenida en las sentencias de 2 enero 1928 y 30 octubre 1944, aplicación indebida del artículo 767 y violación del 675 C. c. y de la doctrina legal que lo interpreta, y aplicación indebida del artículo 795 e inaplicación del 796 C. c.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González—y de lo que nos hemos referido antes (II, A, c, 3) al primer considerando, relativo a la interpretación de los testamentos según la norma del artículo 675—, y en la cual, en los segundo y siguientes razonó:

«Que, en el caso de autos, los antecedentes de hecho, fijados en la instancia y no combatidos en el recurso, enmarcan una realidad que no puede ser desconocida al momento de juzgar sobre el acierto o el error que ha presidido el estudio del problema jurídico abordado por el Tribunal de instancia, destacando entre ellos la residencia de la testadora en Sarracó, después de haber vivido en Francia, y su propósito de retornar al país vecino, puesto de relieve por la propia parte recurrente; la circunstancia de residir en Nantes su nieta, hoy actora en este pleito, el otorgamiento del último testamento de la abuela, hecho en 1 de agosto de 1958, y en el que tras de dejar a su nieta, como pago de los derechos legítimos que pudieran corresponderle, diversos bienes y, entre ellos, una casa que poseía en Angers (Francia), consignó la cláusula cuya interpretación es la médula del pleito, estableciendo que el legado, en cuanto a la casa referida, «se reducirá a la

mitad indivisa, acreciendo la otra mitad a la heredera universal en el caso de que la legataria no sirva a la testadora en todas sus necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad, y conviviendo con ella, sirviéndola personalmente"; la llegada a S'Arracó, el 28 de agosto de 1958, de la nieta, sin haber tenido conocimiento alguno del testamento otorgado y, por tanto, de la cláusula transcrita y, en fin, el fallecimiento de la testadora, ocurrido el 8 de septiembre del mismo año, sobre tales antecedentes, la sentencia recurrida, resaltando ante todo la coincidencia de los litigantes en que la cláusula eventualmente limitativa del legado, entraña una "condición", razón, no obstante, sobre la hipótesis de que así fuere o de que, por el contrario, implique una institución "modal", pero en ambos supuestos llega a la conclusión de que la ignorancia de la cláusula por la legataria, con anterioridad al fallecimiento de la testadora y la absoluta imposibilidad de cumplir, después del óbito, lo que en aquella se consignaba, pese a todo lo cual la obligación aneja a la disposición aparece cumplida parcialmente, durante aquel verano, en que su llegada a Mallorca coincidió con la enfermedad y subsiguiente fallecimiento de la testadora, bien se aplicara a esa resultancia fáctica, lo dispuesto en el artículo 795 o en los 797 y 798 C.c., el legado debía producir efecto en su totalidad, lo que motivaba la procedencia de la demanda, en que se exigía su entrega y la desestimación de la reconvencción, en que se postulaba que aquel se considerase reducido a la mitad; y como la interpretación de la Sala ha de prevalecer, salvo que los motivos que integran el recurso demuestren el manifiesto error padecido por la misma, el examen del presente recurso ha de ceñirse a estudiar si tales motivos demuestran o no el error enunciado.»

«Que tal estudio arroja el resultado siguiente: A) En el primer motivo se combate, con extensa argumentación doctrinal, la aseveración de la Sala sobre la base de la existencia del legado con carácter modal; ciertamente, en el terreno científico, la diferencia entre la "condición" y el "modo", aplicada al derecho sucesorio, es clara, pues el evento de que depende constituye la "condición", vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o cargo para el sucesor potencial o actual, al paso que, en el "modo", no hay obstáculo ninguno para que el heredero o legatario entren en posesión de los bienes que les corresponden y de los que adquieren el dominio, aunque deban cumplir el fin, destino o cargo que impuso el testador, sin otra previa obligación que la de afianzar el cumplimiento de lo ordenado o, en otro caso, la devolución de lo percibido; en el terreno legal la distinción puede no resultar tan clara, pues, en definitiva, el artículo 797 C.c. hace a la voluntad del testador árbitro del carácter "condicional" o "modal" de la institución, inclinándose por esto último, si aquella no aparece clara, pero hay expresión del objeto, aplicación o carga en que la modalidad consiste; de todas formas, no hay inconveniente en admitir la tesis del recurrente, puesto que el "modo" implica siempre una actividad del sucesor a realizar después de la muerte del causante y, en el caso del pleito, la actividad que se impone, en razón de su propia índole, habría de desarrollarse en el lapso de tiempo comprendido entre la fecha del testamento y la del óbito de quien lo otorga; ello no obstante, no se puede estimar que la Sala incurrió en error, capaz de hacer viable el motivo por sí solo, a efectos de casación de la sentencia impugnada, puesto que el Tribunal de instancia razona sólo hipotéticamente y empieza por reconocer que las partes están acordes en que se trata de una condición, y a este aspecto de lo discutido sobre tal base dedica los principales argumen-

tos que fundamentan el fallo. B) En el motivo segundo se trata de demostrar que la cláusula discutida no es condicional ni modal, sino simplemente "causal", aunque la expresión de causa no se refiere a hechos "pretéritos", sino "futuros": la testadora remunera unos servicios para el caso de que lleguen a serle prestados; éste aspecto de la cuestión, no tratado en el período expositivo del juicio, y por ende, no recogido, en su razonamiento por la sentencia de instancia, por lo que, en realidad, constituye, en casación, una cuestión nueva, o al menos, en relación con la planteada, una estimación o faceta de la misma, no traídos al campo del debate con la oportunidad debida, implica una interpretación, además de tardía, personal y artificiosa de la cláusula discutida, pues aparte de que la remuneración de servicios no prestados, sino futuros y solo para el caso de que lleguen a realizarse, es difícil de valorar como algo distinto de la condición, la propia estructura del testamento descubre la inconsistencia de lo argumentado, pues si la intención de la testadora hubiera sido la que el recurrente le atribuye, lo lógico y natural es que hubiera empezado por disponer el legado de la mitad de la finca, extendiéndola después a la totalidad para el caso de serle prestados los servicios que esperaba recibir, mostrando así su ánimo remuneratorio, y no como hizo en realidad, instituyendo el legado en su totalidad para, a seguido, rebajarles la mitad indivisa para el caso de que aquellos servicios o atenciones no le fueran dispensados por su nieta, patentizando así no un propósito razonador sino sancionador, lo que resalta más la necesidad de atender a la conducta de la beneficiada en orden a su relación con la otorgante del testamento, que es lo que, con acierto, orienta para razonar el fallo, a la Sala sentenciadora. C) En el tercer motivo del curso, se trata de hacer valer el argumento de que, aun en la hipótesis de tratarse de un legado condicional, la condición impuesta no sería potestativa, sino mixta y de aplicación; por tanto, no el artículo 795, en que la Sala se apoya para poner de relieve la trascendencia de la imposibilidad de cumplimiento de la condición, una vez muerta la testadora, sino el artículo 796, que llevaría a conclusión distinta, pero el argumento, por todo lo dicho, no puede lograr más fortuna que los anteriores, ya que, si la intención de la testadora fue prevenir un posible mal comportamiento por parte de la beneficiada con el legado, el evento contemplado no pudo ponerse a prueba, siendo preciso reconocer que la cláusula en cuestión resultaría un tanto extraña, de no arrojar luz sobre ella, lo manifestado por la propia parte recurrente, en el escrito de contestación a la demanda y subsiguiente reconvención de que la testadora proyectaba volver a residir en Francia, lo que aclara el significado cauteloso de la excepción que estableció, a renglón seguido de hacer la institución; pero en el caso que, otorgando al testamento, la causante no cambió de residencia y fue, por el contrario, su nieta la que, sin conocimiento siquiera de la cláusula y de su limitación, hizo el viaje a donde aquélla se encontraba, atendiéndola en la enfermedad que determinó su óbito, ocurrido menos de cuarenta días después del otorgamiento de su última voluntad; estos hechos, imbatidos en el recurso, demuestran que la Sala sentenciadora, lejos de incurrir en el manifiesto error que la prosperabilidad del recurso requeriría, hizo una interpretación lógica, humana, acertada y, por ende, legalmente admisible de la intención de la testadora, conforme a lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil.»

COMENTARIO

a las sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965.

El concepto que del modo ofrecen los autores de Derecho común es ciertamente amplio y de linderos fluidos. Bartolo (In Secundam Infortiatem Part. I, lib. XXXV, De condicionibus et demonstrationibus, Ley XL, § Termilius, número 1), a quien literalmente sigue Antonio Gómez (Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii, lib. I, cap. XII, núm. 70) definió: Modus est moderatio quaedam, dispositione adiecta, eum qui honoratur, aggravans in tempus dispositionis perfectae. El jesuita Luis de Molina (De Iustitia et Iure, tract. II, disp. CCVIII, núm. 1) dijo que: Modus est veluti lex quaedam, seu gravamen aut moderamen dispositioni in futurum appositum minime eam suspendens. De ambas definiciones podemos deducir que se trata de una disposición accesoria de otra principal perfecta, que supone un gravamen futuro para el beneficiado por ésta y que no la suspende.

La dogmática moderna ha pretendido hacer del modo una categoría específica y diferenciada de toda otra categoría, para lo cual no ha podido ponerse de acuerdo (cfr. Ramón López Vilas, Sobre la distinción entre legado e instituciones modales hechas en testamento, en «An. Der. Civ.», XIX-III, julio-septiembre 1966, págs. 581 y sigs.), o la ha considerado como una institución jurídica con función indirecta para suplir o eludir los tipos legales (José Castán Tobeñas, El modo en los actos jurídicos. Función del modo en la técnica del Derecho civil, en «Rev. Der. Priv.», t. V, 1918, págs. 92 y sigs.).

El Derecho positivo es escaso respecto al modo. Castán Tobeñas (loc. cit., página 102) ha dicho que: «La Ley regula defectuosamente los efectos del modus y no prevé una porción de cuestiones. Sólo el sistema—lo que el Código español llama los principios generales de Derecho—puede suplir éstos y otros silencios de la Ley, porque sólo el sistema puede llenar las inmensas e inevitables lagunas de todo Ordenamiento jurídico»

En la doctrina y la jurisprudencia abundan las contradicciones. Así se ha dicho, por una parte, que la condición suspende, pero no obliga, y que el modo obliga, pero no suspende, y por otra, que el legado supone un verdadero derecho de crédito, mientras que el beneficiario del modo carece de derecho a exigir su cumplimiento, y así, de hecho, puede llegar a no obligar (como ocurre en el supuesto contemplado por la S. 4 junio 1965).

Ello da mayor interés al examen de los problemas que las sentencias que examinamos nos plantean y que trataremos de deslindar.

I.—DISTINCIÓN ENTRE LEGADO Y MODO.

Tal vez parezca aventurado lo que vamos a afirmar. Para nosotros, tal distinción no puede obedecer sino a razones ocasionales, y por ello estimamos que, en nuestro Derecho, está históricamente desfasada, prácticamente es superflua, pues se trata de figuras situadas en planos distintos, que pueden entrecruzarse, pero que no están contiguos, ni por eso necesitados de deslinde, y que, conceptualmente, es un «conceptualismo».

En Derecho común, la condición y el modo podían requerir un dare, un facere, o un non facere. Así, un dare—verdadero legado per damnationem—podía ser el evento condicionante de una institución hereditaria o de otro

legado condicionales, o bien podía ser impuesto como modo. Así, Rodrigo Suárez (Repetitio Legis Quoniam in prioribus, C. de inoffic. testamento, ampliat, X, núm. 48) sitúa entre los gravámenes in quantitatae la condición dandi vel faciendi; y Antonio Gómez (loc. cit.) explicó que los legados son sub modo cuando se disponen ut aliquid det, vel faciat.

Como veremos luego, los autores se habían preocupado mucho de separar condición y modo, como figuras vecinas que son, situadas en el mismo plano y que necesitan ser deslindadas. En cambio, no se preocuparon de establecer su distinción con los legados. Estos se enfocaban como una atribución, y aquéllos como una modalidad impuesta como gravamen a un beneficiado. Situadas en distintos planos, podían entrecruzarse si el legado a favor de uno afectaba como modo al heredero u otro legatario obligado.

La sentencia de 4 de junio de 1965, en su primer considerando, señala como característica distintiva, entre el legado y el modo, la falta de derecho del beneficiario que—afirma—es típica del modo, que—según literalmente dice—puede «consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado».

Notemos que en la doctrina Ossorio Morales (Manual de Sucesión Testada, Madrid, 1957, pág. 231) había entendido que «si el beneficiado con el gravamen impuesto al heredero está facultado para exigir personalmente y en su propio interés el cumplimiento, entendemos que, en realidad, se tratará entonces de un legado».

Pero creemos que esta afirmación mutila al modo de una parte de su contenido clásico, sólo por un prurito de diferenciar, colocando en el mismo plano legado y modo.

El legado puede expresarse de distintas maneras: directamente, como atribución directa (lego, mando, dejo) sea sin determinar especialmente el heredero o el legatario a cuyo cargo se impone, o bien indicándolo. O, indirectamente, disponiendo que tal heredero o legatario vendrá obligado a dar o entregar a tal persona, tal o cual cosa, y en este caso—identificados legados y fideicomisos singulares por Justiniano—, y en esa hipótesis, la realización de esta prestación podrá imponerse, ya sea como condición de la atribución principal, haciéndola depender del cumplimiento de la prestación, o bien simplemente como modo que no suspende, pero obliga.

Y el modo puede tener un contenido muy diverso, abarcando toda prestación que modalice sin condicionar una atribución principal, y que puede consistir en hacer algo en beneficio: sea del propio heredero o legatario al que se le impone, del causante o de su alma, o de terceras personas indeterminadas o determinadas, y en este último caso supondrá un legado.

Es decir, el legado es visto como una atribución testamentaria a título singular, y el modo, inversamente, como una carga impuesta a un heredero o a un legatario; pero, con campos de diversa amplitud, enfocados desde puntos de vista diferentes, pueden coincidir en algunas parcelas que queden situadas en el espacio, en el cual se entrecruzan tangencialmente ambas figuras.

Privar de derecho al beneficiado por el modo meramente por una razón conceptual es una regresión histórica de más de mil setecientos años. Y es un «conceptualismo», sin otra razón que la de plantear una contraposición teóricamente simétrica, pero que nunca puede tener fuerza jurídica, si no obedecé a otras razones.

La Constitución de Gordiano del año 240, recogida en el Codex, VI-XLV, 2, confirmó la atribución de la acción de fideicomiso al beneficiado por un

modo, según dice su apartado segundo: Sed et in pecuniaris causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad condicionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum, vel faciendi aliquid, fideicommissi actio amnifariam nascatur videlicet in conditionibus post exitum earum.

Bartolo (In Infortiatum, lib XXXV, tit. I, lex XL, § Termilius, cit., número 17) señaló que, en caso de no cumplirse el modo, cabían tres remedios: 1.º, la revocación del legado; 2.º, el ejercicio por los herederos contra el legatario gravado de la actio ex stipulatione, y 3.º, el ejercicio por el beneficiado de la acción para exigir su cumplimiento (Tertium remedium est ut ille in cuius commodum debet impleri modus, agat actione ex testamento. Co. «de his quae sub modo», l. 2), y Antonio Gómez (op., lib. y cap. cit., núm. 71) explicó que, conforme esta Ley, secundo legatario, in quem modus debet impleri, competit actio contra primum gravatum, según la expresada opinión de Bartolo, concordante con la glosa ordinaria y la común de los autores, como ya había observado Paulo de Castro al comentar el citado § Termilius.

Notemos, pues, cómo expresamente se reconoce la posible coincidencia de los caracteres de beneficiado por un modo, y de legatario (segundo legatario, en dicho caso.)

Hay una razón de la más elemental lógica jurídica para estimar que si hay una persona determinada que sea beneficiada con el modo, ésta ha de estar legitimada para reclamarlo. Así lo han entendido Mucius Scaevola [Código civil, XIII, coment., arts. 797 y 798, D, a], Sánchez Román (Estudios de Derecho Civil, VI-I, cap. XII, núm. 34), Valverde Valverde (Tratado., vol. V, capítulo VII, § II), Federico Puig Peña (Tratado de Derecho Civil, V-I, capítulo XVII, pág. 439, y nota 24), que dice: «No existe problema cuando exista un beneficiario determinado y concreto.» «Aun cuando el Código guarda silencio sobre las personas que tienen acción para reclamar el cumplimiento del modo, debe entenderse que están legitimadas las personas directamente beneficiarias...». Y en igual sentido han opinado Lacruz, apoyándose en el artículo 1.257, § 2.º, analógicamente (Notas al «Derecho de Sucesiones», de Julius Binder, § 38, pág. 340), y recientemente López Vilas (loc. cit., págs. 610 y siguientes), quien razona así: «¿Cómo se puede decir que el beneficiario con la carga modal no tiene interés susceptible de protección jurídica en el cumplimiento de la misma? ¿Por qué excluir de la relación de interesados en el cumplimiento del modo a quien es probablemente el más cualificado de aquéllos? Pensemos, además, que al reconocer y otorgar aquella acción de cumplimiento al favorecido con el modo, tal como nosotros proponemos, queda configurada la mejor garantía y el mejor medio para asegurar el exacto cumplimiento de la voluntad del testador que ha dispuesto así aquella atribución.»

Cierto que algún autor de tanto jure como Puig Brutau (Fundamentos de Derecho Civil, V-II, III, 5, pág. 334) cree «que precisamente la diferencia más clara entre el modo y el legado se hace consistir, como hemos dicho, en que el legatario tiene legitimación material, en virtud de la protección jurídica del interés (Derecho subjetivo), para demandar en nombre e interés propio el cumplimiento del legado, mientras el modo sólo provoca una legitimación formal de ciertos sujetos para pedir en interés ajeno que se cumpla la voluntad del testador».

Pero ese criterio creemos que es fruto de una equivocación provocada por las siguientes circunstancias: 1.ª El prurito conceptualista de aislar químicamente puros el modo y el legado. 2.ª El reflejo de los párrafos 1.940 y 2.194 del B. G. B., que tienen un concepto más restringido del modo, pero que no

tienen correspondencia en nuestro Código civil, ni corresponden a la tradición española. 3.^a La circunstancia de que normalmente no existe posibilidad fáctica de que ningún beneficiario concreto pueda exigir el cumplimiento del modo, establecido en beneficio del causante (construirle un sepulcro), o de su alma (misas anuales), o de personas sólo genéricamente determinadas.

Esta última circunstancia da lugar a que el cumplimiento del modo puede ser exigido, además, por personas legitimadas formalmente, como los herederos respecto al legatario, los coherederos, los sustitutos fideicomisarios, y, en caso de ser de interés público, por la autoridad competente. Así se había previsto ya en Derecho romano, en el texto de Papiniano, posiblemente interpolado, Dig., V-III, 50, § 1: *Quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis*. La posibilidad de intervención administrativa se generaliza en el Derecho justiniano, incluso en el ámbito privado, y la pontificalis auctoritas, con el catolicismo oficial del Imperio, se confiere al obispo (cfr. Biondo Biondi, *Successione testamentaria Donazioni*, núm. 206, págs. 570 y sigs., ed. Milano, 1943).

Creemos que este criterio tradicional debe mantenerse, y que la legitimación del Ordinario del lugar o Diocesano puede apoyarse analógicamente en el artículo 747 del Código civil.

II.—MODO Y CARGA PERSONAL O REAL.

El artículo 788 del Código civil establece—como explica Bonet Ramón («Código civil», art. 789, Doctrina, pág. 616)—«el modo como disposición por causa de muerte agregada a la institución de heredero, por la cual el testador ordena una carga o gravamen, imponiendo un fin, objeto, destino o aplicación a parte de la herencia que entraña para el heredero una obligación de dar. Más para obviar los inconvenientes de la vinculación, dicta las oportunas reglas».

Dicho precepto previene que la carga se imponga sobre bienes inmuebles, y distingue, según sea temporal (supuesto en el cual determina que «el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen, mientras que su inscripción no se cancele»), o perpetua (hipótesis en la que exige su capitalización e imposición de capital e intereses en primera y suficiente hipoteca; si bien hoy debemos entender posible la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, innovada en la reforma hipotecaria de 1944, conforme al art. 157 L. H.).

El tercer considerando de la sentencia de 4 de junio de 1965 acepta su calificación como personal y rechaza que sea carga real el modo impuesto al heredero adjudicatario de la casa con obligación de conservar con decoro el oratorio y de aplicar una misa todos los días del año por el correspondiente estipendio y por la intención del testador, disponiendo que la casa sólo fuera transmisible con la expresada obligación, y «sujeta en todo tiempo a ser retraída por los instituidos herederos y sus sucesores...», «con la ineludible obligación de cumplir» lo mandado, y «en otro caso, sujetos a las consecuencias de la falta de puntual ejecución», disposiciones transcritas en el cuaderno particional y reflejadas en la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

Diremos, ante todo, que no nos conviene el método utilizado para resolver la cuestión. Se trata del método dogmático de inversión, mediante cuyo empleo se califica el modo impuesto de carga personal y no real, para resolver

que no afecta a la finca en cuya inscripción consta referida. Y al hacerlo, distingue la sentencia unas obligaciones propter rem de naturaleza real y otras de naturaleza personal, en las cuales la propiedad de la cosa determina el sujeto pasivo pero sin estar realmente afectada esa cosa.

Hace unos años expusimos nuestro criterio radicalmente contrario en nuestro trabajo «Determinación de las relaciones jurídicas relativas e inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a tercero» (en *Anales de la Ac. Matritense del Notariado*, vol. XIV, págs. 297 y sigs., y en «*Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*», págs. 99 y sigs.). A juicio nuestro, el deber de respeto a los derechos ajenos afecta a todos en cuanto su afectación a una cosa concreta y su publicidad adecuada no pueda excusar su desconocimiento; y, por tanto, el modo ordenado testamentariamente, siempre que se refiera a la cosa o sea inherente a su titularidad debe ser susceptible de trascendencia respecto de tercero, y para ello debe ser inscribible en Registro de la Propiedad.

El artículo 789, § 2.º, del Código civil habla de si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles, sin meterse en calificaciones dogmáticas, pues imponer una carga de dar o hacer sobre un bien no es sino imponerlo a su propietario, sea quien fuere, ahora y después.

La solución debe darla la voluntad del testador. Este—como en el supuesto que causó la sentencia de 14 de diciembre de 1944—puede establecer como meramente moral la obligación a partir de un momento dado, ordenando—como en ese supuesto—el legado de una dehesa, con la finalidad de que una parte de sus productos se aplicase a cierta obra devota en beneficio de su alma y la parte restante en provecho del legatario o sus herederos, disponiendo que la finca se instituiría en administración durante los treinta años siguientes al fallecimiento del causante, y que en los sucesivos en que podría disponer de la finca, se atendería con su importe, y con deber entonces de conciencia, a dicha obra devota. Así, el legado es modal durante los treinta años, atendiendo el gravamen impuesto por el testador en favor de su alma, aunque se transforme luego este modus en obligación de conciencia. Lo que, en cambio, no vemos tan claro es que de la obligación impuesta por el testador, como modus, a cumplir por el titular ob rem de una finca, quepa en su mente subdistinguir la en real o personal, para que pueda burlarse o prescribir en el segundo caso más fácilmente. O es modo impuesto propter rem o es deber moral; y, en el primer caso, el Derecho ha de ofrecer los medios más eficaces para que aquél se cumpla y no sea burlada la voluntad del testador. Otra cosa nos parece una inconsecuencia.

III.—CONDICIÓN Y MODO.

Como antes hemos anticipado, entre los clásicos castellanos se trató detenidamente de deslindar estas dos determinaciones accesorias de la voluntad del testador: condición y modo, que distinguían por los siguientes datos.

1.º Si el testador quiso que se cumpliera antes de implorar la atribución, se trata de una condición; si, por el contrario, quiso que se cumpliera después de haberla recibido, se trata de un modo (cfr. Juan del Castillo Sotomayor, *Quotidianarum controversiarum, iuris*, lib. IV. De coniecturis et interpretationem ultimarum voluntatem, cap. LV, núms. 39 y 40; Juan Yáñez Parladorio, *Quotidianarum Differentiarum*, dif. CXLVII, núm. 2).

2.º La condición suspende la disposición, de forma que acción y obligación se hallan pendientes mientras la condición no esté cumplida ni todavía incumplida; el modo no suspende la disposición, sino que debe cumplirse después de recibida (cfr. Castillo Sotomayor, cap. cit., núms. 43 y 44; Parladorio, *Diff. cit.*, núms. 6 y 7). La Ley 21, tit. IX, de la 6.ª Partida, decía que «antes que se cumpla la condición non la puede, nin deue demandar» [la manda], y que la hecha con «modo o manera», «deue ser luego entregada».

3.º Incumplida la condición queda ipso iure irrita la disposición y, por tanto, se entiende por no hecha, y, en cambio, incumplido el modo, no se entiende irrita ipso iure la disposición, sino que se da lugar a la acción para exigir su cumplimiento o para exigir su revocación, según los casos, como luego veremos (Castillo Sotomayor, cap. cit., núms. 41, 42; Parladorio, *Diff. cit.*, números 9 y 10).

4.º Fallecido el heredero o el legatario, pendiente la condición, su atribución, no era transmisible a sus herederos, pero pendiente el modo, la atribución se transmitía mortis causa, aun en el caso de que todavía no hubiese prestado caución (cfr. Gómez, cap. cit., núm. 71; Diego Covarruvias, In tit. de testamentis interpretatio, cap. III, núm. 11; Castillo Sotomayor, cap. cit., número 45; Parladorio, *Diff. cit.*, núms. 11 y 12, Juan Ayllón Laynez, *Addiciones a las «Variae...»*, de Antonio Gómez, cap. XII, núm. 69).

5.º Si por una razón casual la condición no podía cumplirse, la disposición no tenía lugar. Y, en cambio, si por una razón casual no era posible cumplir el modo, no por eso se invalidaba la atribución (Covarruvias, cap. y núm. cit., Molina, S. I., *Disp. cit.*, núm. 10, Castillo Sotomayor, cap. cit., núm. 50; Parladorio, *Diff. cit.*, número 50). Así, la Ley 21, tit. IX, 6.ª Partida, dice que vale la manda hecha con modo «cuando se trabajare quanto puidiere, aquél a quien era fecha la manda, para cumplir lo que manda el testador maguer non se cumpliesse».

Para distinguir, en cada caso, si la modalidad de que se trataba era condición o modo, debía atenderse a la intención del testador. Salvo que pudiera deducirse una intención en contrario, de las palabras del testador podía colegirse en principio si ordenaba una condición o un modo. Así, Bartolo (*lex y § Termilius cit.*, núms. 3 a 10) señaló que si indicaba condición; ut modo; ita, uti y dummodo, modo; postquam, condición; ad y pro, modo, e in, por regla general, condición. Pero se insistía en que, por encima de todo, debía atenderse a la intención del testador, tanto en cuanto a la calificación como a los efectos a producir (cfr. Gómez, cap. cit., núm. 70; Luis de Molina, S. I., *Disp. cit.*, número 6; Castillo Sotomayor, cap. cit., núms. 24 a 29 y 37; Ayllón, cap. cit., número 68).

A su vez, el modo se distinguía, según fuera impulsivo o final. El primer supuesto se daba si el modo se disponía en utilidad del propio legatario—verbigracia, te lego este dinero para que compres tal fundo—; supuesto en el cual el incumplimiento no podía dar lugar a la revocación de la disposición (cfr. Gómez, núm. 73, y Molina, S. I., núm. 12), ni era necesario prestar caución para entrar en posesión del legado (cfr. Gregorio López, gl. a la palabra recabda de la Ley 21, tit. IX, 6.ª P.; Molina, S. I., núm. 9).

En el modo final, o dispuesto en utilidad del causante o de un tercero, era necesario prestar previa caución para recibir el legado. La Ley 21, tit. IX de la 6.ª Partida, dice que «deue ser luego entregado dello aquel a quien es fecha, dando recabdo, que se trabajará de cumplir lo que el testador mandó».

Y en caso de ser incumplido, podrá pedirse su revocación por el heredero (cfr. Gregorio López, gl. a las palabras e gana el señorío de dicha Ley 21; Molina, S. I., cap. cit., núm. 12, *Parladorio*, Diff. cit., núm. 16); siendo necesaria la interpelación y la consiguiente sentencia y condena para que la revocación se produjera (Castillo Sotomayor, núms. 47, 48 y 49). Gregorio López (gl. últ. cit.) dice que para ello el heredero dispone de la reivindicatio utilis y no de la conditio ob causam.

El Proyecto de 1851, en sus artículos 714 y 715, recogió la doctrina tradicional sobre el modo; y estos dos artículos, con ligeras modificaciones de redacción, sucesivamente pasaron a ser los artículos 884 y 885 del Anteproyecto 1882-1888 y los 797 y 798 del Código civil. Las únicas salvedades son que el § 1.º del artículo 797 añade a la palabra «objeto» el inciso «de la institución o legado»; y que al artículo 798 se le ha añadido un § 2.º, que habla de la condición y no corresponde a la doctrina tradicional del modo. Esta consideraba extinguida la obligación de cumplirlo por cualquier imposibilidad no imputable al obligado, es decir, que fuera casual para él; y, en cambio, el segundo párrafo del artículo 798 C. c. se limita a referirse a culpa del interesado en el cumplimiento o en el incumplimiento, por lo que puede entenderse que se refiere, como literalmente hace, a la condición y no al modo.

Por lo demás, como hemos dicho con respecto a los artículos 714 y 715 del Proyecto de 1951, los artículos 797 y 798, párrafo primero C. c. recogen la doctrina tradicional del modo. Tenemos de ello el testimonio de Florencio García Goyena (Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, t. II, página 146), que al comentar el párrafo primero, glosa: «Esto es lo que en latín se llama modo... Si cui in hoc legatum sit, et ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori... sub modo legatum videtur, Ley 17, párrafo cuarto, título I, libro 35 del Digesto, copiada y amplificada en la 21, título IX, Partida 6.»

Notemos que al hacer el paralelo entre el artículo 714 del Proyecto y el 709 austriaco—«Si se ha dejado un legado con la carga de hacer alguna cosa, se mira esta condición como resolutoria»—comentó: «es decir, que no suspenderá la prestación del legado hasta cumplirse con la carga, pero lo resolverá o dejará sin efecto en el caso de no cumplirse la fianza de nuestro artículo, conforme con la legislación romana y patria, tiene la mayor seguridad para el heredero en el segundo caso». Ese paralelismo con la condición resolutoria, por tratarse propiamente de una acción de revocación, puede verse observado ya por Gregorio López (gl. a las palabras «se gana el señorío» de la Ley 21, título IX, Partida 6.ª), donde distingue un dominio revocable y otro irrevocable anterior y posterior, respectivamente, al cumplimiento del modo o a su imposibilidad no culpable del obligado, y en Castillo Sotomayor (lib. y capítulos citados), que dice (n. 31) «quod modus est quaedam in futurum resolutive, condicio», y que (n. 38) «quod condicio, quae non est suspensiva, sed resolutive, non reddat condicionalem principalem dispositionem; maxime, quando resolutio, confertur in tempus post ius quaesitum».

Con respecto al párrafo segundo del artículo 714 (actual 797, párrafo segundo), García Goyena dice así (página 148): «Lo dejado de esta manera. Es conforme a las Leyes 2, título 45, libro 6 del Código; 48, título 5, libro 40; 19, libro 32; 40, párrafo quinto, título 1, libro 35 del Digesto, y a la citada 21, título 9, Partida 6. Si había de afianzarse, o no, cuando el mismo legatario es el único interesado en el cumplimiento, puede verse en los comentaristas romanos.»

Y al iniciar el comentario del artículo 715 (equivalente al 798 C. c.), dice:

«Tomado de la Ley 16, título 2, libro 33 del Digesto...», para concluir glosando «Sin culpa o hecho propio: porque habiéndolo quedaría sin efecto el legado».

Con estos antecedentes podemos decir que la vigente regulación del modo, trasunto de la tradicional, es la siguiente:

1.º No suspende la disposición (art. 797, párrafo primero).

2.º Lo dejado de esta manera puede pedirse, desde luego (art. 797, párrafo segundo, inciso primero); pero existe un deber de afianzar el cumplimiento o la devolución en caso de incumplimiento (797, párrafo segundo, inciso final). La limitación aparente de la obligación de afianzar a los herederos del que reciba la atribución modal es debida a una rectificación de estilo para quitar un gerundio. En el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto 1882-1888 quedaba claro su carácter general, pues decía «puede pedirse, desde luego, y es transmisible a los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado...» (cfr. en este sentido Manresa, Comentarios al Código civil, VI, art. 797; Sánchez Román, capítulo citado, n. 34; Valverde Valverde, loc. cit., nota 1, pág. 172; Francisco Bonet Ramón, Compendio de Derecho civil, párrafo CXVIII, n. 55, pág. 298).

3.º Lo dejado «es transmisible a los herederos» «antes de cumplirse el modo» (art. 797, párrafo segundo, inciso segundo).

4.º Es exigible su cumplimiento. Puesto que se reconoce la obligación y no se excluye tal exigibilidad, debe continuar vigente la doctrina tradicional que antes hemos expuesto. Pueden exigirlo: 1.º Los albaceas (art. 903, n. 3.º) o las personas designadas al efecto por el causante y, en su defecto, los herederos o los coherederos (art. 911), facultados para exigir la constitución de la fianza. 2.º El diocesano y el Gobernador civil, en el supuesto paralelo al artículo 747, y el párroco, Alcalde y Juez municipal, en el paralelo al artículo 749, párrafo segundo, y las demás autoridades que análogamente tengan a su cuidado los demás intereses que el modo trata de satisfacer (artículo 179, Regl. Notarial, señala las obligaciones del Notario de informar a los Ministerios de Gobernación y de Educación y Dirección General del ramo y Junta de Beneficencia) (cfr. Ossorio Morales, pág. 231; Lacruz Berdejo Notas cit., párrafo 38, pág. 340); Puig Peña, pág. 439, nota 24, Puig Brutau, páginas 334 y s. 3.º El propio beneficiado por el modo si se halla individualizado (art. 1.275, párrafo segundo), sin requerirse la previa aceptación, como en el contrato a favor de tercero, dada la sustantividad y fuerza vinculante de las disposiciones testamentarias, una vez muerto el testador y la posibilidad de aceptación tácita. (Confróntese Scaevola, Sánchez Román, Valverde, Lacruz, locs. cit.; Puig Peña, pág. 439, nota 24. López Vilas, páginas 610 y sigts.)

5.º Los albaceas, los herederos y los colegatarios con derecho de acrecer, en caso de legado modal, y los coherederos o los sustitutos, si la institución es modal, pueden exigir en caso de incumplimiento del modo, y si no resulta ser otra la intención del testador, «la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses» (art. 797, párrafo segundo, inciso final) (cfr. Sánchez Román, n. 34 cit.; Lacruz, Notas cit., párrafo 38, II; Albaladejo, Condición, término y modo, en Rev. Der. Not., XVII-XVIII, págs. 92 y ss.; Puig Peña, pág. 442).

6.º En caso de imposibilidad, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario obligados, deberá cumplirse en términos análogos y conformes a la voluntad del testador (art. 798, párrafo segundo). De no haberlos, se tendrá por cumplido, puesto que se trata de una obligación a la que se debe aplicar su doctrina (art. 1.184) concorde con la tradicional del modo, y puesto que

no se trata de una condición (art. 797, párrafo primero). De tratarse de una verdadera condición, sólo si el incumplimiento se debiere a haberlo impedido quien tuviere interés en ello, se considerará cumplida (art. 798, párrafo segundo, concordante con el 1.119 C. c., relativo a las obligaciones condicionales).

Después de lo expuesto, podemos decir que la tesis formulada en esta REVISTA (n. 454, mayo junio 1966, págs. 679 y ss.) por Celestino A. Cano Tello, que pretende que el párrafo segundo del artículo 797 se refiere a la condición potestativa, y no al modo, no parece que tengan fundamento, dados sus antecedentes legislativos, y no es abonada gramaticalmente («Lo dejado de esta manera» se refiere a la regla principal de la oración anterior y no a su excepción final), ni sistemáticamente (el art. 800 establece la vieja excepción relativa a las condiciones potestativas negativas, que no es extensiva a las demás potestativas, las cuales en ese punto siguen la regla general del artículo 801).

IV.—MODO Y CAUSA.

La repetida Ley 21 del título IX de la Partida 6.^a lleva la rúbrica «De las condiciones, e razones, e maneras, que pueden ser puestas en las mandas», y termina diciendo que «En cada una destas tres maneras sobredichas, ha su manera cierta en latín, porque se pone. Ca la primera se faze con si, la segunda con quia, e la tercera, con ut».

En la parte que esta Ley dedica a explicar la causa, dice así: «Otrosí, los fazedores de los testamentos ponen razones en las mandas, quando las fazen. E a esta razón llaman en latín causa. E esto es, como quando dice el testador: Mando a fulano cient maravedís, por servicio que me fizo. E tal razón como esta cata siempre al tiempo passado. E la manda que assi fecha dezimos, que magüer la razón que es puesta en ella non sea verdadera, vale, e puede luego demandar tal manda aquel a quien es fecha, e deve ser entregado della.»

Gregorio López (gl. a la palabra causa de esta Ley) recuerda que Bartolo (tit. cit., Ley XVII, párrafo segundo, princ.) definió la causa como «quid prae-teritum, vel instans quo impellimur, ut aliquid disponamus»; y que Baldo (rub Cod. de instit. et substit.) dijo que «causa este adjectio, motivum finale vel impulsivum testatoris ostendens».

Como excepción a este criterio se señaló el supuesto en que el heredero probase que el testador no lo hubiese dejado si la causa no fuere cierta, como en el supuesto del texto—Dig. XXXV-I, 72, párrafo sexto—, que declara: «sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probatur alias legaturus non fuisse». Criterio que vemos recogido por Antonio Gómez (cap. cit., n. 76, límita); Gregorio López (gl. a las palabras que non le deuisse de la Ley, tit. IX, Partida 6.^a), Luis de Molina, S. I. (Disp. CC, n. 8).

Esta doctrina ha sido recogida en el artículo 767, párrafo primero C. c.: «La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.»

De lo expuesto se infiere, con respecto al caso contemplado en la sentencia de 18 diciembre 1965—la cual, en el Considerando tercero, letra A, hace una breve y clara exposición de la doctrina del modo—, que no se trataba de

un supuesto de modo—ya que éste consiste en una carga que debe cumplirse después de fallecido el testador—, ni de una razón o causa—por no ser preterita o coetánea a la disposición—, sino de una condición, puesta a la designación, pero previa al llamamiento, ya que se refería a un hecho posterior al testamento, pero que debía corresponder a un momento anterior al fallecimiento de la testadora. Pero esto nos lleva al último extremo de este comentario.

V.—CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES POTESTATIVAS SÓLO POSIBLE EN VIDA DEL CAUSANTE.

La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Palma, objeto del recurso, había razonado que la disposición que reducía a la mitad el legado de la casa de Angers (Francia), en caso de que la legataria no sirviera a la testadora en todas sus necesidades, tanto en caso de salud como de enfermedad y conviviera con ella sirviéndola personalmente, era una condición potestativa, y que, como tal, debía ser cumplida por la legataria, conforme al artículo 795, una vez enterada de ella, después de la muerte de la testadora, lo cual era imposible, por cuya razón, conforme al artículo 792, debía entenderse por no puesta.

El recurrente, en cambio, en el tercer motivo del recurso, afirmó que se trataba de una condición mixta, a la que debía aplicarse el artículo 796, por lo cual podía haberse cumplido antes de fallecer la testadora, y habiéndose incumplido, debía tenerse, en consecuencia, el legado por reducido a la mitad.

La primera tesis nos parece insostenible, porque el párrafo primero del artículo 795 debe interpretarse a través de la ratio del párrafo segundo del mismo artículo. Según éste, «Exceptuase el caso de que la condición no cumplida no puede reiterarse», y esa norma debe aplicarse también si la condición incumplida no puede reiterarse, pero con el efecto contrario de reputarla no imposible, sino incumplida, por lo cual no llegará a haber llamamiento (es decir, no habrá llamamiento puro ni llamamiento condicional, pues el evento quedó antes de la delación incumplido sino simplemente no habrá llegado a haber llamamiento alguno al causarse la sucesión). Criterio que concuerda con el de la repetida Ley 21, tit. IX, Partida 6.ª, que refiriéndose a la disposición: «Mando a fulano tal cosa, si me fiziere tal cosa; o si me fiziere tal servicio, o si me lo ha fecho», dice: «E tal condición como ésta puede ser puesta en las mandas también en el tiempo pasado, como en el por venir.»

La segunda tesis—la del recurrente—tampoco nos convence porque no parece corresponder a la intención de la testadora.

Precisamente en la intención de la testadora el Tribunal Supremo centra certeramente su razonamiento.

Notemos que la testadora no lega si..., sino que disminuye el legado si no... Es decir, que no trata de premiar una buena conducta, si no de sancionar una mala conducta. Ciertamente mira la condición como potestativa, para el caso de plantearse la situación prevista; pero lo que ocurre—según la interpretación de la voluntad de la testadora, que el Tribunal Supremo acepta—es que no se ha dado la circunstancia causal que hubiese hecho surgir la condición potestativa de cuyo incumplimiento hubiese resultado la reducción del legado. El posible incumplimiento de la legataria sólo se plantearía—según esta interpretación, que nos parece justa—si la testadora hubiera vuelto a

vivir a Francia; y al no darse este presupuesto, la condición potestativa—de la que pendería la reducción del legado—no llegó a entrar en juego.

C) SUSTITUCIONES.

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1965—Sustitución fideicomisaria condicional. Disposición de los bienes por el heredero antes de cumplirse la condición que lo liberaría de la sustitución y hecha bajo la condición resolutoria de llegar a tal edad. En caso de exigirse el llegar a cierta edad, ¿corresponde probar a una parte que había ocurrido el fallecimiento, o a la otra que se hallaba vivo el condicionalmente sustituido en la fecha correspondiente? La prohibición de disponer antes de llegar a cierta edad, ¿agrava la limitación del poder dispositivo que de por sí la sustitución fideicomisaria implica?

HECHOS

En testamento autorizado en Barcelona el año 1925 el testador legó a su esposa el usufructo de sus bienes, instituyó heredero a su hijo, precisando que este «podrá disponer libremente de la herencia al llegar a la edad de cuarenta y cinco años; y si falleciere antes de llegar a dicha edad... le sustituirán los hijos que deje, por partes iguales».

El heredero, en diciembre de 1932, a la edad de treinta y tres años, vendió en escritura pública una casa y, en octubre de 1930, contando treinta y nueve años de edad, vendió una rústica y una urbana. Se inscribió en el Registro civil el fallecimiento de dicho heredero como ocurrido en acción de guerra el 15 de febrero de 1939, y los hijos de éste demandaron la nulidad de las ventas y la devolución de las fincas vendidas por haber tenido lugar a su favor la sustitución fideicomisaria prevista. Los demandados, después de varias incidencias, demandaron, a su vez, la nulidad de dicha inscripción de fallecimiento, afirmando que el supuesto difunto después de dicha fecha había pasado a Francia y que en ella estuvo en un campo de concentración, en Toulouse, y luego en Brest; que de allí fue a Inglaterra, y en 1946 anunció que se dirigía a Rusia, donde se perdió su rastro.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona desestimó la primera demanda y estimó la segunda, declarando la nulidad de la inscripción de defunción del heredero sustituido y su cancelación, y que no habiéndose acreditado su fallecimiento antes de cumplir la edad de cuarenta y cinco años no se había operado la sustitución fideicomisaria condicional, y eran válidas las ventas por él efectuadas, que quedaban libres de la condición al no haberse producido la sustitución condicional de la que pendían.

La Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia de Barcelona confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado. Y el recurso de casación, en el que se alegó infracción de los artículos 675 y 1.224 y error en la apreciación de la prueba, fue rechazado por el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.

«Que del estudio del testamento otorgado por don J. B. S el 20 de marzo de 1925 se desprende, sin dejar lugar a la menor duda, que instituyó heredero,

entre otros, de los bienes objeto del litigio a su hijo don J. B. A., padre de los recurrentes, estableciendo que "podrá disponer libremente de la herencia al llegar a la edad de cuarenta y cinco años, y si fallece antes de alcanzar dicha edad, así como si premuere al testador, le sustituirán los hijos que deje por partes iguales..."; y estando plenamente probado que han transcurrido más de cuarenta y cinco años desde el nacimiento del citado heredero, es indudable que los recurrentes, para reclamar la herencia de su abuelo o lo que es lo mismo para impugnar las transmisiones realizadas por su padre, heredero instituido y del que son sustitutos en la herencia, venían obligados a acreditar plenamente, como hechos constitutivos de su derecho que eran hijos del don J. y que éste había fallecido antes de cumplir la edad de cuarenta y cinco años, como lo intentaron mediante la inscripción de defunción en 15 de febrero de 1939, como consecuencia de la guerra de Liberación, conforme a las normas del Decreto de 8 de noviembre de 1936, y que se practicó en 13 de abril de 1945.»

«Que, declarada por la sentencia recurrida la nulidad de la inscripción de defunción referida, por estimar probado que el don J. vivía con posterioridad al año 1939, e incluso el 1944, y habida cuenta que en ninguno de los dos recursos se impugna en forma dicha declaración, es visto que persiste la presunción de que el heredero vive y los recurrentes carecen de legitimación para reclamar la herencia e impugnar las transmisiones de referencia.»

«Que los motivos tercero y quinto del primer recurso formulado por don J. B. y cuarto del segundo de doña F. B. combaten la sentencia por imputarle error de hecho en la apreciación de la prueba por el cauce del número 7 del artículo 1.692 L. E. C, por entender que sobreseida la causa criminal incoada por falsedad de la inscripción de defunción en 15 de febrero de 1939, no puede colegirse la vida del don J. por la simple manifestación del Agente judicial y las declaraciones de unos testigos de referencia; motivos que no pueden prosperar al no sustentarse en documentos o actos auténticos a efectos de casación; pero aun cuando así no fuera, siempre resultaría que, como queda expuesto, declarada la nulidad de dicha inscripción, era necesario acreditar la defunción del don J. antes de cumplir sus cuarenta y cinco años de edad, que no se ha probado, ni intentado probar siquiera.»

.....

(Los Considerando cuarto y quinto tienen carácter puramente procesal.)

.....

«Que, por último, los primeros motivos de ambos recursos se sustentan en el número 1.º del tan repetido artículo 1.692, denunciando la violación por la sentencia de instancia del artículo 675 C. c. y la inaplicación de la doctrina contenida en las sentencias que cita, por entender los recurrentes que como el testamento prohíbe al heredero vender los bienes antes de cumplir los cuarenta y cinco años de edad en 7 de septiembre de 1944, y realizó las transmisiones de las fincas reclamadas en el pleito los años 1932 y 1938, tales adjudicaciones son nulas, conforme a la interpretación literal de la cláusula testamentaria; y como quiera que del estudio de lo actuado se desprende que tales transmisiones fueron sometidas a la condición resolutoria de que el vendedor llegara a la edad de cuarenta y cinco años; es evidente que al no haberse probado su premorancia el plazo de la condición, ésta no se ha producido y se han consolidado y perfeccionado las enajenaciones y perecen los recursos en su totalidad.»

COMENTARIO

Queremos ceñir nuestro comentario a la última pregunta que hemos formulado en el epígrafe de esta sentencia: si la prohibición de disponer antes de llegar a cierta edad agrava o no la limitación del poder dispositivo, que de por sí sola la disposición fideicomisaria implica.

Es decir, de lo que se trata es de resolver si la limitación de la facultad dispositiva que implica toda sustitución fideicomisaria—y que, en caso de ser condicional, se concreta a que las disposiciones que se efectúen resulten, a su vez, condicionadas al mismo evento que la sustitución—queda reforzada, caso de imponerse expresamente la prohibición, en tal forma que la venta resulte totalmente ineficaz, incluso si es hecha en forma condicional, y que no sea sanable aunque la condición de la que pende el fideicomiso no llegue a cumplirse.

El problema es posible que no tenga igual solución en el régimen del Código civil que en el del Derecho civil especial de Cataluña. La doctrina de las prohibiciones de disponer impuesta en acto de última voluntad en el régimen del Código civil parece diferir del romano común, que siguieron las Partidas y conserva la Compilación catalana (cfr. Angel Martínez Sarrión, Las obligaciones de no vender y las prohibiciones de disponer, en Rev. Der. Priv., XLIII, febrero 1964, págs. 89 y ss.).

Del texto de Marciano, Dig., XXX-único, 114, párrafo 14, fundamentalmente, se dedujo que para la eficacia de las prohibiciones de disponer era requisito que se expresara la causa (causam exprimunt) o bien que se estableciera en beneficio de otra persona (nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, sean liberis aut posteris aut libertis aut heredibus, aut aliis quibusdam personis), y en este segundo supuesto parece que la prohibición equivalía a una sustitución fideicomisaria (Dig., XXXI-único, 69, párrafo tercero y 77, párrafo 27, XXXIII-I, 18, pr.).

Este criterio fue seguido por la Ley 44, título V de la Partida 5.ª, que en su tercer apartado dice: «Mas si él dixesse simplemente que la no vendiessen, non mostrando razón guisada por qué; o non señalando persona alguna, o cosa cierta, por qué lo fazia; si la vendiesse, valdria la vendida, magüer él lo hubiese defendido.»

El Tribunal Supremo para Cataluña, en sentencias de 6 febrero 1884 y 12 enero 1907, consideró ineficaces sendas prohibiciones de enajenar, precisando la primera que su ineficacia resultaba de que tal prohibición «no se estableció como condición, ni como fideicomiso, ni con expresión de causan.

Y los dos primeros párrafos del artículo 117 de la Compilación catalana declaran que:

«La prohibición o limitación de disponer sólo será eficaz si es temporal y responde a una razón lícita o al designio de beneficiar o tutelar a alguien aunque sea al afectado por la prohibición; en caso contrario, constituirá una mera recomendación.»

«Si la prohibición o limitación de disponer se hubieren impuesto para que los bienes hagan tránsito a otra persona se considerará establecida sustitución fideicomisaria.»

En cambio, el artículo 785 del Código civil limita menos la eficacia de las prohibiciones de disponer, pues circunscribe el preliminar «No surtirán efectos, a «2º Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781».

Visto esto, parece que si en Derecho catalán la prohibición no expresa otra causa y responde a que los bienes hagan tránsito a tercera persona, se considerará que establece una sustitución fideicomisaria, y así resultará que la prohibición nada habrá añadido al fideicomiso y, si éste es condicional, también condicionalmente será posible la enajenación en el periodo de pendencia.

Por el contrario, en el régimen del Código civil cabe sostener con alguna mayor probabilidad de acierto que la prohibición de enajenar, añadida a una sustitución fideicomisaria condicional, impide la eficacia de la enajenación, aun hecha condicionalmente en el periodo de pendencia y aunque el evento de la sustitución no llegue a darse

D) RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS POR LOS ACTOS DE SU CAUSANTE.

1. SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1965.—*¿Pueden impugnar los reconocimientos simulados o falsos efectuados por el de cuius que encubran una donación entre cónyuges?* [Ver *supra* I, C, b, 3, especialmente los dos últimos Considerandos y el comentario en su epígrafe final.]
2. SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1965.—*Los herederos voluntarios ¿pueden impugnar las ventas que encubran donaciones remuneratorias hechas por el causante?*

HECHOS

Los herederos voluntarios del causante demandaron la nulidad de una venta efectuada por éste por entender que había sido simulada, y así fue estimado por el Juez de Primera Instancia de Cambados. Pero, interpuesto recurso de apelación contra esta sentencia, la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocando en parte y confirmando en parte la apelada, dictó sentencia que estimó en parte la demanda inicial, en la que declaro que la venta era real y válida, aunque *pretio vihere facta*. Interpuesto recurso de casación por los demandantes, fue rechazado por el Tribunal Supremo en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, y de la cual solo interesa a nuestro tema el apartado 3.º del segundo Considerando.

«Que, en último término, aun dando por sentado, a efectos polémicos, que la escritura litigiosa encubriera una donación remuneratoria disimulada, no se llegaría a conclusión distinta de la acabada de exponer, porque, no siendo el parentesco de los demandantes con el vendedor de los comprendidos en el artículo 807, y estando la obligación discutida morfológicamente representada con arreglo a lo dispuesto en el 633, ni esa escritura pugna con precepto legal de ninguna clase, ni sirve de soporte para la obtención de una nulidad amparable en el artículo 4.º C.c., según se desprende del 1.266 (Ss. de 25 mayo 1944 y 22 marzo 1961), por cuyas razones el Tribunal de Instancia no violó los preceptos que se invocan en este motivo, y el mismo debe perecer.»

COMENTARIO

Un sector de la doctrina estima que el contrato de compraventa simulado que disimula una donación, aun cuando se halla formalizado en escritura pública, no reúne el requisito de forma exigido por la validez de la donación, porque no refleja el animus donandi y tal aceptación de la liberalidad como tal, y, por ello, es totalmente nula la donación y no vale el contrato como compraventa ni como donación. Otro sector estima que la donación disimulada es válida, pero reducible si fuese inoficiosa.

La nulidad, por la razón expresada, de las donaciones disimuladas en una escritura de compraventa, fue declarada por el Tribunal Supremo en sentencias de 3 marzo 1932, 22 febrero 1940, 12 julio 1941, 23 junio 1953, 29 octubre 1956, 5 octubre 1957, 9 diciembre 1959, 1 diciembre 1964. De ellas, la sentencia de 23 junio 1953 fue elogiosamente comentada por el Profesor Federico de Castro en un notable estudio en An. Der. Civ., XII-IV (octubre-diciembre 1953, págs. 1.003 y ss.).

La contraria solución, es decir, la que estimó válida como donación la disimulada en una compraventa otorgada en escritura pública, en tanto no fuera inoficiosa, ha sido también aplicada por el mismo Tribunal Supremo en sentencias de 2 enero 1945 y 2 junio 1956. Hoy el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 3 abril 1962, de la que fue Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, reiterada en sentencias de 22 abril 1963, 21 marzo 1964, viene negando a los herederos voluntarios la legitimación para impugnar los actos del causante por simulación relativa y, por lo tanto, rechaza que puedan impugnar las ventas simuladas que encubran una donación. Parece que debemos colocar también en esta línea la que ahora comentamos, de 16 octubre 1965, aunque su supuesto se ciña a una donación remuneratoria.

E) COHEREDEROS.

Sus facultades.

1. SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.—*Cualquier coheredero puede exigir al cónyuge viudo que tome inventario aun antes de liquidarse la sociedad de gananciales y aun habiendo contador partidor.*

HECHOS

Una de las hijas de la causante, coheredera suya con sus otros siete hermanos, demandó a su padre, viudo de la testadora, al que ésta le había legado el usufructo vitalicio con relevación de la fianza, pero sin expresar nada acerca de si también le relevaba de hacer el inventario. El usufructuario se opuso a practicarlo: a) porque no había mediado liquidación de la sociedad de gananciales; b) porque no se había liquidado la herencia; c) porque no se había interpelado a los coherederos y acreedores, y d) tampoco al comisario contador partidor testamentario.

El Juez de Primera Instancia de Pontevedra estimó la demanda condenando al demandado a formar inventario de los bienes integrantes del caudal relicto, con citación de la actora y de los demás interesados en la he-

rencia. La Audiencia de La Coruña confirmó la del Juzgado y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, rechazó el recurso de casación interpuesto por el demandado.

Considerando: «Que antes de entrar en el concreto examen de los motivos del recurso, es oportuno observar: 1.º que en el «suplico» de la demanda se solicita que se condene al demandado a formar, con citación de la actora, inventario de los bienes que integran el caudal relicto de la fallecida madre de la misma y cónyuge que fue del demandado, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles, todo lo que habría de practicarse en ejecución del fallo que se dictara. 2.º Que la sentencia recurrida, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, estima la demanda y condena al demandado a la práctica del inventario solicitado y que habrá de realizarse en ejecución de aquélla, puntualizando además los siguientes extremos: a) que ello se verificará «con citación de la actora y demás interesados en la herencia», y b) que habrá de ser «a costa del demandado». 3.º Que, en consecuencia, el fallo se limita a condenar al demandado al cumplimiento de una obligación legalmente establecida en el artículo 491, número 1, C.c., y que pesa, con carácter general, sobre todo usufructuario, sin distinción de cual sea el título de constitución del usufructo, comprendiendo, por tanto, y al menos en principio, a cuantos medios se refiere el artículo 468 del referido Código».

Que el primer motivo del recurso, por la vía del número 2.º del artículo 1.692 L.E.C., denuncia la infracción, por violación, de lo dispuesto en el artículo 359 de la misma, estimando que el fallo incurre en incongruencia: Primero: Al extender el pronunciamiento sobre la citación, para la práctica del inventario, a los demás interesados en la herencia, sin limitarlo a la actora, como ésta pedía en su demanda; y Segundo: Al ordenar que tal inventario se verifique a costa del demandado, sobre cuyo extremo nada se había postulado, en la demanda origen del juicio; y para graduar la fuerza de estas alegaciones es preciso tener en cuenta: A) que, como reiteradamente tiene establecido esta Sala, la «incongruencia» supone la contradicción entre lo pedido y lo resuelto, atendida la sustancia de la petición y lo sobre ella acordado en el fallo, no dándose por la mera adición de alguna modalidad que, lejos de contrariar la esencia de la petición implique realmente algo circunstancial que tienda a la más fácil efectividad de la misma y aun cuando en esta materia sea recomendable la más cautelosa prudencia, para no faltar al principio de rogación que informa la materia procesal civil, no hay duda de que si la modalidad o circunstancia previstas de oficio son una exigencia legal no habrá incongruencia sino respeto a una previsión establecida con carácter forzoso o insita, por tanto, en la propia índole del pedimento que se acoge: y así ocurre con la práctica del inventario que «esta obligado» a hacer el usufructuario, conforme al artículo 491 C.c., precisamente «con citación del propietario o de su legítimo representante», lo que impone, cuando la propiedad se integra en una herencia indivisa, que sean citados para su práctica todos los coherederos, aun cuando uno solo haya sido el que instó en el juicio el cumplimiento de aquella obligación. B) Que respecto a los gastos del inventario—que no cabe confundir con las costas de la ejecución—es cierto que ni la sentencia recurrida ni la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyos Considerandos se aceptan por aquélla, se contiene la menor fundamentación sobre

tal extremo, no peticionado en la demanda, pero no lo es menos que de existir, por ello, vicio de incongruencia, éste específicamente consistía en haber otorgado el fallo más de lo pedido y su denuncia no sería procedente por el cauce elegido, sino por el del número 3.º del artículo 1.692 L.E.C., todo lo que impone, en suma, la desestimación del motivo.»

Que respecto a los otros dos, que completan el recurso, basta para su debido estudio con tener presente: A) Que al limitarse la parte actora a la exigencia del cumplimiento de una obligación legal, que compete única y exclusivamente al usufructuario, ni aquella necesita que su petición sea apoyada por ninguno de los restantes coherederos, ni afecta a éstos en lo mas mínimo, pese a que se ordena para en su día la citación, pues quedan en plena libertad de asistir o no a la práctica del inventario que se manda formar, según convenga a su derecho, e incluso para ejercitar en su caso y sazón el que pudiera corresponderles, conforme al apartado 3.º del artículo 820 C.c.; no hay base alguna para apreciar un litis consorcio pasivo necesario, ni posible violación de los preceptos legales que en el motivo se suponen infringidos, por lo que carece de viabilidad el motivo segundo del recurso. B) Que en cuanto al tercero, en que se citan como infringidos, por violación, los artículos 491, 1.057 y 1.426 C.c., resulta meridianamente claro que el pronunciamiento emitido por la Sala sentenciadora, que se limita, como ya queda dicho, a proclamar la licitud de la exigencia de la práctica del inventario de los bienes usufructuados por el demandado, ni desconoce sino que, por el contrario, aplica el precepto del párrafo 1.º del artículo 491, ni se interfiere para nada en los derechos y obligaciones que puedan corresponder al contador partidor, nombrado por la testadora, ni supone obstáculo alguno para que en su día tenga debido cumplimiento lo dispuesto en el artículo 1.426; así, pues, ni aislados ni en su posible y armónico conjunto los preceptos que el motivo cita demuestran que el pronunciamiento contra el que se recurre infrinja ninguna disposición legal, siendo cuestión enteramente aparte la de las dificultades que pueda ofrecer en la práctica la formación del inventario que se ordena por la demora en verificar otras operaciones (liquidación de ganancias, partición, etc.) que, al menos en parte, han de ser base de la concreción de los bienes que en definitiva han de integrar el usufructo, pues tal obstáculo, más bien formal que material, no destruye ni puede atacar la procedencia del pronunciamiento que se recurre y cuyas dificultades para su efectividad podrán ser removidas en período de ejecución de sentencia, máxime cuando son hechos que se dan como probados en la instancia y que no han sido combatidos en casación, que el propio demandado, no niega hallarse en la posesión de los bienes hereditarios, ni se opone en realidad a la formación del inventario que se pretende, sino que apoya su oposición en aquellas dificultades que, en ningún caso cabe estimarlas como causa de previa exención de un deber, legalmente establecido a cargo del mismo y que ya le incumbía antes de entrar en posesión de los bienes que usufructúa.»

2. SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Ejercicio de la acción reivindicatoria por un coheredero en beneficio de la comunidad. Diferencia de la comunidad hereditaria respecto del condominio ordinario.*

El Juez de Primera Instancia de Torrelavega dictó sentencia que estimó esencialmente en todas sus partes la demanda entablada por don F. y

don M. F.G.V., actuando ambos en su propio nombre y además en interés de la comunidad de herederos de doña J.V.G., de don C.G.S. y G.P., y de don J.G.T. contra don D.V.S. y don J. y don F.F.V. y personas ignoradas, en la que declaró que los bienes descritos en el hecho quinto de la demanda pertenecen en pleno dominio a los herederos de doña J.V.G., don C.G.S. y G.P. y don J.G.T., y en consecuencia nulas unas compraventas de dichos bienes y diligencias de embargo, subasta y remate de los mismos.

La Audiencia Territorial de Burgos confirmó esta sentencia: e interpuesto recurso de casación, invocándose, entre otras pretendidas infracciones, inaplicación del artículo 1.068 C.c., en el tercer motivo, fue rechazado dicho recurso en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Victoriano Escribano Ruipérez, y de la cual sólo interesa a nuestro tema el siguiente cuarto Considerando:

«Que, conforme al artículo 1.068 C.c., en la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, teniendo declarado esta Sala con reiteración que ni los testamentos ni las declaraciones de herederos abintestato son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados, pero como quiera que en el caso controvertido en la litis no se ha ejercitado por los demandantes acción reivindicatoria de los bienes reclamados, atribuyéndose un condominio sobre los mismos sin justificar la adquisición por medio del adecuado acto particional, sino la que compete a cualquier coheredero para reclamar los bienes pertenecientes a su causante y en beneficio de la comunidad hereditaria—S. 18 diciembre 1933—, cuya naturaleza jurídica es diferente de la del condominio o copropiedad ordinarios, tal precepto, que en el motivo tercero del recurso se supone violado por inaplicación, no tiene conexión directa con el problema litigioso y por ello la Sala procedió correctamente al no aplicarlo, debiendo en su consecuencia desestimarse el referido motivo tercero.»

3. SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1965.—*Ejercicio por un coheredero de una acción de nulidad de una partición de otra herencia anterior en la que el causante suyo estaba interesado, y de unas ventas de bienes en ella adjudicados. No puede ejercitarlas exclusivamente en nombre y beneficio propio en el período de indivisión, sino para la comunidad hereditaria.*

El conyuge, viudo de una hija y heredera del causante y padre y heredero abintestato de un hijo suyo y de su finada esposa, nieto por tanto del causante, demandó la nulidad de la partición de la herencia de éste practicada después de muerta su hija, la finada esposa del actor, y sin intervención de éste, y también la nulidad de las ventas de bienes adjudicados a otros herederos en dicha partición impugnada.

El Juez de Primera Instancia de Rivadavia, estimando en parte la demanda, declaró nula de pleno derecho la partición impugnada, así como los contratos de compraventa en ella indicados, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia de La Coruña estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. En el recurso de casación se invocó la infracción, entre otros, de los artículos 834, 935, 936, 2.º, 990, 1.078 y 1.080 C.c., y fue rechazado por el Tribunal Supremo, que siendo Ponente el Magistrado don Diego de la Cruz Díez, en sus considerandos segundo, tercero y séptimo, respectivamente, dice:

«Que, formulada la demanda inicial del proceso por el actor y recurrente como conyuge viudo, y como tal investido de los derechos sucesorios que el Código civil le concede en la herencia de su esposa, que permanece en estado de indivisión, en ella se solicita, con el genuino carácter que invoca y exclusivamente para sí, en su beneficio, como derecho privativo y autónomo, entre otras peticiones, el que se declare la nulidad de las operaciones particionales de la herencia del padre de su esposa, realizadas en 1936, fallecida ya ésta y sin su personal intervención, pero hechas por la totalidad de los herederos, entre ellos sus hijos como legitimarios de su fallecida madre, pidiéndose a su vez la adición de determinados bienes, a la que seguidamente debería realizarse, pretensiones que interesadas con el carácter destacado se modifican en la réplica, añadiendo que se tenga por aclarada la demanda en el sentido de accionar en nombre y beneficio propio y de todos los que tengan interés en la herencia de su cónyuge, cuya alteración—denominada «aclaración» por el recurrente—en modo alguno puede entenderse amparada por el artículo 1.548 L.E.C., sino por el contrario, por él prohibida, por cuanto con ella se varía el sujeto activo de la relación jurídica procesal; en definitiva, no sólo el esencial carácter del actor, sino también la causa en que se funda su petición y de quien haya de ser beneficiario del éxito de lo interesado.»

«Que en virtud de lo razonado, al no poder ser admitida otra posición procesal ni tenida en cuenta pretensión distinta de las que con claridad y precisión constan en la demanda, la indivisión de la herencia en que el actor se funda, si bien ha de reputársele legitimado en el proceso, no permite, sin embargo, acceder a lo por él solicitado, porque conforme a reiterada doctrina de esta Sala—Ss. 20 noviembre 1922 25 mayo 1943—, no obstante lo dispuesto en los artículos 657 y 658 C.c., no es posible prescindir de que en el período de indivisión los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, sin que pueda durante tal estado de indivisión reclamarse para sí sino para la comunidad hereditaria. Y como quiera que la petición del actor, única atendible, hace relación a lo primero, reclamando en su particular y privativo beneficio, obvio es que carece del derecho que postula, al no haber tenido lugar la partición que detraería de su acervo y le adjudicatoria privativamente los derechos que hoy extemporáneamente pretende.»

«Que, finalmente, el duodécimo ha de correr igual suerte, por cuanto no han podido ser violados los artículos 935, párrafo 2.º, y 936, C.c., por no acceder a que se entreguen al actor inconcretos bienes que afirma pertenecen a su hijo fallecido, del que es heredero universal, porque lejos de desconocerse por la Sala sentenciadora lo preceptuado en los artículos citados de la petición absuelve porque categóricamente niega que al fallecer dicho causante tuviese bienes de ninguna especie, ya que de los que poseía había válidamente dispuesto por contratos de compraventa, cuya nulidad sería necesario haber admitido para que la acción interpuesta pudiese prosperar.»

F) LEGÍTIMAS.

Legítima del cónyuge viudo.

1. SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1965.—*Puede demandar como heredera forzosa la nulidad de las enajenaciones que le perjudiquen.*

La actora, actuando por sí, como viuda del causante y como madre y legal representante de su hijo natural, adoptado por el mismo causante con el compromiso de nombrarle heredero, demandó la nulidad por simulación de unas ventas efectuadas por dos apoderados de su difunto esposo en los últimos tiempos de su vida. Se discutieron en el pleito diversas cuestiones relativas al hecho de haber adquirido el causante la nacionalidad norteamericana, a que su matrimonio con la demandante fue civil y que se habían divorciado. El Juez de Primera Instancia de Pontevedra estimó la demanda y anuló y declaró sin valor ni efecto alguno las ventas. La Audiencia de La Coruña confirmó la del Juzgado y el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Diego de la Cruz Díaz, rechazó el recurso de casación y entre otros extremos ajenos a nuestro tema afirmó: que el cónyuge viudo se hallaba incuestionablemente legitimada, como heredera forzosa a través del Código civil, para el ejercicio de aquellas acciones (tercer Considerando) y que su perjuicio por las enajenaciones en cuestión «es evidente y se causa necesariamente a todo heredero forzoso, como lo es la viuda, cuyo haber ha de fijarse en funciones de la cuantía de la totalidad de la herencia, en el caso sería notoriamente disminuida si las enajenaciones no se anularan» (quinto Considerando).

2. SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1965.—*El cónyuge viudo, si actúa solo en su propio beneficio, no puede demandar antes de la partición de la herencia.*

[Ver *supra* II, E, 3.]

G) SUCESIÓN CONTRACTUAL.

- SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1965.—a) *El heredamiento, ¿es o no revocable por mutuo acuerdo de los otorgantes?* b) *¿Es o no aplicable el principio «semel heres semper heres» a los heredamientos?*

[Ver *supra*, I, A.]

COMENTARIO

Es sabido que el principio nemo pro parte testato pro parte intestato decedere potest tuvo en Derecho romano como trasunto transtemporal el principio semel heres semper heres. El heredero que acepta la herencia ya no la puede repudiar. Así lo declaró el Codex VI-XXXI, 4.

Pero, ¿puede considerarse propiamente contraria a ese principio la renuncia a un heredamiento, con revocación o modificación de mutuo acuerdo de capitulos matrimoniales?

Recordemos que, con respecto al Derecho especial de Barcelona contenido en el cap. III del *Recognoverunt Proceres* y al Privilegio dado en 1339 por Pedro el Ceremonioso, Joan Martí-Miralles («Principios del Derecho Sucesorio. Tercera Lectura», cfr. ed. del Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1964, págs. 100 y ss.) estimó que no había excepción al principio en el hecho de que se permitiera al “heres scriptus” que “hereditatem” “adita repudiatur” o “quod heres potest aditam hereditatem repudiare”, ya que su efecto se debía entender circunscrito a la retractación de la aceptación “ex erronea causa factam”, o a lo que verdaderamente no es sino cesión en favor de otra persona.

Paralelamente no parece tampoco que pueda catalogarse como excepción al principio en cuestión el supuesto que contempla el recurso y la sentencia a que nos referimos. Aparte que en ese caso concreto el heredamiento se había hecho con tales reservas que respecto la sucesión del padre podría afirmarse que se hallaba más propiamente en pendencia que realmente deferido.

H) COLACIÓN.

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1965.—Significado de la expresión “u otro titulo lucrativo” del artículo 1.035 C.c. Distinción entre la colación y otras instituciones tendentes a reconstruir el caudal partible, atrayendo a la masa hereditaria el importe de los créditos pendientes a favor de la misma.

HECHOS

Un hermano demandó a otro hermano, afirmando que éste a partir del ataque de hemiplejía que sufrió su padre, tres años antes de la muerte de éste, se había hecho cargo de la administración de sus bienes, traspasado su negocio y retirado de establecimientos bancarios distintas cantidades y efectos que vendió, pidió que se le condenara a que las cantidades en su virtud percibidas por él las colacionara a la herencia del padre, que había dejado constancia de su última voluntad en testamento abierto, en el cual instituyó a su esposa heredera en usufructo vitalicio de su cuota legal y del tercio de libre disposición, mejorado a la hija y en el remanente instituyó herederos por terceras partes iguales a sus tres hijos, es decir a la hija mejorada y a los hijos demandante y demandado.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Gijón estimó parcialmente la demanda y declaró que el demandado debía colacionar a la herencia paterna diversas cantidades, que cifró el propio fallo.

La Audiencia Territorial de Oviedo revocó la del Juzgado y desestimando totalmente la demanda absolvió al demandado.

Fue interpuesto el recurso de casación, invocándose: 1.º violación del artículo 1.035 y no aplicación del 1.277 C.c.; y 2.º subsidiariamente interpretación errónea del artículo 1.035 C.c., aduciendo que este artículo no limita la obligación de colacionar por lo recibido a título de donación, sino que la

extiende a todas aquellas cosas recibidas del causante en vida de éste por cualquier título lucrativo. Y el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, rechazó el recurso, Considerando:

«Que la colación es una institución de Derecho sucesorio, en lo que si bien su contenido específico es contingente, quedando encomendado a la previsión legislativa y su lugar en la sistemática jurídica, es materia opinable, pues puede estimarse como operación distante y previa a la partición o como parte integrante de la misma, los caracteres que la perfilan son, en su esencia, inconfundibles al precisarse para su existencia y exigencia que se den los requisitos legales siguientes que se recogen en el artículo 1.335 C.c.: 1.º Concurrencia de herederos forzosos en una misma sucesión; 2.º Que uno o varios de ellos hayan recibido del causante de la herencia, en vida de éste, determinados bienes; 3.º Que tal percepción lo haya sido por vía de dote, donación u otro título lucrativo; y 4.º Que los bienes mismos o su valor se traigan a la mesa hereditaria para ser computados en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición.»

«Que son consecuencia de tales caracteres o requisitos: A) Que la institución persigue una finalidad igualitaria y para lograrlo se atiende a la naturaleza de los bienes, al objeto perseguido por su transmisión o empleo y a las propias disposiciones que adopte el testador sobre la índole colacionable o exacta de aportación de los bienes donados. B) Que la colación no tiende a la impugnación del acto jurídico de transmisión de los bienes a que afecta y al que, en principio y normalmente, respeta y tiene por firme hasta el punto de que el artículo 1.045 fija el valor de los bienes en el que tenían al tiempo de la donación y sus vicisitudes económicas posteriores son a beneficio o cargo de quien los adquirió. C) Que si la donación es excesiva se reducirá en lo que resulte inoficiosa y se colacionará en la proporción en que no se reduzca. D) Que la Ley, al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos (dote y donación) y uno genérico con la expresión «u otro título gratuito», pero en el concepto de «donación» habrá de comprenderse tanto las que se llaman «propias», incluidas en el artículo 618 C.c., como las «impropias», que suponen enriquecimiento del beneficiado por ellas, sin efectiva y simultánea transmisión de bienes; en cambio, cuando la Ley habla, con carácter general, de otro título gratuito ha de entenderse que el mismo deberá reunir los requisitos de ser «derivativo» y dimanante del «de cujus», con lo que se excluyen los que no reúnen tales caracteres, siendo ajeno por tanto a la materia colacionable cuanto no sea lucro que proceda de la voluntad del causante, bien tenga por causa una obligación incumplida cualesquiera, apropiación unilateral, rendición de cuentas, anticipos reintegrables o cualquier otro débito, convencional o legal, ajeno al motivo específico a que se refiere el artículo 1.035 C.c. E) Que en consecuencia, la «colación» es una institución «sui generis» que puede coincidir o no con la reducción sobre una misma donación, sin perder nunca su fisonomía propia y que no cabe confundir, dado su origen y finalidad, con las acciones resitutorias que, por título, puedan ejercitarse para la debida integración de la masa hereditaria; se trata, en suma, de tres medios distintos, aun cuando todos tiendan a idéntico fin.»

Que con referencia al caso de autos es de observar: A) Que en la demanda origen del juicio se solicita, ante todo, como base y razón de los pedimentos concretos que luego contiene la previa declaración de que el demandado recibió en vida de su padre y «por título de donación» las cantidades y efectos que se detallan, al objeto de ser traídos a colación en la

herencia del mismo. B) Que la sentencia dictada en primera instancia, acogiendo parcialmente la demanda, declara sujetos a la solicitud colación tanto la suma que el demandado percibió en concepto de traspaso de un local de negocio perteneciente al causante y que el mismo tenía arrendado, como las cantidades que fueron extraídas por el mismo demandado de una cuenta de ahorro que a su nombre tenía el causante y que en parte procedían de la venta de títulos de la Deuda amortizable pertenecientes al mismo. C) Que la sentencia recurrida, adentrándose en el examen del título de adquisición por el demandado de los bienes pretendidamente colacionables, llega a la conclusión de que aquél no recibió del causante, en vida de éste, bienes o valores por dote, donación ni otro título lucrativo y ello porque del conjunto de las pruebas practicadas se infiere que, enfermo dicho causante desde tres años antes al de su muerte y otorgado un poder amplio de administración a favor de su cónyuge, fue realmente el hijo ahora demandado quien valiéndose del mismo ejerció de hecho esa administración, percibiendo las cantidades de que ahora se pide su colación, pero sin que exista indicio alguno de que el causante tuviera en ningún momento intención de llevar a cabo a favor de su hija un acto de liberalidad respecto de ellas, pues si llegó a poseerlas e ingresarlas en su cuenta bancaria fue por haberlas recibido a través de su madre, la legal administradora, con quien colaboró, sin que sea bastante, por otra parte, el silencio del dueño de los bienes para presumir una liberalidad permitiendo esa retención de cantidades, que podía obedecer a finalidades distintas (adelantos, previsión de reparaciones, préstamos, etc.), todo lo que llevó a la Sala sentenciadora, con revocación de la sentencia de primera instancia y sin perjuicio de las acciones de índole restitutoria que procedan, a desestimar la pretensión deducida en la demanda, con base en una transmisión gratuita inexistente.»

«Que contra la sentencia dictada por la Audiencia se articula el recurso de casación que consta de dos motivos, ambos por el cauce del número 1.º del artículo 1692 L. E. C., y en los que sustancialmente se alega la infracción del artículo 1.035 C. c. por «violación» en el primero y subsidiariamente en el segundo, por «interpretación errónea», pero ha de reconocerse que, intactos los elementos de orden fácticos que el Tribunal fijó y que no son combatidos en el recurso, las infracciones que se denuncian no existen, puesto que la Sala tuvo en cuenta el contenido del artículo 635 C. c. y rectamente lo interpretó para inferir su inaplicación al caso de autos ya que: faltaba el elemento básico primordial para que pudiera tener efecto la colación, al no existir adquisición lucrativa alguna por parte del heredero demandado y ni siquiera cabe argüir con éxito una razón de índole práctica, derivada de que la sentencia recurrida no niegue el hecho del posible enriquecimiento del demandado por actos unilaterales de éste y la necesidad, por tanto, de un nuevo pleito para equilibrarlo en la sucesión, ya que no es lícito a los Tribunales alterar la causa de pedir por propia iniciativa ni contrariar abiertamente la técnica jurídica, aunque sea con propósito de obtener un resultado práctico equitativo, ni cabe, como queda dicho, posible equiparación entre la institución de la colación y otras que tiendan como ella a reconstruir el caudal partible atrayendo a la masa hereditaria el importe de los créditos pendientes a favor de la misma, ya que los problemas prácticos que pueden presentarse, para su efectividad, en cuanto al valor de las cosas, a su posible pérdida, mejora o deterioro, mora, intereses, etc., son esencialmente distintos al dimanar de situaciones jurídicas opuestas, ya que quien colaciona es el dueño de los bienes adquiridos cuyo valor se computa a efec-

tos de partición y quien restituye lo hace precisamente por no ser dueño de lo que percibió y retiene y cuya obligación de entrega ha de cumplirse a ser posible «in natura» y con efectos bien diferenciales a los que acompañan propiamente a la verdadera colación.

I—PARTICIÓN.

a) *Partición efectuada conjuntamente por el marido y la mujer.*

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1965.—*Es nula y no simplemente anulable la partición otorgada conjuntamente por ambos cónyuges.*

El hijo mejorado en el tercio libre y en el de mejora e instituido heredero con sus otros seis hermanos por la madre, demandó a su padre, que había sido designado usufructuario por ella, a otros tres hermanos—que convivían con el padre—y al contador partidor testamentariamente designado por la madre, pidiendo que se declarase nula e ineficaz la partición realizada por el contador partidor. Se fundó en que debía prevalecer sobre ella la que por acto *inter vivos*, en la misma fecha de su testamento, había practicado la testadora, conjuntamente con su marido (el primer demandado), de los bienes de entrambos, y, por ello, pidió que se condenara a su padre y hermanos demandados a abonarle la mitad del valor de los árboles que habían cortado. A su vez, el viudo demandó a sus hijos solicitando que se declarase la nulidad de dicha partición, conjuntamente efectuada por él y su finada esposa, y que se reconociese que eran privativos del mismo los bienes que detalló, por haberlos heredado de su padre y de una tía paterna, así como la casa petrucial, que si bien fue destruida por incendio y reconstruida durante el matrimonio, su reconstrucción fue satisfecha con el producto de la venta de otras fincas privativas suyas.

El Juez de Primera Instancia de Chantada desestimó la demanda interpuesta por el hijo, estimó la acumulada y formulada por el padre y desestimó la reconvención cruzada por el mismo hijo, declarando que la casa de labor en cuestión era propiedad exclusiva del padre, perteneciendo la parte reconstruida y las mejoras efectuadas a la sociedad de gananciales, que también eran de su propiedad las fincas relacionadas como heredadas por el mismo, que eran radicalmente nulas las operaciones particionales practicadas conjuntamente por él mismo con su esposa, la causante, y válidas y ajustadas a derecho las operaciones divisorias practicadas por el contador partidor testamentario.

Apelada por el hijo esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, excepto en cuanto la imposición de costas, extremo que la revocó.

El mismo hijo apelante interpuso recurso de casación, de cuyos motivos nos interesa el primero, que fundamentalmente denunció violación del artículo 1.056 del Código civil, en cuya virtud entendía válida la partición conjuntamente realizada por sus padres, añadiendo que «tal partición en la hipótesis más adversa, si no fuera posible por vía legal subsanar el defecto, sería anulable, pero nunca radicalmente nula, ni la nulidad, ya absoluta, ya relativa, podría declararse en este caso a instancia del marido don ..., porque no puede intentarse la acción de nulidad contra actos propios solemnemente reconocidos».

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, rechazó el recurso en sentencia de la que antes [I., F., a)] hemos transcrito el tercer considerando, y de la que ahora nos interesa el cuarto, que dice así:

«Que, por otra parte, la partición verificada, conforme a lo previsto en el artículo 1.056 del Código civil, tiene naturaleza de un acto de última voluntad, y por ello deben aplicarse las disposiciones que a éstas afectan (S. 6 marzo 1945), siendo, por ende, revocable, como así en este caso *lo previeron* los otorgantes, al reservarse la facultad de modificarla o dejarla sin efecto; y dado el texto del propio artículo 1.056 en relación con el 659 del mismo Código, la facultad que el testador se confiere de hacer, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición se refiere a los bienes del testador, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos, y aunque dicho artículo 1.056 exprese que se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, esa disposición se contrae al acto particional en su propio sentido, pues cual bien dice la resolución de los Registros de 13 de octubre de 1916, es necesario para la efectividad de tales disposiciones *que los bienes distribuidos sean propios del causante*; es decir, *estén en su disponibilidad*, pues de otro modo 'las facultades concedidas al testador para dividir, liquidar y adjudicar *el caudal propio*, *se* harían extensivas a derechos ajenos, con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos'; a lo que en este caso concreto hay que añadir que, asentada la partición en acuerdo ilícito, tampoco puede concederse a la disposición mancomunada que en ella se contiene valor jurídico alguno, pues implicando el acuerdo de los cónyuges una disponibilidad que la Ley prohíbe, no puede concederse a la partición así hecha un valor que el artículo 669 del Código veda para los testamentos, por todo lo que dicha partición es radicalmente nula, y no simplemente anulable, al ser contraria a la Ley, sin que valga oponer en contra la doctrina de los actos propios, cuando éstos, como aquí sucede, son ineficaces jurídicamente y contrarios a preceptos legales prohibitivos, razones todas por las que el fallo recurrido no ha infringido la Ley y el motivo primero debe ser desestimado.»

COMENTARIO

Es una aspiración viva en nuestro agro la de realizar la partición conjunta del patrimonio familiar, que—prescindiendo de las fórmulas basadas en donación inter vivos—se ha intentado realizarla—donde no es usual el régimen de heredero único—con la fórmula de condicionar la mejora y la atribución de la parte de libre disposición a la aceptación de la partición global, e incluso con auténticas cautelas de opción de compensación de la legítima. Sobre este tema puede consultarse el serio trabajo de Jorge Roura Rosich, «Los patrimonios del marido y mujer como un todo a efectos sucesorios» (Anales Ac. Matr. del Notariado, XIII, págs. 69 y sigs.).

Estas particiones a veces son otorgadas por padres e hijos conjuntamente, a veces la efectúa el cónyuge viudo y en otras la realizan en unión marido y mujer, respaldándolas en sus respectivos testamentos.

Naturalmente que en ninguno de los tres supuestos cabe dar fuerza vinculante a la realización de esas particiones con respecto al propio causante (S. 6 marzo 1945), bien la haya hecho individualmente, caso en el cual podrá modificarla, prevaleciendo su última voluntad (supuesto de la S. 28 mayo

1965, *cfr. en esta REVISTA*, num. 448-449, págs. 1283 y sigs.), o bien la haya hecho conjuntamente con el otro cónyuge o con los hijos.

El problema se centra en el intento de que queden vinculados los hijos, lo cual pareció posible, de acuerdo con la sentencia de 6 de mayo 1953 (pues estimó que la aceptación de la herencia materna por la hija instituida heredera universal, bajo condición de renunciar a todos los bienes inmuebles que le pudieran corresponder en la herencia de su padre, vinculaba a dicha hija a renunciar a los indicados bienes, *cfr. su comentario por Joaquín Sapena Tomás*, Un caso de renuncia a herencia futura admitida por el Tribunal Supremo, en «*Rev. Der. Priv.*», XXXVIII, abril 1954, págs. 330 y sigs.); pero fue rechazado por la sentencia de 12 de diciembre de 1959 (*cfr. nuestro breve comentario en la nota 9 de nuestro estudio Cautelas de opción compensatoria de la legítima, en «Centenario de la Ley del Notariado», sección 3.ª, volumen I—Madrid, 1964—, págs. 417 y sigs.*).

En la sentencia de 20 de mayo de 1965, que ahora comentamos, se ha rechazado la vinculación del cónyuge viudo.

Pero a nuestro parecer, esta sentencia totalmente ajustada en cuanto al fallo, en su considerando cuarto llega más lejos de lo preciso, en tanto afirma que la partición, hecha por ambos cónyuges conjuntamente, incurría en la prohibición de los testamentos mancomunados del artículo 669 del Código civil, y que, en consecuencia por contraria a la Ley, era nula y no simplemente anulable.

En primer lugar, partiendo de la separación de testamento y partición, es difícil acabar de percatarse de que lo dispuesto para los testamentos mancomunados se extienda a una partición que está supeditada a dos testamentos independientes entre sí, y la nulidad de la cual no afectaría a tales testamentos, que requerirían el normal complemento de su correspondiente partición como cualquier otro testamento no particional.

Siendo así, no vemos razón para sostener la nulidad absoluta de la partición, sino simplemente la no vinculación a la misma de ninguno de los cónyuges y, por tanto, su ineficacia en vida de éstos frente a los mismos, lo cual no impide que muertos ambos—y, en cierto modo, aun en vida del supérstite—pudiera vincular a sus herederos en la forma examinada por nuestro compañero Jorge Roura (*loc. cit.*, págs. 102 y sigs.), que propuso para lograr este efecto que:

«I.—En los testamentos es conveniente consignar:

1) La causa o motivo determinante de la disposición-partición, es decir, el logro de la igualdad entre los hijos sobre la base de la conjunción de los patrimonios paterno y materno. Ello facilitará, si llega el caso, la aplicación del resorte anulatorio de la causa falsa.

2) Señalamiento nominativo de todos los legitimarios y su institución en la legítima estricta, que, por el juego de las cautelas socintanas de que en seguida hablaremos, tendrá carácter subsidiario, y representará uno de los términos de la opción que toda cautela lleva implícita. Con ello excluirémos la posibilidad de la acción de preterición.

3) Previsiones respecto a la adjudicación de los gananciales, que adquirirán toda su eficacia si no se revoca el testamento por el sobreviviente.

4) Previsiones para el caso de variación de elementos personales o reales del fenómeno sucesorio, las cuales son convenientes en toda partición practicada por el causante.

5) *La indiscutible posibilidad de revocación del testamento de uno de los padres exige: una institución de tipo subsidiario y consiguiente distribución distinta de los bienes para el supuesto de producirse tal revocación unilateral y de que la aceptación de las particiones tenga lugar fallecidos ambos padres; y al mismo tiempo y para el mismo evento, en forma condicional, suspensiva o resolutoria, para el caso de que se acepte la partición de uno de los padres en vida del otro.*

6) *Atribución de los bienes asignados con carácter de mejora expresa y de legado del tercio libre; con ello se limitará, en su caso, la fuerza expansiva de la preterición.*

7) *Establecimiento de las siguientes prohibiciones, que por afectar a la legítima, deben ampararse en la correspondiente cautela sociniana expresa:*

— *De instar o aceptar la partición antes de haber fallecido ambos padres.*
 — *De reclamar su legítima los no favorecidos en el testamento del padre que primero fallezca.*

— *A la inversa, de reclamar cosa alguna, en su día, de la herencia del sobreviviente, impuesta a los hijos favorecidos por la partición del primer fallecido, que dejará la adquisición de los mismos en estado de pendencia.»*

b) *Forma de la partición.*

SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1965.—Es válida la practicada privadamente y ratificada tácitamente por su consumación al entrar cada partícipe en posesión de los bienes que se le adjudicaron.

HECHOS

Una de las hijas promovió juicio universal de testamentaria de las sucesiones de sus padres, al cual los demás hijos se opusieron en demanda incidental, aduciendo que la partición se había verificado extrajudicialmente. El Juez de Primera Instancia de Santoña desestimó dicha demanda incidental; pero la Audiencia Territorial de Burgos, revocando la sentencia recurrida, dictó el sobreseimiento del juicio universal de testamentaria. E interpuesto recurso de casación, por la hija que había instado dicho juicio universal, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fué Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu, la rechazó:

CONSIDERANDO

«Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación en la sentencia recurrida por no aplicación de los artículos 1.059, 1.068, 1.261, 1.262 y 1.259 del Código civil y de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala que cita, basándose para ello en que la recurrente doña Luisa no firmó las hijuelas de los diversos herederos por disconformidad con su contenido, sólo por no comprenderse en ellas el ganado que existía al fallecimiento de los causantes, como sostiene dicha resolución, sino también por no haberse

practicado el inventario y avalúo de los bienes relictos; y habida cuenta que el fallo de instancia no se basa en la falta de división del ganado susceptible de una partición adicional, sino que da como probado que el marido de dicha recurrente concurrió en nombre de ésta a las reuniones y operaciones de división y al sorteo de los dotes formados, y que no sólo prestaron ambos su conformidad a la partición y adjudicación, sino que ésta se consumó, entrando cada partícipe en la posesión de los bienes que les fueron adjudicados y cesando incluso la recurrente en el arrendamiento de aquellas fincas de que era antes arrendatario y que se adjudicaron a sus coherederos; es evidente que, dado el carácter contractual de la partición de herencia y el principio espiritualista que rige en las relaciones obligacionales, las de referencia constituyen unas verdaderas operaciones particionales, y al subsistir las premisas fácticas que la sentencia fija, no se ha cometido la infracción denunciada y perece el motivo »

«Que el segundo motivo, encauzado procesalmente por el número 7.º del citado 1.692, denuncia el error de hecho en la apreciación de las pruebas por la sentencia recurrida, señalando como documentos que lo acreditan las propias hijuelas de división y partición de herencia, que, como de carácter privado, reúnen la condición de autenticidad a efectos de casación, al haber sido aportadas a los autos por la contraparte y admitido por la recurrente, y que demuestra que no fueron por ella firmadas, ni admitidas; motivo que tampoco puede prosperar, al haber sido dichos documentos estudiados y tenidos en cuenta por la sentencia, que reconoce que no tienen la firma de la recurrente, y a pesar de ello y por el resultado de toda la prueba practicada, apreciada en conjunto, deduce que la partición no sólo se realizó, sino que se consumó, entrando cada partícipe en la posesión y dominio de su cuota hereditaria, sin que pueda tampoco prosperar el motivo cuarto en cuanto funda en error de derecho en la apreciación de la prueba, con invocada inaplicación del artículo 1.233 L. E. C., porque no tiene prevalencia una sola prueba no privilegiada sobre la operación conjunta del resultado de todas las practicadas.»

c) Operaciones particionales.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1965.—*Adjudicación para pago de deudas: sus efectos y su resolución por incumplimiento.*

HECHOS

Una hija y unos nietos de la causante, demandaron al único hijo varón vivo, al cual se le habían adjudicado unos bienes para pago de unas deudas que, efectivamente, satisfizo, pero sin vender los bienes, si no hipotecándolos y quedándoselos, de hecho, como de su plena propiedad. El Juez de Primera Instancia de La Roda absolvió de la demanda; y la Audiencia Territorial de Albacete estimó el recurso de los demandantes y rechazó las excepciones de cosa juzgada y de prescripción, alegadas por el demandado, declarando, por incumplimiento de la obligación, la resolución de la adjudicación y el reintegro a la masa hereditaria de los bienes comprendidos en la misma y la cancelación de las inscripciones consiguientes, desestimando las demás peticiones.

Interpuesto por el demandado recurso de casación, éste fue rechazado por el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don V. Juvencio Escribano Ruipérez, en sentencia de la que para nuestro tema interesa el siguiente:

CONSIDERANDO

«Que en la partición de bienes de la causante se adjudicaron al heredero recurrente determinados bienes inmuebles en los siguientes términos: 'Se adjudican a don . . ., según se suplica en la base cuarta, bienes cuyo valor se estima suficiente para el pago de las deudas y gastos calculados, a fin de que, con carácter de mandatario de los demás coherederos que tienen este cargo, venda los necesarios a tal objeto y rinda cuenta justificada del cumplimiento de su cometido con derecho a reclamar y obligación de abonar en sus respectivos casos lo que faltare o sobrare para dejar completamente saldato el pasivo de la sucesión', cláusula suficientemente clara, explícita y expresiva de que la adjudicación para pagos de deudas se hizo por vía de comisión o encargo, pues la facultad de enajenar concedida al adjudicatario fue el medio querido y convenido para que con su ejercicio cumpliera el mandato de pago, caracterizándose por su finalidad fiduciaria para fines de pago; o sea, por la atribución de la propiedad a un sujeto activo en interés de otro y por motivos de confianza, siendo la transferencia un simple medio o instrumento para la efectividad del encargo, de tal modo que cuando el adjudicatario enajena para pagar, actúa en nombre propio, pero no interés ajeno.»

d) *Ineficacia total o parcial, o subsanación de la partición.*

1.—SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1965.— *No puede pedirla el cónyuge viudo de un coheredero actuando en su exclusivo beneficio y no para la comunidad hereditaria de dicho coheredero fallecido, cuya herencia se hallaba indivisa.*

[Ver *supra*, II, E), 3.]

2.—SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1965.— *Nulidad total y no simple anulabilidad de la practicada inter vivos conjuntamente por ambos cónyuges.*

[Ver *supra*, II, 1, a).]

3.—SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1965.— *Nulidad de la partición efectuada por el contador-partidor por haber incluido en ella bienes no pertenecientes al causante de la herencia en la fecha de su fallecimiento.*

Los albaceas demandaron al contador-partidor, solicitándose diera traslado de la demanda al Arzobispo de la Archidiócesis de Valencia y al Gobernador Civil de la Provincia, solicitando se declarase la nulidad de las operaciones particionales practicadas por el contador-partidor, o bien subsidiariamente su rescisión total y la realización de nueva y válida partición y, en todo caso, la remoción de dicho contador-partidor. El Gobernador Civil, represen-

tado por el Abogado del Estado, reconvino a su vez. Y el contador-partidor contestó a la demanda, acusando a las demandantes de haber inducido al causante a simular varias ventas con las que disminuyó su caudal, valiéndose de su avanzada edad, y, a su vez, también reconvino, reclamándole determinada cantidad.

El Juez declaró la nulidad de la partición, la remoción del contador-partidor, y ordenó a las actoras, como albaceas del causante en lo relativo a las disposiciones a favor del alma, a que cumpliesen su cometido. La Audiencia Territorial de Valencia confirmó esta sentencia, que recurrió en casación el contador-partidor, alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 1.057 del Código civil, en el concepto—determinado en sentencias de 28 de diciembre de 1896, 24 febrero de 1905, 1 febrero de 1906, 11 marzo de 1922, 3 de diciembre de 1931 y 7 de enero de 1942—de que el contador-partidor testamentario no tiene otros límites a su actuación que las legítimas de los herederos forzosos, y en el determinado por las sentencias de 5 de febrero de 1908, 11 de diciembre de 1913 y 23 de octubre de 1923, de que, aun existiendo albaceas, es función del partidor la de efectuar el inventario; y articulando como motivo tercero, «violación del artículo 1.057 del Código civil, en los conceptos de que el testador puede encomendar para después de su muerte la facultad de hacer la partición interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 910 del Código civil; que el contador asimilado al albacea puede ser removido de su cargo, conforme a la doctrina de las sentencias de 4 de febrero de 1902, 5 de julio de 1947, en el concepto de cuando actúa con dolo, contrariando la voluntad del testador o con uso malicioso y no aplicación de tal doctrina a las actoras en el litigio en el carácter de albaceas del finado; pues siendo notoria la discrepancia existente entre el criterio del contador-partidor y el de los albaceas—herederos—legatarios, a su vez, sobre el legado instituido por el testador en bien de su alma, la inclusión que del mismo en toda su amplitud y cuantía se hizo en el cuaderno, es la justa y la correcta».

El Tribunal Supremo, en la que fue Ponente el Magistrado don Manuel Taboada, Conde de Borrajaros, rechazó el recurso y sentencia, de la que nos interesan los considerandos 7, 8, 9, 10 y 13, que dice:

«Que el tercer motivo del recurso, con fundamento en el número 1º del referido artículo 1.692, denuncia. a) La supuesta violación del artículo 1.057 del Código civil, 'en los conceptos de que el testador puede encomendar después de su muerte la facultad de hacer la partición'; b) interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 910 del Código civil, y doctrina concordante, con arreglo a las cuales, el Contador, asimilado al albacea puede ser removido de su cargo cuando actúa con dolo, contrariando la voluntad del testador; y c) no aplicación de tal doctrina a las actoras, en su carácter de albaceas del finado, todas cuyas infracciones se cometen, en sentir del recurrente, porque el contador-partidor está facultado para intervenir y señalar, a efectos contables, el legado, consistente en cierta cantidad de dinero, máxime cuando la propia sentencia determina que la interpretación dada al testamento por aquel contador es la verdadera, por lo que no puede sostenerse que se haya extralimitado en sus funciones, sino que, quienes no las cumplieron, fueron los albaceas, que debían por ello ser removidas de su cargo, y al no serlo, resultan erróneamente interpretados los invocados artículos.»

«Que no puede sostenerse que la sentencia recurrida haya cometido la violación del artículo 1.057 del Código civil, que el recurrente le imputa, porque dicha sentencia, precisamente, hace aplicación de él, e incluso la invoca de

manera expresa el décimoquinto considerando de la del Juzgado, razonando en el décimosexto; que la partición realizada por el contador es nula, ya que en ella se incluyen bienes no pertenecientes al testador en el momento de su óbito; y, además, no se demostró, por la vía procesal adecuada, que esta apreciación de la sentencia era errónea.»

«Que la infracción del artículo 910, que en ese tercer motivo se acusa, no puede prosperar, porque parte del supuesto de que el contador-partidor haya cumplido con su deber, y, en cambio, la sentencia impugnada proclama lo contrario, y por eso desestima la reconvencción.»

«Que la alegación de que tal precepto se infringe, al no haber estimado la remoción de los albaceas, es completamente extemporáneo, porque suscita una cuestión nueva, que no fue planteada hasta este momento de la casación, y no puede, por tanto, ser objeto de examen en este trámite, en el cual lo que se censura es la actuación de la Sala sentenciadora en cuanto a las cuestiones que hubiesen sido oportunamente supuestas y debatidas.»

«Que en el caso de autos, la sentencia impugnada proclama que el contador-partidor incurrió en extralimitaciones de funciones, con manifiesta temeridad y notoria mala fe, y declara nula la partición realizada, y, consiguientemente, mientras no se prueba, por la vía adecuada, que esas apreciaciones son erróneas, a ellas hay que atenerse, y no puede condenarse a las herederas a que satisfagan al contador los gastos que tal partición haya originado, pues, en realidad, en esta hipótesis de nulidad de la partición, no puede sostenerse que haya redundado en beneficio de los herederos, que es el supuesto de hecho que el precepto exige para hacer recaer en los herederos la obligación del pago de los gastos que la partición haya originado.»

4.—SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Anulabilidad de la partición efectuada, apoyándose en un acto de declaración de herederos abintestato, por aparición de un testamento ológrafo; y la posible convalidación de la misma.*

HECHOS

El pleito versó acerca de la validez o nulidad de un auto de declaración de herederos abintestato y de la partición consiguiente y sobre resolución de contrato de arriendo y opción de compra. El Juez de Primera Instancia de Novelda declaró la nulidad absoluta del auto de declaración de herederos abintestato, la nulidad del cuaderno particional y de las consiguientes inscripciones en el Registro de la Propiedad, la nulidad del contrato de arrendamiento, que contenía la opción de compra o promesa de venta, y de la anotación afectante a ella tomada en el Registro. La Audiencia Territorial de Valencia, revocando en parte la sentencia del Juzgado, declaró la nulidad del auto de declaración de herederos abintestato, no haber lugar a declarar la nulidad del cuaderno particional ni de las inscripciones producidas, ni la del contrato de arrendamiento y opción, y condenó a los demandados a otorgar la correspondiente escritura de compraventa. Y el Tribunal Supremo casó esta sentencia, fallando, en segunda sentencia, la nulidad absoluta del auto de declaración de herederos abintestato, la validez de la partición y la resolución del contrato de arrendamiento y opción de compra, absolviendo a los demandados de la demanda inicial de otorgar la compraventa dimanante de la promesa.

De la sentencia de casación, de la que fue Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, nos interesan los considerandos relativos a la primera cuestión planteada en el recurso—primero, segundo y tercero, letra e)—que resuelven:

«Que las diversas cuestiones debatidas en la *litis*, como materia propia de las demandas acumuladas, quedan en este trance de casación, reducidas a las dos siguientes: primera, determinar si la declaración de nulidad del auto de declaración de herederos, decretada como consecuencia de no haber tenido en cuenta la existencia de un testamento ológrafo, arrastra consigo, y con el carácter de radical y absoluta, la nulidad de la escritura de partición de bienes hecha con la base exclusiva de aquella declaración, e incluso la de un contrato de arrendamiento posterior, celebrado entre las mismas partes, con apoyo en la titularidad jurídica reconocida en la escritura particional; y segunda, si teniendo validez inicial tal escritura de arrendamiento, una vez finalizado el término del arriendo y sin haberse fijado plazo para la opción, puede el arrendador obtener la resolución del contrato, con fundamento en no haber pagado el arrendatario merced alguna durante todo el lapso de vigencia del contrato, como medio de oponerse a la pretensión deducida por el arrendatario, de ejercitar la opción concedida, pese a la situación de impago que observo»

«Que, respecto a la primera cuestión, se ha de tener presente: A) Que tanto en la doctrina como en la reglamentación de los Códigos sustantivos, al tratar de la nulidad, se distinguen dos grados de invalidez: a) la 'absoluta', que previene la falta de algún elemento esencial, para la perfección del negocio jurídico (acto o contrato 'inexistente'); y b) la 'relativa', que, presupuestas la validez inicial y la licitud de un acto, adolece el mismo de algún vicio o defecto que pueda implicar la declaración de nulidad, a instancias de parte legítima. B) Que en la hipótesis de autos, si la declaración de herederos, con el carácter absoluto, al ser desconocida o silenciada la existencia del testamento, no estaba incluida en ninguno de los casos prevenidos en el artículo 912 del Código civil, y, por contraria a la Ley, era forzoso declarar su nulidad absoluta; ésta no podía alcanzar a la escritura de partición ni a los contratos posteriores, celebrados entre los presuntos herederos, pues, como bien razona el Tribunal sentenciador, no ofrece duda ninguna de que todos aquéllos, conjuntamente, pueden realizar, con plena validez y eficacia, actos de disposición, sobre bienes particulares de la herencia; sin duda por eso, la única nulidad que impone la Ley, al tratar de la rescisión de la partición, es la de aquella 'hecha con uno, a quien se creyó heredero sin serlo' (art. 1.081), por su carácter de inexistencia, y en los demás eventos, permite atacar la partición 'por las mismas causas de las obligaciones' (art. 1.073). C) Que, en virtud de tales normas elementales, en el caso de autos pudo ser impugnada la partición hecha, como incurso en defecto capaz de producir su anulabilidad y previa demostración de algún vicio del consentimiento, de los que se expresen en el artículo 1.265 del Código civil, y al no haberse hecho así, sin duda por haber transcurrido por exceso el plazo de duración que a la acción asigna el artículo 1.301 del mismo Código, no cabe postular con éxito la nulidad absoluta, por faltas o presupuestos que no suponen la inexistencia ni la ilicitud del acto en cuestión.»

«Que todo ello impone la desestimación de cada uno de los cinco motivos primeros de que el recurso consta, dado que: y e) en el quinto ya se pone en relación, al artículo 4.º del Código civil, con los 1.261 y 1.301, acusándose la

violación de todos, pero el recurrente, al argumentar, hace supuesto de la cuestión, insistiendo en el carácter de nulidad absoluta de la partición, que, por todo lo dicho, su simple anulabilidad es patente, y la convalidación de lo anulable puede llegar por el acto positivo de la rectificación expresa o tácita, o porque el negativo de no accionar, contra la validez inicial del contrato, dentro del término legal establecido al efecto, que es lo que ha sucedido en el caso de autos.»

5.—SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Rescisión de partición realizada por contador-partidor, por haber habido lesión de más de la cuarta parte*

HECHOS

Una nieta, hija de un hijo premuerto de sus abuelos los causantes, demandó a sus dos tíos y coherederos y al albacea testamentario contador-partidor, pidiendo que se declarase la validez de una permuta de hijuelas o subsidiariamente la nulidad de la partición efectuada por el contador-partidor, alegando en la réplica, como última petición subsidiaria, la de que se declarase la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, conforme a los artículos 1.074 y siguientes del Código civil.

El Juez municipal de Llanes, en funciones de Primera Instancia, estimando en parte la demanda, declaró la nulidad e ineficacia de las operaciones particionales de ambas herencias, debiendo volver los bienes a su anterior estado de indivisión.

La Audiencia Territorial de Oviedo declaró rescindibles por lesión las operaciones particionales y facultando a uno de los demandados, para caso de no optar por tal rescisión, a que indemnizara a la actora en una suma que determinó.

Este último demandado interpuso recurso de casación, invocó, en su segundo motivo, aplicación indebida de los artículos 1.073, 1.074 y 1.077 del Código civil, y, en el tercero, violación de los artículos 1.056 y 1.057 del Código civil, y alegó que la sentencia recurrida desconoce el privilegio legal que disfruta el contador-partidor testamentario, pues olvida que las operaciones por él practicadas sólo pueden ser atacadas en el supuesto de que existan perjuicios en la legítima de los herederos.

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declaró no haber lugar al recurso, en sentencia de la que interesa a nuestro tema el siguiente segundo:

«Que la réplica lo único que hace es solicitar directamente lo que ya en la demanda se había pedido en relación con las razones y fundamentos expuestos en el propio escrito, en cuyo fundamento legal quinto se expone la lesión en más de una cuarta parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.074 del Código civil, remitiéndose al texto de la conciliación, que se refiere con carácter subsidiario a la rescisión por lesión, concretada expresamente en el último pedimento de la réplica, por todo lo cual el Tribunal *a quo* no ha incidido en la incongruencia denunciada en el motivo primero, al haber declarado rescindibles las operaciones particionales, protocolizadas por escritura pública de 21 de abril de 1961, ni en las infracciones acusadas en los motivos segundo (aplicación indebida de los artículos 1.073, 1.074 y 1.077 del

Código civil) y tercero (violación de los artículos 1.056 y 1.057), al haber sido desestimada la violación del artículo 359 L.E.C., por lo que han de considerarse debidamente aplicados los preceptos sobre rescisión, al resolver una cuestión oportunamente planteada en el pleito.»

COMENTARIO

Se plantearon dudas acerca de si en la partición verificada por contadores-partidores podía jugar la rescisión por lesión de más de una cuarta parte prevista en términos generales en el artículo 1.074 C. c.

La doctrina parece dividida en este punto.

Mucius Scaevola (Código civil comentado y concordado extensamente, volumen XVIII, Madrid, 1901, art. 1.057, págs. 292 y ss.); Sánchez Román (Estudios de Derecho civil, VI-III, Madrid, 1910, 53, b, pág. 2.002); A. Maura (Dictámenes, I, dict. núm. 4, págs. 78 y s.); Clemente de Diego, (Dictámenes, III, dict. núm. 50, págs. 608 y ss.) han opinado que sólo cabe rescindir la partición hecha por los contadores-partidores si lesiona alguna legítima o contraria la voluntad del testador, atribuyéndosele el mismo valor que la hecha por éste—que el artículo 1.056 C.c. define al decir que se pasará por ella—, reputándola a todos los efectos jurídicos como practicada por el propio testador, en cuanto la voluntad de éste sea fielmente obedecida y debidamente interpretada.

Por el contrario, Manresa (Comentarios al Código civil español, t. VII, 6.^a ed., revisada por Bonet Ramón, Madrid, 1943, arts. 1.056, 1.060, pág. 664) y Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida (Derecho de Sucesiones, Parte general, capítulo XV, párrafo 65, núm. 394, pág. 507) creen que la partición hecha por el contador-partidor no cae en el ámbito del artículo 1.075, sino del 1.074.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 noviembre 1957, consideró «que la partición practicada por el Comisario designado por el causante es válida como acto unilateral, sin necesidad de que los herederos la aprueben con su consentimiento, porque el Código civil no exige tal requisito, y debe ser aplicable lo dispuesto en el artículo 1.056 respecto a la partición que haga el testador».

Poco después, la sentencia de 14 diciembre 1957, ante un recurso, que rechazó y en el cual se alegaba la infracción del artículo 1.075 C. c., consideró que «no basta para [apreciar si hay lesión para las legítimas] la tasación que haya practicado un perito, sino la estimación que de ésta, como uno de tantos elementos de juicio, haga el Comisario contador con arreglo a las facultades conferidas por el testador, todo esto aparte de que no en todos los casos de lesión, según los artículos 1.074, 1.075 1.077 y 1.079 del Código civil, procede la rescisión».

Más recientemente, la sentencia de 24 marzo 1961 consideró que «no se ha justificado en el caso actual que los contadores, con su valoración, hayan ocasionado al recurrente una lesión en más de una cuarta parte para que la partición se rescinda, atendiendo al valor de los bienes cuando le fueron adjudicados, que es lo que realmente ha perseguido el procedimiento». Y, en el anterior Considerando, esta misma sentencia razonó que, «si se tiene en cuenta que en el juicio de testamentaria se produjeron cuatro tasaciones completamente dispares, y aun en el procedimiento de que dimana este recurso, una cuarta, en cantidad inferior a todas las anteriores, y aun a la fijada por los contadores, la Sala de instancia pudo aceptar la de éstos como la más equi-

tativa, al no existir norma legal alguna de carácter sustantivo o procesal que obligue a los contadores facultados por el testador para tasar los bienes hereditarios a atenerse al dictamen del perito dirimente...».

6. SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1965.—*Complemento de la partición por adición de un bien que habia sido omitido.*

HECHOS

Se discutió en el pleito si varios bienes, y entre ellos la cuarta parte indivisa de una hacienda y de una haza, pertenecían a la causante de la herencia, y por tanto debían agregarse a ésta, practicándose una partición adicional. El Juez de Primera Instancia número 2, de Granada, declaró que una participación no determinada de la finca correspondía a la causante; pero la Audiencia Territorial de Granada absolvió de este extremo al demandado. Los demandantes interpusieron recurso de casación, en el cual, entre otros motivos, se invocó, en el décimo, violación del artículo 1.079 C. c. Y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, casó de la de instancia y, en segunda sentencia, aceptando todos los Considerandos de la del Juzgado, confirmó ésta. De la sentencia de casación nos interesa el Considerando 12, que, partiendo de la justificación de que la causante era copartícipe de los bienes discutidos, dice así:

«Que la estimación de los tres motivos anteriores lleva como consecuencia la del décimo, porque si se reputa que las fincas y bienes comprados por el demandado con el dinero que en parte era de su madre y en parte de sus hermanos, les pertenecían a todos proindiviso y sin determinación de cuotas, es evidente que en los que se adquirieron en vida de la madre ésta tendrá una cuarta parte en proindivisión con sus hijos, y, por tanto, la partición de bienes de ella deberá ser complementada, como se previene en el artículo 1.079 C. c., para el supuesto de que aparezcan con posterioridad otros bienes del causante.»

J. V. G.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

II. SOCIEDADES

SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1966.—*Sociedades Anónimas. Nulidad de acuerdos sociales por falta de claridad en la convocatoria de la Junta. Alcance de tal nulidad.* (Prendes c. «Canales y Túneles, S. A.»)

La recta aplicación del artículo 84 de la Ley de S. A. exige se expresen *con la debida claridad* los extremos que hayan de ser objeto de modificación; es evidente la falta de concreción de la convocatoria en que no anuncia cuáles sean los artículos del estatuto que vayan a quedar modificados, y esa omisión va en contra de la «ratio legis» del precepto en cuanto sus trae al conocimiento de los accionistas convocados un elemento de información de la máxima importancia..., surgiendo así elementos de sorpresa con los cuales no pudo racionalmente contar el accionista convocado... Y al no hacerlo así se ha producido una infracción en la convocatoria, prevista claramente por la ley *bajo pena de nulidad*, vulneración que no sólo afecta a la convocatoria misma, sino también a los acuerdos adoptados en la Junta irregularmente convocada...; el vicio de nulidad abarca a todos los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria como consecuencia de la irregularidad de la convocatoria, y no sólo afecta tal vicio de nulidad a uno de los acuerdos adoptados en la referida Junta.

III. TÍTULOS VALORES.

SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1966.—*Aval cambiario. Concepto y efectos.* (Used c. Mateo.)

Considerando: Que el aval en nuestro Derecho es una fianza dada, en forma expresa y escrita, para el pago de la letra, encaminada a asegurar el derecho del acreedor al cobro de la deuda, por lo que es una obligación accesoria al círculo normal de las obligaciones cambiarias, y si bien nuestro Código de comercio no reconoce expresamente el aval por acto separado, como aquél, generalmente, expresa la voluntad del avalista mediante la palabra «por aval», escrita junto a la firma de la persona cuya obligación se desea garantizar, es lo cierto que al expresar a todos los posibles acreedores este afianzamiento para éstos nada influyen las relaciones entre avalista y aceptante..., dado que las relaciones entre ambos no pueden disminuir la eficacia del aval frente al librador o tenedor de la letra.

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1966.—*Naturaleza del convenio entre el suspenso y los acreedores. Importancia de la «pars conditio creditoris» que persigue.* (Ricart c. Cano.)

Considerando: Que el convenio entre el suspenso y los acreedores es configurado en la doctrina científica como un negocio jurídico complejo como institución integrada por factores contractuales (de interés privado) y procesales (de interés público), bastando para la aprobación la mayoría de los acreedores («quod facit major para id omnes facere videntur»), considerados como una colectividad (masa de acreedores concurrentes), semejante a la de los comuneros o a la de los socios de una Compañía mercantil, pero a diferencia de los acuerdos sociales, el convenio se impone por igual no sólo a los acreedores concurrentes, sino a los ausentes y ajenos a la suspensión, porque si no fuese así resultaría ilusoria la paridad de condición de los acreedores, que es la esencia de la suspensión de pagos.

Considerando: Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 30 de mayo de 1959, cuanto se relaciona con la naturaleza propia del convenio, la doctrina más autorizada lo reputa negocio jurídico «sui generis», que si se asemeja a los de naturaleza contractual, porque nace de un concierto de voluntades en torno a una proposición que se acepta y puede implicar una transacción, dado que los contrapuestos intereses se sacrifican recíprocamente al pactarse sobre su cuantía y sobre los términos de su efectividad en cuanto al tiempo, no puede decirse que se asimile totalmente a un negocio privado, pues si en su génesis concurren factores de esa índole, la institución acusa un matiz de marcado carácter público revelado ante todo por la intervención judicial, que, pese a lo limitado de sus facultades, reviste a lo otorgado de fuerza general vinculante, y aparte de fiscalizar el cumplimiento de las exigencias formales y materiales que en lo humano aseguran la seriedad del acuerdo, procura, como fin más trascendente, la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que resultaría mal parada si de uno u otro modo o por una u otra razón permitiesen sustraer a la masa de acreedores créditos de condición parigual que, sin embargo, para todos los efectos útiles gozarían de privilegio en relación con el derecho de los acreedores concurrentes.

Considerando: Que las previsiones legales demuestran la preocupación para llegar a una declaración que tenga virtualidad «erga omnes» y que respondiendo a la naturaleza especial del convenio haga posible la «pars conditio creditorum», que de otro modo no puede lograrse, solución la expuesta que en otro aspecto podría razonarse por reducción al absurdo, porque de no aceptarse este criterio se llegaría a la conclusión de que el ausente del proceso de convenio (fuera o no voluntaria su ausencia), al perder la posibilidad de intervenir y la de impugnación, resultaría favorecido cobrando su crédito, con preferencia en cuanto al tiempo y a la cuantía, a los demás de la misma condición que concurrieron oportunamente, cuando la solución que parece más acomodada al espíritu informador de la ley y aún a la equidad, es asimilar la condición del acreedor ausente del convenio por causas que en algún aspecto puedan no serle imputables, a todos los concurrentes, sin preferencia alguna sobre los titulares de créditos no privilegiados.

Considerando: Que para coadyuvar a los efectos indicados, dispone el apartado cuarto del artículo 9.º de la Ley de 27 de julio de 1922, que..., con el fin de que el acreedor pueda alcanzar un título a su favor pero sin mengua de la intangibilidad del patrimonio del suspenso, que constituye la garantía común de todos los acreedores, y por ello el párrafo siguiente del mencionado artículo dispone que... mandando el Juez a los interesados, una vez aprobado el convenio, estar y pasar por él (art. 17 apartado primero).

Considerando: Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 21 de abril de 1934, la omisión o eliminación de la lista de acreedores, aun reconocido el crédito en el juicio correspondiente, no libra ni exime al acreedor de su obligación de someterse al convenio: Primero, porque pudo oponerse a la aprobación de éste, conforme al artículo 16 de la Ley de suspensión de pagos, y no consta lo hiciera; y segundo, porque se trata en el actual caso de un crédito sin privilegio alguno que resultaría privilegiado por aquella eliminación.

R. G. S. F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

I. LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO

1. FUENTES DEL DERECHO.

A) *Disposiciones reglamentarias.*a) *Procedimiento para dictarlas y para anularlas en virtud de recurso administrativo.*

El dictamen del Consejo de Estado es necesario para lo primero, mas no para lo segundo.

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.117).

«Como quiera que el recurso en cuestión, que autoriza el artículo 120 de la referida Ley, aparece previsto contra las disposiciones de carácter general, como era la Orden de 31 de octubre de 1953, no existe precepto alguno que pueda impedir que el Ministerio de Hacienda lo estimare, y en razón de ello revocara y anulara la Orden impugnada, que es cosa completamente distinta del supuesto en que la Administración, sin ningún requerimiento, dictara la Orden ministerial que se impugna, y por ello, y por tratarse de la resolución de un recurso administrativo, carece de aplicación la preceptiva que impone el previo Dictamen del Consejo de Estado, previsto para supuesto distinto».

b) *Impugnación.*a') *En vía administrativa.*

Ver sentencia anterior.

b') *En vía jurisdiccional.*a'') *Posibilidad de impugnación. No son actos políticos.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1966.

«El acto impugnado es un Decreto del Ministerio de Hacienda, es decir, una disposición de categoría inferior a la Ley, que tampoco reviste, según queda dicho, el carácter de Decreto-Ley, ni es un Decreto legislativo cuyo valor de Ley proceda de una delegación expresamente concedida por una Ley formal,

como ocurre con los textos articulados que desarrollan una Ley de bases o que contienen una refundición legislativa, ni es resultancia de una autorización para dictar una nueva formativa sin atenerse necesariamente a bases legales, sino que es clara consecuencia y desarrollo de la ordenación establecida y a partir de la Ley de Bases de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado de 20 de julio de 1963, y de su Texto articulado del 7 de febrero de 1964, que atribuyeron a la Ley el establecimiento del cuadro de coeficientes multiplicadores del sueldo base de los funcionarios y al Consejo de Ministros la competencia para acordar los que hubieran de originarse a cada Cuerpo, a propuesta del Ministro de Hacienda, según previene el artículo 14, apartado E), del citado texto, e informe de la Comisión Superior del Personal, con arreglo al artículo 18, A), del mismo texto, por lo que es de las disposiciones que pueden ser impugnadas ante esta jurisdicción, conforme previene el artículo 1.º de su Ley».

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.898).

«No es por su contenido de naturaleza política, sino administrativa, como es el del cumplimiento de los preceptos legales referentes a aspectos determinados de la retribución de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

b") *Legitimación necesaria.*

Es necesaria la legitimación corporativa, de ámbito general, idéntico al de la norma.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.899).

«La Instrucción objeto del recurso no le ha sido aplicada mediante acto concreto alguno, puesto que no existen en las actuaciones datos que otra cosa demuestren, como tampoco se trata de una disposición que el citado recurrente hubiera de cumplir sin necesidad de esos actos de aplicación, ya que ésta había de tener lugar al formalizarse los oportunos pagos de sus haberes u honorarios por la Corporación a la que presta sus servicios, todo lo cual demuestra la falta de legitimación del recurrente».

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.899).

«En la relativo al otro recurrente, Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, también es de apreciar la inadmisibilidad del recurso que al amparo del mismo precepto alega el Abogado del Estado, puesto que las entidades legitimadas, a tenor del expresado artículo 28 de la Ley, no pueden ser sino las que ostentaran la representación o defensa de intereses de "ca-

rácter general o corporativo", y éstas sólo en cuanto se relacione con los fines que les están atribuidos, y fácilmente se advierte que el mentado Consejo no llena la exigencia de la norma indicada, por cuanto suprimida por la propia Administración, al resolver los recursos de reposición, la norma 8.7 de la Instrucción debatida, relativa a los honorarios de los que no sean funcionarios de la Corporación, sólo se impugna mediante el recurso jurisdiccional las normas afectantes, en su calidad de funcionarios de Administración local, a un sector de técnicos encuadrados en los citados Colegios, y no a los intereses de carácter general o corporativo de todos los que en aquélla se integran».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.077).

«No se trata ahora de que el Abogado del Estado niegue una personalidad, o condición o situación en un cargo o representación, que la Administración había ya reconocido en vía gubernativa; lo que la Abogacía del Estado aduce es que esa representación, que no desconoce ni niega, no basta, por su área reducida en relación con el ámbito de generalidad de la Orden ministerial, para justificar la legitimación activa procesal en este recurso contencioso-administrativo».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965 (Ar, número 2.077).

«Los que demandan declaran expresamente que lo hacen en nombre y representación de dos Entidades, como Presidentes respectivos de las mismas: el Sindicato Provincial de Actividades Diversas de Barcelona y el Grupo Social de Porteros de Fincas Urbanas de Barcelona, entidades que son las verdaderas y efectivas demandantes, y por otra parte, es obvio que dichas entidades demandantes no ostentan en modo alguno la representación o defensa de todos los intereses de carácter tan general como se refieren a todo el ámbito nacional, a los cuales abarca la Orden ministerial recurrida».

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.117).

«Dada la regulación reglamentaria del Sindicato, su carácter de Corporación de Derecho público y su plena personalidad jurídica para "representación y disciplina de los sectores directamente interesados en el proceso económico de los productos que entran en su esfera de acción", como expresamente se consigna, no cabe negar aquella legitimación».

B) Principios.

El principio «venire contra factum proprium non valet» y su limitadísima aplicación al campo del Derecho administrativo.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.805).

«La imprecisa doctrina del respeto a los actos propios, anunciada en el aforismo romano *"venire contra factum proprium non valet"*, si bien opera en el campo del Derecho privado, tiene limitadísima oportunidad de invocación dentro del Derecho público, singularmente del procesal administrativo, ya que siempre el procedimiento, materia de orden público, no sólo garantiza los particulares intereses de los administrados, sino también el acierto en el obrar de la Administración, las normas rituarías se imponen imperativamente y su infracción comprobada determina la nulidad de las actuaciones del expediente y del acto en que culminó, ya se denuncie por la parte o se releve de oficio por el Tribunal de la jurisdicción revisora: y siendo ello así, no cabe estimar que el órgano administrativo quede vinculado por su propia decisión cuando la misma es contraria al Ordenamiento procesal, admitiendo y resolviendo de modo expreso un recurso y reposición presentado fuera de plazo».

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.831).

«Se trata de un contrato de uso de bienes de dominio público, típicamente administrativo, en el que la posición de las partes intervinientes no es igual; la Administración interviene con potestad de imperio, concediendo el uso de bienes de dominio público al administrado que lo solicita, para un fin determinado, como es el de atender a un servicio público de abastecer los puestos y preparar el pescado para su explotación; no existe precio, sino canon de utilización, como puede libremente la Administración modificar al variar las condiciones y las tarifas; en los contratos de arrendamiento civiles, el arrendador no puede acomodar en la cosa arrendada a otros usuarios, ni es admisible la facultad inspectora de los funcionarios de la Junta de Obras a tener libre acceso en la cosa arrendada, ni es posible que el incumplimiento de las cláusulas pactadas motiven la caducidad del contrato, ni la fianza puede ser en la cuantía que la concesión determina, ni puede imponerse la preparación de más de un millón de kilos de pescado para surtir los puestos y explotarlos, esto aparte de que la sumisión del actor se hace a las autoridades administrativas, sumisión que el actor acató y cumplió, al dirigirse primero a la Junta de Obras Públicas y más tarde al Ministerio del Ramo al interponer el recurso de alzada contra la resolución de la Junta por lo cual, al pretender hoy se declare que tal contrato es de naturaleza civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria, es ir contra sus propios actos, lo cual no es lícito, por cuya razón es forzoso desestimar esta pretensión del actor».

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) *Naturaleza de los actos.*

a) *Acto administrativo.*

Lo es el de la Administración penitenciaria, en ejecución de sentencias penales, y pueden existir en materia laboral.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.746).

«Si bien la ejecución de la sentencia en el proceso criminal español, sea común o castrense, corresponde a la autoridad judicial de uno u otro orden, según es de ver en los artículos 903 del Código de Justicia Militar y 984 y 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede desconocerse que en la fase del cumplimiento de la pena, singularmente cuando es privativa de libertad y cualquiera que fuera la jurisdicción de que la hubiera impuesto, junto a las facultades dispositivas, coercitivas y de inspección integradas en el "imperium" de los Tribunales, aparecen las subordinadas y complementarias propias de las funciones, órganos y servicios que constituyen la Administración penitenciaria, a cuya actuación ha de someterse el recluso desde que ingresa en el establecimiento donde ha de cumplir su condena, y toda vez que el beneficio de la libertad condicional, como último período de sistema progresivo penitenciario, no es otra cosa en su aplicación que una serie de actos administrativos que garantizan la función reparadora en congruencia con las exigencias de la individualización de la pena y la readaptación social del penado, actos que tienen su pauta normativa en los artículos 53 a 61 inclusive del Reglamento de Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, es visto que no existe motivo de incompetencia jurisdiccional que en principio despoje a la Sala de su potestad revisora respecto de la Orden del Ministerio de Justicia de 14 de octubre de 1964, que aquí se combate, dictada en vía de recurso administrativo previsto en el Ordenamiento penitenciario».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.928).

«Para desvanecer las dificultades que suscita la línea divisoria de los problemas sometidos a la jurisdicción laboral y los que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa, un reiterado criterio jurisprudencial, que recuerda la sentencia de 13 de abril de 1963, distingue, a ese propósito, cuando el Ministerio de Trabajo actúa en virtud de atribuciones proyectadas a las necesidades particulares, pero de índole social, entre patronos y obreros, y cuando desenvuelve su actividad con relación a un servicio público, origen de derechos administrativos, susceptibles de defenderse, si son vulnerados, mediante el recurso contencioso-administrativo».

b) *Acto presunto por silencio administrativo.*

La presunción es para el particular una garantía, no una carga.

Puede destruirse mediante un acto posterior, salvo que haya originado derechos irrevocables.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.752).

«Sobre todo a partir de la reforma de la Ley de Procedimiento de 1963 —2 de diciembre—, en que se intercaló un párrafo nuevo a lo dispuesto en el artículo 93, no cabe ya la más ligera duda de que la institución "silencio administrativo" se concibe como una presunción, a utilizar por el administrado en sentido de que puede optar entre interponer el recurso o esperar a la obligada resolución de la Administración, y en este segundo caso, se abre el periodo o plazo ordinario para recurrir, porque si no, lo que se quiso configurar como garantía resultaría un cargo en sentido de que se podría excepcionar una caducidad, contraria a la letra y al espíritu de la Ley».

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.117).

«Independientemente de lo que antecede, hay que tener en cuenta el hecho de que también la Administración demandada pueda reconocer en vía administrativa las pretensiones del actor aun después de interpuesto el recurso contencioso-administrativo, con las consecuencias a que se refiere el artículo 90 de las tantas veces citada Ley jurisdiccional, como reconocimiento extraprocesal de pretensiones».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.074).

«El plazo de un año que fija el párrafo 2.º del artículo 58 de la Ley jurisdiccional para que el acto presunto por silencio administrativo pueda impugnarse en vía jurisdiccional se cuenta a partir de la fecha de interposición del recurso de reposición, y dentro de aquél la Administración está facultada para dictar resolución expresa, sin que se produzca el motivo de anulabilidad que respecto de los emitidos posteriormente a expirar dicho plazo ha apreciado la jurisprudencia de esta Sala como medio de proteger las situaciones administrativas consolidadas a favor de un titular, ante la inactividad de los interesados que no acudieron al recurso contencioso-administrativo, por imperativos de seguridad jurídica, según sentencias de 23 de marzo de 1963, 16 de marzo de 1964 y 30 de junio de 1965, entre otras; pero la fecha de expiración del referido plazo no es la que se notifica la resolución, sino el día en que efectivamente termina el lapso anual».

C) *Acto inexistente.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.131).

«No existe acto impugnabile sobre el que pudiera incidir la actuación revisora de la Sala, y por otra parte, el caso no cabe encuadrarlo en el artículo 90, párrafo 1.º, del propio Ordenamiento legal que contempla el supuesto de que después de interpuesto el recurso contencioso-administrativo la Administración demandada reconozca totalmente en vía administrativa la pretensión del demandante; toda vez que aquí tal reconocimiento total se había producido antes de la interposición».

D) *Nulidad.*

a) *De pleno Derecho, por falta manifiesta de competencia.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.963).

«Como los aludidos recursos de reposición no se resolvieron por el mismo órgano que emitió los actos que aquéllos impugnaron, es decir, la Dirección General de Enseñanza Primaria, según previene el citado artículo 126 de la Ley de 17 de julio de 1958, surge la nulidad de pleno Derecho, a tenor del apartado a) del artículo 47 de la propia Ley, de los que dimanaron del Ministro de Educación, puesto que carecía de competencia para dictarlos».

b) *Nulidad no existente.*

Incompetencia no relevante.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 1.743).

«Tales defectos no alcanzarían a producir la nulidad de actuaciones, a tenor de los apartados a) y c) del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues uno y otro apartado se refieren claramente al funcionario, autoridad u organismo que "dicta el acto", y éste, en el caso relacionado, no es el secretario, sino el instructor del expediente, contra el cual nada se ha aducido».

E) *Error de hecho y de derecho.*

Concepto.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.118).

«Según jurisprudencia manifestada, entre otras, en sentencias de esta Sala de 9 de junio de 1929, 10 de enero de 1931, 23 de enero de 1956. 25 de noviembre de 1961. 22 de diciembre y 1 del mismo mes de 1962, el error consistente en haberse desconocido o no aplicado una exención tributaria, no es de hecho, sino de concepto de fondo, de derecho, porque el error es el de carácter material, aritmético, accidental e independiente de cualquier opinión o criterio, y cuando el error, como en este caso, se deriva de interpretación de un precepto legal, debe reputarse como de derecho, conforme declaran las sentencias de 11 de diciembre de 1964 y la de 25 de noviembre de 1959».

F) *Desviación de poder.*

Concepto estricto y necesidad de prueba plena.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.858).

«No incide específicamente en la alegada tacha de desviación de poder, porque ésta presupone el ejercicio—con finalidad diferente de la determinativa de su concesión—de una facultad o potestad, y en el caso de autos el Ministerio carecía de la atribución invocada».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.877).

«Para la existencia de desviación de poder no es suficiente con que la Administración haya incurrido en errores en la concesión y aplicación de la excedencia al recurrente, sino que es preciso acreditar con los supuestos errores se asientan en motivos distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, esto es, cuando la Administración no ejercita su potestad con la debida buena fe».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.900).

«Para que esta alegación pueda prosperar es menester acreditar con seguridad que el apartamiento del cauce jurídico, ético o moral ha tenido existencia, siendo indispensable que la prueba se efectúe por quien la invoca, ya que se

presume que la Administración ejerce sus potestades siempre con arreglo a Derecho».

G) *Revisión de oficio.*

Interpretación restrictiva.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz, número 2.033).

«Las sentencias de 26 de enero de 1961 y 8 de abril de 1965, dictadas, respectivamente, por las Salas 4.ª y 5.ª, para el correcto ejercicio de la facultad anulatoria del acto administrativo que infrinja la Ley, otorgada por el artículo 110, párrafo 1.º, de la Ley de Procedimiento Administrativo, es indispensable que la infracción legal sea manifiesta, esto es, que se acuse y patentice con tal claridad y evidencia que haga innecesarias las reglas interpretativas o las deducciones basadas en razonamientos complejos, condición exigible con criterio estricto y riguroso, tanto por tratarse de una norma en pugna con la tradición doctrinal y legislativa patria, inspirada en el principio de irrevocabilidad de los actos de la Administración creadores de derechos subjetivos, como porque su aplicación extensiva ampliaría de modo exorbitante la prerrogativa del ente público, dando lugar a que en muchos casos quedasen excluidos prácticamente de fiscalización jurisdiccional actos o decisiones que deben estar sujetos a ella, como última garantía de la integridad y permanencia de los derechos e intereses legítimos declarados o reconocidos a favor de los particulares».

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A) *Concepto de iniciación de oficio.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1966 (Arz, número 1.744).

«Siendo la causa determinante del proceder de la Administración un acuerdo o resolución recaído en otro expediente administrativo, en el que los hoy recurrentes no han sido parte interesada, ni han sido oídos en el mismo, ni han podido en él defenderse, es claro que para aquéllos la orden de cese, revocatoria de la anterior orden de autorización, les ha venido por conducto estrictamente oficial y ajeno a toda previa actuación afectante, y por lo que es patente que el actuar administrativo determinante del cese acordado de esta manera resulta dictado de oficio».

B) *Motivación.**Interpretación amplia.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.865).

«Si en realidad no resulta procesalmente ortodoxa la original ignavia que supone la modalidad de hacer simple referencia en una a los razonamientos de otra resolución, tampoco cabe, dado el espíritu de la Ley, entender quebrantada la formalidad del procedimiento administrativo».

C) *Notificaciones.*

. *Su insuficiencia o error no puede perjudicar al interesado.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.819).

«Para hacer prevalecer esta extemporaneidad manifiesta sería necesario que en la notificación de 10 de marzo citado se hubiera hecho constar expresamente el plazo para interposición de este recurso contencioso-administrativo».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.819).

«El error en que se hizo incurrir al interesado no puede beneficiar a la Administración culpable de la desviación procesal».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.864).

«Seguido por el interesado el camino que se le marcó a la jurisdicción administrativa, en lugar de indicársele el de la contenciosa, no puede el cambio de ruta sugerido por la Administración desembocar en la inadmisibilidad de la reclamación actual, según también se declaró en las sentencias de esta Sala y en observancia estricta del número 3 del artículo 5.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, sino que procedería en principio anular lo actuado tras la notificación equivocada, para rehacerla en forma; mas un sentido de economía procesal, estribado a la vez en el de conservar la tramitación cuando hubiere de apreclarse permanencia de contenido, y que se refieren los artículos 50 y 51 de la Ley citada de Procedimiento Administrativo, llevan a mantener lo actuado».

4. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS ILEGALES.

A) *Via administrativa.*

a) *Recurso de alzada.*

Necesidad del trámite de audiencia.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.127).

«Respecto de tales interesados no recurrentes, ni personados en la alzada, ni oficialmente conocedores de ella, el mismo escritor promotor del recurso y los informes y documentos subsiguientes, son documentos nuevos, que no figuraron en el expediente de la instancia anterior y que deben ser puestos de manifiesto al interesado no recurrente».

b) *Recurso de revisión.*

El de la Ley de Procedimiento cubija al especial en materia de propiedad industrial.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.025).

«Se ha discutido en el pleito si está vigente el artículo 16 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 30 de abril de 1930, que concede a los interesados recurso extraordinario de revisión contra los acuerdos del Registro cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesto y evidente error de hecho plenamente demostrado por la prueba documental, porque el artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 dispone en su número 3.º que el silencio administrativo y el ejercicio del derecho de recursos en vía administrativa que estuviere reconocido en disposiciones especiales (y como tal han de conceptuarse los referentes a la Propiedad Industrial, según el número 21 del artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre del mismo año) se ajustarán a lo dispuesto en dicha Ley, pero la discusión carece de trascendencia a los efectos de la resolución de este litigio, porque lo mismo que el artículo 16 del Estatuto dispone en su número 1.º el artículo 127 de la expresada Ley».

B) *Via jurisdiccional contencioso-administrativa.*

a) *Legitimación activa.*

a') *Inexistencia de interés directo.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.121).

«Es objeto del litigio la impugnación de una Orden ministerial de Obras Públicas por la que quedó confirmada la actuación de la Comisaría de Aguas del Júcar, que publicó anuncios, respectivamente, relacionados con dos expedientes seguidos en solicitud de concesión por distintos interesados, uno para aprovechar aguas públicas con destino industrial y otro para desecación de terrenos pantanosos, y en los cuales anuncios se exigió a los peticionarios la presentación de sendos proyectos, firmados por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, y se autorizó la presentación de proyectos en competencia. La pretensión tiende a que sea admitido la formulación de los mismos por cualesquiera titulados de la Ingeniería civil, y entre ellos los Ingenieros de Montes.

Que para el primer extremo de pedimento es tan clara la falta de legitimación por carencia absoluta representativa, que no precisa justificarse, pues el Colegio no representa sino sólo a una especialidad de la Ingeniería, y en cuanto al segundo, es decir, al que dice relación a la Rama de Montes, precisa observar que quiere apoyarse la legitimación en el artículo 20 de la Ley de la jurisdicción, pero lo que precisa es que lo impugnado sea disposición de carácter general, lo que no son las discutidas decisiones de la Comisaría de Aguas, que se dictan en procedimientos concretos, afectando sólo a los peticionarios, que no han reclamado, y a los que, mediante el requisito esencial de presentación de proyectos en competencia, resulten interesados en los mismos, lo que aquí esto último no se ha dado».

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.642).

«Para ser considerado, con arreglo al artículo 23, apartado a), de la Ley de Procedimiento Administrativo, "interesado legítimo" el señor M. S. B., tendría que tratarse de dueño de establecimiento similar al Hotel A., que por indebida clasificación de categoría de éste, se viera perjudicado en una competencia irregular, y ahora en el proceso contencioso-administrativo que promueve el señor M. cabe reconocer la falta de legitimación activa, al amparo del artículo 28 de la Ley jurisdiccional, no sólo por las circunstancias expresadas, sino con más razón que en el procedimiento administrativo, porque en el momento de iniciar este contencioso ni siquiera era el actor huésped del Hotel tan repetido, como reconoce en el hecho 8.º de su demanda, faltándole, en todo caso, la consideración jurídica, para estar legitimado procesalmente, de interesado directo que requiere el artículo 28 mencionado, en su apartado a)».

b') *Especial para recurrir disposiciones generales.*

Ver I, 1, B, b'), b').

b) *Objeto del recurso.*

a') *Acto no definitivo.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.960).

«En la parte dispositiva de la resolución se dice que en el escalafón definitivo del Cuerpo Administrativo de Delineantes del Instituto Nacional de la Vivienda debe figurar el recurrente con el número 120 de orden general y 16 de su categoría, hasta tanto se informa por el Consejo de Estado acerca de la procedencia o no del reconocimiento de la antigüedad en la Junta Nacional del Paro del personal procedente de la misma, siendo evidente por ello la provisionalidad de las resoluciones recurridas, ya que quedan pendientes de lo que informe el Consejo de Estado».

b') *Acto confirmatorio de otro consentido.*

a'') *No son actos consentidos los que se consientan sólo por algunos intereses con respecto a los otros.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1966.

«El aquietamiento de éstos ante lo resuelto no significa que la Administración haya actuado con corrección jurídica, sino un abandono de sus derechos o dejación de los mismos, que sólo puede traer como consecuencia el lógico perjuicio para quienes incidieron en ello, pero sin que pueda extenderse tal resultado en orden a quienes recurrieron contra los acuerdos que entendieron improcedentes».

b'') *No es acto confirmatorio de un deslinde el amojonamiento que se demora en demasía.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.081).

«El Tribunal ha de hacer aplicación de la tradicional doctrina que limita prudentemente la apreciación de que existe un acto confirmativo, al supuesto de que la materia común reviste caracteres de unicidad causal y determinante; lo que evidentemente no ocurre en el caso de autos, porque el amojonamiento es consecuencia del deslinde, pero posee sustantividad jurídica muy acentuada

al mediar entre ambas operaciones administrativas el considerable lapso de sesenta y cuatro años, durante el cual el indiscutible desarrollo de las situaciones posesorias ha engendrado problemas cuya valoración legal sólo puede efectuarse mediante el enjuiciamiento del fondo de la litis».

c') *Actos no excluidos por Ley.*

Actos de tipo militar.

SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.966).

«No se discute en el recurso nada que se refiera a la concesión de la Medalla, sino si la posesión de ella le da derecho al ascenso a General de Brigada, conforme a la precitada Ley, en la fecha en que, por cumplimiento de la edad señalada para el retiro en el Arma de Infantería, de la cual procede, le hubiere correspondido pasar a dicha situación; por lo que, circunscrito como queda el ámbito del recurso, conforme a sus propios y verdaderos términos, es indudable que la inadmisibilidad alegada, por entender que se discute en él la concesión de una recompensa por méritos de campaña, ha de ser rechazada».

c) *Diligencias preliminares.*

Reposición.

a') *Concepto amplio.*

SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.823).

«Cuya petición no puede tener otra significación que la que el propio Gobierno Civil la atribuyó; presentación en término hábil del preceptivo recurso de reposición, ya que éste existe siempre que se pide en cualquier forma la alteración, modificación o condonación del acto administrativo».

b') *Subsanación y límites.*

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.025).

«Este Tribunal había concedido el término de diez días para subsanar el no haber formulado la reposición, providencia que fué notificada al Abogado del Estado y consentida por éste, y finalmente es doctrina reiterada de esta Sala que el artículo 29 de la Ley permite la subsanación del defecto durante la tramitación, y subsanado, no cabe aceptar la inadmisibilidad, amparada en los apartados C) y E) del mencionado artículo 82».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.805).

«Si bien el artículo 129, párrafo 3.º, de la Ley jurisdiccional permite subsanar el defecto procesal consistente en no haberse interpuesto recurso de reposición cuando sea preceptivo, de su texto se infiere que la subsanación carece de viabilidad en el supuesto que se haya justificado dicho recurso previo, pero después de transcurrido el plazo de un mes que al efecto señala el artículo 52 de la Ley de la jurisdicción, al que hace expreso reenvío el 126 de la de Procedimiento Administrativo, como así lo entendieron y declararon las sentencias de esta Sala de 16 y 23 de marzo de 1964, la primera de las cuales expresa de modo terminante que ello no supone tratamiento de privilegio para el que no pide en absoluto reposición respecto del que lo hace fuera de plazo, sino simplemente tratamiento distinto impuesto por la letra del precepto, que "debe ser observado y cumplido en tanto perdure su vigencia", según manifiesta la sentencia de la Sala 5.^a de 28 de junio de 1963».

d) *Ampliación del recurso.*

«*Favor actionis*».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.820).

«Aun cuando en la práctica normalmente se exige que la ampliación de las actuaciones jurisdiccionales se formulen mediante escrito individualizado con anterioridad a formularse la demanda, no existe precepto legal determinante del tal estricto requisito, bastando que se deduzca la petición en cualquier forma dado el criterio espiritualista que inspira la Ley reguladora de esta jurisdicción si se cumplen las circunstancias requeridas por el artículo 46 de ella para la ampliación de las acciones deducidas, y que son que los nuevos actos administrativos se hubieran producido antes de formalizarse la demanda guarden relación con los impugnados y se solicite dentro del plazo de dos meses de su notificación».

e) *Demanda y presentación de documentos.*

«*Favor actionis*».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.912).

«La indudable imperfección técnica que cabe observar en la sistematización de la demanda no lleva a empeñar la percepción de cuáles son los hechos que se trata de establecer y cuál la invocación de preceptos en que el derecho de la parte pretende ampararse, con lo cual resulta plausible la inaceptación por la Sala de la inadmisibilidad que se solicitara».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.902).

«La pretendida falta de requisitos de forma, que el Abogado del Estado califica respecto a la demanda de este recurso, en base de que algunos documentos no están extendidos en el papel sellado correspondiente, con arreglo a la Ley del Timbre, y que alega ser causa de inadmisibilidad, con arreglo al artículo 82, letras f) y g), carece de virtualidad suficiente a los efectos que se pretende invocarlo, pues se trata de defecto accidental fácilmente subsanable con arreglo al espíritu del Ordenamiento, expresivo del mayor alejamiento posible respecto del manierismo formalista de que la Ley huye y que en el proemio de la misma se declara».

f) *Sentencia.*

a') *Congruencia.*

a'') *No impide pronunciarse de oficio sobre vicios de competencia o procedimiento.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.746).

«La competencia es de orden público y los efectos invalidatorios que su falta determina en los actos emanados de origen incompetente pueden ser relevados de oficio por los Tribunales de esta jurisdicción».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.029).

«Es tradicional doctrina elaborada durante el largo período de vigencia del anterior Ordenamiento jurisdiccional, representado por la Ley de 22 de junio de 1952, que se mantiene desde la aplicación del actual sistema regulado en la Ley de 27 de diciembre de 1956—artículo 5, en relación con los 43 y 83—la de que cuando entre las cuestiones planteadas, ya por iniciativa de las partes, ya por apreciación de oficio del propio Tribunal, figure una atinente a la existencia de defectos sustanciales en las actuaciones gubernativas que han engendrado los actos recurridos y que proyecten sobre éstos tacha de nulidad, su enjuiciamiento debe proceder al de los restantes problemas—incluidas las alegaciones de inadmisibilidad—, por el carácter no sólo preclusivo del examen de fondo de la litis, como de sus condiciones de inadmisibilidad, sino estar directamente ligado a la observancia del orden procesal que debe respetarse, lo mismo en la esfera administrativa que en la jurisdiccional y de cuyo respeto han de ser celosos custodios los Tribunales de esta jurisdicción, en el ejercicio de la más primaria faceta de su función revisora».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.822).

«Tratándose de la denuncia de un defecto formal muy grave, de no existir éste debe ser desestimado, como más adelante se expondrá, y en el caso de existir, tratándose de grave infracción del procedimiento productora de indefensión, es inoperante la admisión, o inadmisibilidad de la petición, ya que, propuesta o no, había de ser estimado de oficio por el Tribunal en virtud de su función revisora y de su deber de velar por la pureza del procedimiento».

b"). *Pero limitada a los actos objeto de recurso.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.130).

«La facultad de declarar de oficio la nulidad de los actos sometidos a revisión jurisdiccional, como consecuencia de las tachas procesales que precedieron a su formulación, ha de ejercitarse con relación a las actuaciones practicadas en los mismos expedientes originarios de aquellos actos, pero sin extenderse a los correspondientes a otros, cuya firmeza debe respetarse».

c") *Y a lo pronunciado por la Administración, en cuanto al fondo.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.119).

«Habiéndose limitado el repetido Ministerio, en sus resoluciones ahora impugnadas, a declarar y reiterar su incompetencia para conocer sobre las indicadas reclamaciones, sin entrar, por consiguiente, a ponderarlas, no es posible en el presente proceso resolver cuestiones distintas, cual pretende la demanda, por la evidente razón de falta de correspondiente acto de la Administración sobre ellas, requisito indispensable para el ejercicio de la potestad revisora que nos compete. Y es por esto que de no estimarse procedente en Derecho dicha declaración de incompetencia, no cabría otra determinación que la de retornar el expediente administrativo a su procedencia, a efectos de pronunciamiento sobre la cuestión básica que lo originó».

d") *Concepto de incongruencia.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.080).

«Del artículo 43, apartado 1.º, en conexión íntima con el 69, apartado 1.º, y 80 de la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, con el 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que rige como supletoria, claramente se infiere que señalan el principio procesal de la congruencia que debe regir en todas y

cada una de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, acomodándose, como viene sancionando con reiteración, la doctrina de este Alto Tribunal en el sentido de la decidida conformidad en extensión entre las pretensiones formuladas por las partes precisamente en los Suplidos de los escritos fundamentales de los litigios, por lo que queda trabado el cuasi-contrato de "litis-contestatio" y los fallos de las sentencias, con la sola salvedad de ser posible la determinación y aclaración de las normas jurídicas aplicables por distintos fundamentos que los escogidos por los litigantes, dado que no cabe restringir la actividad del juzgador en cuanto a ellas, por aplicación del aforismo "jura novit curia". Por consiguiente, el simple cambio de punto de vista jurídico respetando, como es natural, los hechos alegados y sin atentar a la causa de pedir, es facultad que aun en los sistemas más vinculados al principio dispositivo se atribuye al juzgador, ahora bien, por lo expresado y ya dentro de esta jurisdicción, está sujeto aquél en todo evento a constreñirse a lo que esos textos legales de mérito ordenen, y para ello se ponderarán los demás de discusión, sin que puedan descomponerse en la parte dispositiva de la sentencia las cuestiones planteadas y decididas para introducir pronunciamientos que no corresponden a pedimentos y decisiones, aunque sean de menor trascendencia en sus efectos; pues de incidirse en esto, entonces se cristaliza la inconsecuencia que hace viciosa aquélla, quitándole todo valor legal en lo que atañe a ese defecto productor, que bien puede ser por exceso de poder, o por omisión de pronunciamientos, o por falta de precisión o claridad, consistiendo lo primero, que es lo que únicamente aquí interesa, en que el órgano "a quo" resuelva algo que esté fuera de los escritos fundamentales de la litis, o ejercita deficientemente su actividad en relación con la llamada identificación de acciones, o cuando falla en favor o en contra de personas no intervinientes en las actuaciones, o, finalmente, decidiendo cosa distinta de la pedida, modificando la "causa petendi"».

b') *Contradicción en el fallo.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.080).

«La sentencia del Tribunal de Instancia que se impugna, en cuanto declara revocada la licencia de apertura a que se refieren los Decretos de 17 de enero y 13 de mayo de 1963, del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de esta Villa, con resarcimiento de daños y perjuicios que se causen a su titular por esta medida, está en abierta pugna y contradicción con lo declarado primeramente de ser nulos, por contrarios a derecho, tales acuerdos».

g) *Improrrogabilidad de plazos y excepción.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1966.

«Como quiera que frente a la regla general de prorrogabilidad de términos que enuncia el artículo 306 del Ordenamiento rituario civil, el artículo 121, que pauta los trámites del contencioso-administrativo, formula el prin-

cipio contrario de improrrogabilidad absoluta, precisando con valor expresivo que una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y por perdido el recurso que hubiera dejado de utilizarse a tiempo, es evidente que cae por su base cualquier argumento apoyado en la vigencia supletoria de un precepto ajeno que tiene en la normativa propia su correlativo de signo antagónico, doctrina que esta Sala ha referido tanto al recurso previo de reposición (sentencias de 27 de febrero y 30 de marzo de 1963), como al contencioso-administrativo y el de apelación (sentencias de 20 de marzo y 3 de octubre de 1964), con criterio coincidente con el de la tercera (sentencia de 13 de junio de 1959) y el de la quinta (sentencia de 17 de enero de 1961), sin que la discrepancia que respecto del mismo signifique la sentencia de esta última Sala de 18 de febrero de 1964, tenga otro alcance que el de posibilitar, en su caso, el recurso extraordinario de revisión, conforme al artículo 102, apartado b), de la Ley jurisdiccional, no siendo, por otra parte, de atinente cita la de 11 de abril del propio año, ya que la referencia que contiene respecto del artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alude al primer párrafo, en cuanto complementario del sistema de cómputo que establece el artículo 7.º del Código civil y no al 2.º.

II. LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO DE LAS PERSONAS.

Intervención indebida de la Administración en materia tutelar.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.861).

«Que la pretensión de que se declare inadmisble el recurso, conforme al apartado a) del artículo 82 de la Ley de la jurisdicción, interesada por la Abogacía del Estado, en primer lugar de su escrito de contestación a la demanda, es de desestimar si tenemos presente que en este recurso se trata de dilucidar si las tutelas del menor Miguel Angel B. F., constituidas en Méjico y en España, lo están o no de acuerdo con los Códigos civiles mejicano y español, y cuál es la preferencia de la una sobre la otra, porque ello es una cuestión típicamente civil, que escapa de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa; aquí no se puede decidir más ni otra cosa que si el acto administrativo consistente en la protección que el Gobernador civil de Santander prestó primeramente a don Manuel B. C., como apoderado de la tutriz mejicana doña Maria de los Angeles B. y P., y más tarde a ésta para que dicho menor fuera entregado para poderlo trasladar a Méjico, se encuentra o no ajustado a Derecho, reservando el que a las partes pudiera competir sobre las demás cuestiones planteadas, para que las ventilen donde y como proceda.

Que centrada así la cuestión, es principio de Derecho internacional, recogido por lo que hace a España en los artículos 1.º y 12 del Código civil, aquel de que las Leyes de un Estado obligan en general a todos los residentes en el país nacional; y que las Leyes civiles extranjeras se aplicarán excepcionalmente en la nación en aquellos casos que el legislador no hubiere previsto

y autorizado mediante la concurrencia de circunstancias que al efecto señale; cierto que en nuestro Código civil la excepción que señala el artículo 9.º es de aplicación también a los extranjeros residentes en España, según se deduce del contenido del artículo 14; pero en realidad el acto administrativo que nos ocupa no puede estimarse incurso en estos artículos, porque no se trata de amparar derechos y deberes de familia, ni del Estado, condición y capacidad legal de las personas, sino de prestar apoyo a una tutriz que tuvo su nombramiento en país extranjero y que desenvuelve sus actividades tutelares y al amparo y bajo la protección de las Leyes y autoridades extranjeras; y siendo así, el Gobernador civil de Santander, aunque se le pida, no puede intervenir para reducir un menor a la obediencia de la tutora más que cuando la Ley civil nacional le autorice expresamente para ello o cuando por razones de orden público o de seguridad social, las Leyes administrativas españolas igualmente le faculten para actuar; y por lo que hace a las Leyes extranjeras, tan sólo podrá observarlas, como la Ley española expresamente lo determina, cuando debidamente probada la legalidad del acto y la subsistencia de la Ley extranjera, se viniera observando la reciprocidad entre el país extranjero y el nacional, o cuando se pactare en Convenios internacionales debidamente ratificados por las Potencias a quienes afecten.

Que al amparo de la Ley nacional, el Gobernador civil de Santander no puede intervenir en el caso de autos: a), porque si bien los artículos 156 y 269 del Código civil facultan a los padres o al tutor para impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa, que deberá serles prestada en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos o pupilos menores no emancipados, en el caso de autos el tutor ni el Consejo de familia de la tutela constituida en España al menor Miguel Angel B. F., lo ha solicitado, ni ha pedido tal protección; b), porque aunque lo hubiere solicitado el tutor, tampoco podría prestársele mientras no lo hubiere autorizado el Consejo de familia, cual exige el número 1.º del invocado artículo 269; c), porque aunque se amparase para proceder en lo dispuesto en el número 3.º del artículo 18 del Decreto de 10 de octubre de 1958, regulador de las atribuciones de los Gobernadores Civiles, ello se refiere a los menores desvalidos o desamparados, a los incapaces, mujeres en esta situación, etc., pero no cuando, como en el caso de autos, el menor estuviese protegido por el organismo tutelar, mejor dicho, por las dos tutelas, una constituida al parecer en Méjico y otra en España; d), finalmente, porque el hecho de que el pupilo no accediera a las pretensiones de la tutriz mejicana o de su representante, no es una cuestión que perturbe el orden público o la seguridad social que obligara a intervenir al Gobernador civil al amparo de la Ley de Orden Público, o de cualquier otra Ley especial, que por lo que hace su intervención protegiendo una institución y una tutriz creada al amparo de una Ley extranjera, era preciso o que una Ley española expresamente lo autorizara, como antes se ha dicho, o que la solicitante hubiera aducido la prueba completa de que aquella tutela se constituyó, cumpliendo todos los requisitos de forma y de fondo que para la eficacia de la misma exigen las Leyes mejicanas, que con arreglo a aquella legislación tuviera intervención en el organismo tutelar la autoridad gubernativa; y que la doctrina jurisprudencial admitiera el principio de reciprocidad entre aquel país y España; y aquí la prueba aducida en autos es bastante incompleta sobre estos extremos, pues se hace invocación de los artículos 577 y 423 del Código civil mejicano, que suponemos que se referirá al 30 de agosto de 1928, pero no se ha justificado que estuviese en vigor en el momento de hacer la constitución de aquella tutela

y en el momento de la petición, ni se ha demostrado que la tutela esté constituida legalmente ni que entre los dos países impere el principio de reciprocidad en esta materia.

Que tampoco es posible esta intervención, amparado en Convenios entre las dos Potencias, o por Convenios internacionales debidamente ratificados por los dos países; porque en cuanto a los primeros, no hay constancia ni demostración alguna de que existan en materias de tutelas y protección a las mismas; y en cuanto a los segundos, es cierto que existe el internacional de La Haya de 12 de junio de 1902, ratificado por España el 28 de agosto de 1904, que en virtud de lo dispuesto en sus artículos 7.º y 8.º pueden tomarse medidas de urgencia y obliga a las autoridades del territorio en que se encuentre el menor de informar a las nacionales de la situación del mismo; pero a este Convenio no puede ni acogerse ni la tutriz mejicana ni el Gobernador civil de Santander desde el momento en que no ha sido ratificado por Méjico, según se ha reconocido en autos; y tampoco es de obligar el último Convenio internacional de La Haya de 16 de octubre de 1960, porque ni lo ha ratificado España ni hay constancia de que lo hubiera ratificado Méjico.

Por último, que estando protegido el menor por la supuesta tutela mejicana y además por la constituida en España el 19 de abril de 1963, sin que el Tribunal Provincial de Menores de Santander creyera necesaria su intervención, por estimar que se encuentra suficientemente garantizado por la persona del Presidente del Consejo de familia creado en esa fecha, se hace también innecesaria la protección gubernativa, pudiendo continuar en esta situación hasta que los Tribunales de la jurisdicción civil decidan lo correspondiente sobre la validez y eficacia de las tutelas creadas, cuál de ellas tiene preferencia sobre la otra y resuelva las demás cuestiones planteadas en este recurso.

Que por lo anteriormente expuesto es procedente estimar el recurso y declarar que el acto administrativo recurrido es nulo por no ser conforme a Derecho, sin perjuicio de que las demás cuestiones planteadas en el mismo, y que por su carácter civil escapen de esta jurisdicción, puedan ventilar las partes donde y como correspondan; sin hacer expresa imposición de costas, por no apreciarse en las mismas ni temeridad ni mala fe».

III. LA ADMINISTRACION Y EL DOMINIO PRIVADO

1. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

A) *Ambito jurídico total de la expropiación de inmuebles.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.944).

«La expropiación del dominio de un inmueble supone la de todo el complejo de parciales derechos integrados en él, entre ellos el de uso y habitación, que no cabe justipreciar singularmente con independencia y como incremento del precio global de la cosa expropiada; es por ello improcedente indemnizar a los recurrentes por pérdida de hogar».

B) *Justiprecio.*

a) *Motivación.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.936).

«El Jurado ha de fundamentar, con el mayor rigor y detalle, las modificaciones que crea apropiadas».

b) *Su finalidad.*

Hallar el valor real de la cosa.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.818).

«Aunque sea evidente la procedencia de elección de la Ley del Suelo como régimen jurídico que ha de regular el expediente expropiatorio objeto de estos autos, así como está establecido un sistema objetivo y severo para la valoración del suelo, que tanto la Administración cuanto la jurisdicción revisora han de cumplir escrupulosamente, ello no excluye que cuando la técnica complicada de la valoración administrativa conduce a conclusiones claramente contrarias al verdadero valor real de la cosa expropiada, venga obligada esta jurisdicción a modificar aquellos elementos que aparezcan apreciados de una manera desajustada a la realidad y determinantes de una falta de adecuación del precio obtenido con el verdadero real del inmueble, que es lo que lo mismo antes de la vigente Ley del Suelo que a través de ésta es preciso buscar en todo proceso expropiatorio, como han reconocido, entre otras, las sentencias de 9 de junio de 1959, 28 de noviembre de 1960 y 10 de octubre de 1961».

c) *Valor real de un predio.*

Se determina por el rendimiento de que es susceptible, aunque no lo dé.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.818).

«El artículo 86 de la misma Ley establece que el valor inicial de un predio, a efectos urbanísticos, se determinará por el rendimiento que le correspondiere en la explotación rústica efectiva "o de que fuere naturalmente susceptible", siendo evidente que por su situación, naturaleza del terreno, existencia de agua y demás circunstancias, los terrenos propiedad de la Fundación de Gómez-Ferrer son de tan alta calidad como los de fincas circundantes y plenamente susceptibles de cultivo como huerta o naranjales».

d) *Irrevocabilidad absoluta.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.820).

«No puede olvidarse el carácter contradictorio que tiene la fijación de las valoraciones en los procesos expropiatorios, de tal manera que cualquiera de las partes puede aceptar la valoración de la contraria, dando fin al expediente, y por ello las respectivas propuestas no deben modificarse libremente una vez formuladas, supuesto reconocido por la propia Administración en el caso que se enjuicia, ya que ha tratado de justificar la modificación que ha verificado en la primitiva valoración por medio de la Orden ministerial de 18 de noviembre de 1963, al amparo del artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin tener en cuenta que el único camino de anulación de los actos administrativos declaratorios de derechos, como es el de la valoración en los expedientes de expropiación, no puede ser otro que el señalado en los artículos 109 y 110, con las limitaciones del artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de junio de 1958, sin que deba olvidarse tampoco que la especialidad del recurso de reposición, trámite previo para acudir a la vía jurisdiccional no puede determinar a su favor la facultad contraria a la indicada, sin que sea suficiente con oír a los interesados, como se ha hecho en el caso, con la conclusión de que es improcedente cualquier tramitación tendente a modificar el primitivo acto administrativo».

2. URBANISMO.

A) *La aprobación de Planes, competencia estatal.**Consecuencias.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.863).

«El artículo 43, párrafo 2.º, de la Ley del Suelo configura un trámite meramente informativo y, por tanto, sin entidad para vincular al Ayuntamiento informante, sobre todo en materia que no le compete, como es la aprobación definitiva de un Plan parcial».

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.807).

«Conforme a la directriz trazada por la sentencia de la Sala 5.ª de 22 de enero de 1962, que reitera de modo categórico la de esta Sala 4.ª de 13 de noviembre de 1964, declarando: "que es a todas luces insuficiente el contenido dispositivo del artículo 225, párrafo 1.º de la Ley del Suelo, que, con olvido de lo

preceptuado en los apartados a) y b) del artículo 28 del propio texto legal, no prevé el supuesto de que los actos de aprobación definitiva de los Planes de Ordenación Urbana corresponde emitirlos al Consejo Nacional y Comisión Central de Urbanismo. esto es, a órganos de la Administración Central incardinados en el Ministerio de la Vivienda, no autorizada la incongruente interpretación de que en tal supuesto la función revisora esté también atribuida al Tribunal Provincial de lo Contencioso-administrativo, hoy sustituido por la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial con jurisdicción en el término a que afecte el planeamiento..., pues no cabe impugnar las resoluciones de los titulares de los Departamentos ministeriales ante órgano jurisdiccional distinto del Tribunal Supremo, conforme a los artículos 13 y 14 de la Ley de 27 de diciembre de 1956».

B) Garantías de legalidad.

Acción pública.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.933).

«También pudiera llevar aparejada la nulidad de lo dispuesto por la Administración, por constituir clara infracción del procedimiento, al originar una indefensión para los interesados, el anunciarse el Polígono como radicado en Gerona, cuando realmente está situado en el término municipal de San Gregorio, extremo que pudo y debió rectificarse en el momento inicial de las actuaciones, cuando lo advirtió el Ayuntamiento de la última localidad, máxime si se tiene en cuenta que, según el artículo 223 de la Ley del Suelo, es "pública la acción para exigir ante los Tribunales... la observancia de la misma"».

C) Delimitación de Polígonos.

Requisitos y procedimiento.

Ver la sentencia anterior y las dos que siguen.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.818).

«Si se tiene en cuenta que el apartado 1) del artículo 121 de la Ley del Suelo permite emprender o reservar la urbanización de un sector completo y expropiar uno o varios Polígonos, sin necesidad de la previa aprobación del Plan parcial, en modo alguno puede prosperar la propuesta de nulidad basada en la carencia de un Plan parcial que ampare la expropiación del Polígono».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.933).

«Dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 121 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 que el "Polígono de expropiación se determinará mediante proyecto aprobado con sujeción al artículo 32", es imprescindible, para que cualquier proyecto de delimitación de un Polígono tenga válida sanción, el que se hayan cumplido los requisitos exigidos en este último artículo, el cual previene, en su párrafo 1.º, que aprobado inicialmente el Plan o Proyecto por la Corporación u organismo que lo hubiere redactado..., lo someterá a información pública durante un mes..., lo que implica la obligatoriedad de su exposición, para general conocimiento de todos los elementos integrantes del proyecto de delimitación, que no puede aceptarse esté constituido sólo por dos planos—uno de situación y otro parcelario—, ni aun en su momento inicial, ya que necesariamente tales documentos son consecuencia del estudio que se hiciese en el cumplimiento del párrafo 2.º del artículo 104 de la misma Ley».

D) Concepto de solar edificable.

Interpretación estricta.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.968).

«El Ayuntamiento certifica, en efecto, la existencia de los servicios de luz, agua y alcantarillado, pero nada dice de la intensidad y normalidad de tales servicios, que, según el Arquitecto de la Dirección General de Urbanismo, son en absoluto deficientes, y en cuanto a las fotografías acompañadas al recurso de reposición, se ve que frente a la casa existen aceras, pero no antes ni después, y claro está que en las aceras deben referirse a toda la calle y no solamente al trozo de terreno que ocupa la edificación».

E) Licencias de obras.

Competencia del Ministerio de Información y Turismo si se trata de obras de finalidad turística.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.836).

«El legislador reserva al Ministerio de Información y Turismo la facultad de que en esas normas de interés turístico otorgue las licencias y autorizaciones, sin perjuicio que cuando estas obras o licencias no afecten al Plan nacional de Turismo, sigan siendo las Corporaciones locales las que con arreglo a su legislación privativa—Ley de Régimen Local (apartados 51-55, art 126)—las concedan, y buena prueba de que ese es el criterio del legislador, es la derogación que de esta Ley y de la de Ordenación Urbana hace la disposición

transitoria 2.ª de la Ley de 1963, dejándolas sólo como supletorias en defecto de precepto expreso de esta última, derogación que no tendría sentido si el legislador hubiese querido que las autorizaciones y licencias se siguiesen concediendo en la forma, por los trámites y por las autoridades que la Ley de Régimen Local y la de Ordenación Urbana establecen».

F) *Inmuebles de edificación forzosa.*

Concepto de edificación inadecuada.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.126).

«En el caso de Planes Generales de Ordenación Urbana, puestos en marcha o, por lo menos, ya regulados y en vigor, por el fin en que se inspiran en conjugación con lo reflejado en esta decisión, se frustraría el éxito y la realidad de llevar a término esa mejora urbanística si no se decretara la inclusión, simplemente porque existan otras edificaciones de análogas características, ya que como elemento corporativo, según viene mencionando esta Sala, ha de ser lógicamente el que se establece con aquellos edificios que están dentro de la Ordenanza (sentencias de 11 de febrero y 3 de abril de 1964), más que suficiente para demostrar la inoperancia de tal aseveración».

G) *Declaración de ruina.*

La unidad predial, concepto jurídico.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.028).

«Cuando se trate de apreciar la unidad predial, operación intelectual en la que entran en función otros factores, incluso jurídicos, sociológicos y estáticos, en cuya apreciación, por no privar de forma tan exclusiva, ni el número de peritos, ni siquiera su calidad, cobra mayor relieve la diligencia de inspección judicial».

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

Supuesto de inexistencia.

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.923).

«Como el recurrente no tiene acreditada concesión ni inscripción alguna de aprovechamiento de aguas, no puede exigir del Ministerio de Obras Públicas que disponga respecto de tercero la indemnización de pretendidos per-

juicios que se ocasionen a sus tierras cultivadas legítimamente para producir tabaco, por las medidas autorizadas por la Administración en el desembalse del Pantano de Gabriel y Galán, sin que sea óbice de los derechos que le otorgue el artículo 256 de la Ley de Aguas, para poder ejercitar las acciones concernientes a indemnización de los perjuicios que a sus tierras pueda ocasionar una empresa privada, ante los Tribunales ordinarios de Justicia, que tengan aquéllos su fundamento en preceptos de Derecho civil y si hubiera habido un enriquecimiento sin causa por parte de tal empresa».

4. LA PROPIEDAD PRIVADA Y SUS LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS.

En materia de viviendas.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1965 (Arz., número 2.078).

«Que tanto el artículo 27 de la Ley de 15 de julio de 1954, como el 106 del Reglamento de 24 de junio de 1955, ordenan que las viviendas de renta limitada se dedicarán "exclusivamente" a domicilio permanente, sin que bajo "ningún pretexto" pueda dárseles un uso distinto preceptos ambos de redacción clara y terminante, en los que de modo correcto se apoyó la Orden así recurrida para negar lo pedido por el actor; y que, además, responden a la idea de evitar que en la práctica se den desviaciones del fundamento teleológico de la legislación sobre esta clase de viviendas, y de que los beneficios que, en el deseo de resolver el problema social de la vivienda, concede el Estado, sean aprovechados para finalidad distinta.

Que aún no cabe desconocer que, en casos concretos, la aplicación de dichos preceptos con un criterio de excesivo rigor pueda dar lugar a soluciones injustas, y ello ha llevado, tanto a disposiciones administrativas complementarias —como la contenida en la Ordenanza 2.^a de las aprobadas en 12 de julio de 1955, como a alguna resolución jurisprudencial, entre ellas, la citada por el demandante de 11 de diciembre de 1962—, la tendencia que ello revela no puede extenderse, mientras que aquella legislación no se modifique, a casos cada vez más numerosos y alejados del tipo de las actividades de modesta artesanía o de carácter agrícola o rural, muy distintas de las que supone una clínica dental abierta a todo el público, con una concurrencia de éste normalmente constante y presumiblemente numerosa, y cuya importancia económica, instalación y funcionamiento no encajan ni en el espíritu de la legislación sobre Viviendas protegidas, ni en los terminantes preceptos antes citados, ni guarda semejanza con las resoluciones concretas, administrativas o judiciales, anteriormente aludidas».

IV. DOMINIO DE LA ADMINISTRACION

1. Zona marítimo-terrestre.

Su deslinde no puede contradecir los títulos de propiedad inscritos.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.920).

«Como en el expediente no consta si con este deslinde se perjudica la cabida y situación de la finca inscrita en el Registro, por respeto a esta inscripción, es forzoso decretar la nulidad de las Ordenes recurridas, a fin de que previamente o a la vez que se ejerciten acciones contradictorias del dominio de inmuebles, se pida la nulidad de la inscripción inexacta, lo cual no se compagina con la decisión de la Administración que determina la zona marítimo-terrestre y luego pretende interponer acciones sobre la nulidad de la inscripción registral».

2. Montes.

Doctrina idéntica a la anterior.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1966 (Arz., número 1.798).

«Si bien es cierto que en los deslindes administrativos de montes públicos se reflejan solamente situaciones posesorias y no deben alegarse, ni pueden decidirse, cuestiones de propiedad, reservadas a los Tribunales civiles ordinarios, al dictado del artículo 22 del Decreto de 17 de octubre de 1925, señala como primera prueba admisible a tales tramitaciones los títulos auténticos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad; por lo que su aportación y requerido examen de éstos, en relación con la presunción de posesión que de ellos pueda derivar, no implica el planteamiento de una cuestión civil de carácter dominical, sino un medio de enjuiciar administrativamente la práctica de un deslinde de tal carácter».

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.082).

«El párrafo final del inciso d) del artículo 14 de la Ley de Montes hay que entenderlo referido a la hipótesis en las que la pretensión, bien única, bien fundamental y directa de los particulares interesados, sea de la propiedad del monte o parte de él; y consiguientemente, en tales hipótesis, y respecto de aquellos interesados que así hubiesen procedido y alegasen expresamente por

ello la necesidad del informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, la omisión del mismo será tacha esencial de la tramitación del expediente, como reconoció esta Sala en sentencia de 14 de diciembre de 1965, y no se dará esta nota de esencialidad en tal omisión en casos que en los cuales la alegación o alusión a la propiedad obedezca a imprecisión terminológica y a no distinguirse con claridad cuál es la función en estos expedientes de los títulos de dominio, presentados sólo a efectos de probanza de la posesión; ocasiones en las cuales, como en los casos de las sentencias de 5 de octubre de 1963 y 22 de mayo de 1964, la Sala, atendiendo a la relación del artículo 14 de la Ley de Montes con el Real Decreto de 23 de marzo de 1886—aparte otras circunstancias especiales como la de constar ya en autos en caso de la primera de las sentencias citadas, la existencia ante los Tribunales ordinarios del proceso sobre el dominio—no estima de carácter esencial la omisión del informe de la Dirección General de lo Contencioso».

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 2.881).

«El problema de fondo que nutre la presente litis se planteó con anterioridad a este Tribunal en el recurso decidido por la sentencia de 30 de enero de 1960, cuyo criterio resulta inexcusablemente aplicable al caso de autos en observancia del principio de unidad de doctrina; por lo cual debe rechazarse el argumento que la Administración para desestimar en la vía gubernativa las pretensiones del actor, esto es, la coincidencia entre las líneas deslindadas y amojonadas; porque la validez de aquél, indiscutible si entre las dos operaciones hubiere mediado un corto plazo, no puede extenderse al supuesto acaecido de que la segunda haya tenido lugar más de sesenta años después de la aprobación no materializada sobre el terreno del deslinde; dándose lugar a cambios sustanciales en las titularidades inmobiliarias afectadas, cuyo respeto por la Administración resulta inexcusable en acatamiento del principio de legitimación registral o de eficacia convalidadora de la prescripción adquisitiva, ya que de mantenerse el "status" reflejado por la línea de deslinde, que no responde a la realidad posesoria presente, se incidirá en una patente injusticia, violando las garantías que el Ordenamiento legal otorga a los derechos consolidados a su amparo; según lo dispuesto en los artículos 37 del Reglamento de 17 de mayo de 1865, 18 del Real Decreto de 1 de febrero de 1901 y 29 del Real Decreto de 7 de octubre de 1925, aplicable en la litis, en relación con las prevenciones del artículo 28 de la Ley Hipotecaria, del 40 del citado Reglamento de 1865, de la Real Orden de 17 de octubre de 1866, sin que la protección posesoria que tales normas pueda enervarse por un acto anterior a los que han generado los derechos vulnerados por el amojonamiento, porque aquella protección se proyecta sobre la situación posesoria existente al aprobarse dicho amojonamiento, y la Administración forestal tiene facultades para efectuar las rectificaciones necesarias a fin de impedir que una hitación perimetral tardía lesione titularidades dominicales y situaciones posesorias de indiscutible legitimidad, como asimismo puede promover los medios jurídicos adecuados para proteger cualquier derecho dominical de carácter público, susceptible de ser reconocido jurisdiccionalmente».

V. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Su diferencia de los civiles.

Ver I, B), primera sentencia.

VI. POTESTAD SANCIONADORA

1. *Posibilidad de competencias administrativas concurrentes.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.800).

«El exceso en el número de viajeros transportados en un autocar de servicio público puede afectar a la observancia de las condiciones legales objeto de la correspondiente concesión, y bajo tal perspectiva motivar decisiones de las autoridades del ramo de Obras Públicas, incluso con alcance sancionatorio; pero a la vez y cuando se trata de un hecho concretamente comprobado por las Fuerzas de vigilancia en carretera, no cabe duda de que queda dentro del concepto de "vigilancia de la circulación, tráfico y transportes por las vías públicas", a que, dentro de lo previsto por el artículo 1.º de la Ley de 20 de julio de 1959, se refiere el artículo 4.º, número 1.º, del Decreto de 21 de julio de 1960, como función propia de las autoridades dependientes del Ministerio de la Gobernación».

2. *Independencia de la potestad punitiva penal.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.902).

«Los fundamentos que tuvo el Ayuntamiento de Madrid al aplicar la sanción como consecuencia de haber cometido el señor G. N. dos faltas administrativas comprendidas en los artículos 105, número 3, y 106, número 3, 3), del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, no quedan enervados con la sentencia dictada por la Sala de lo Criminal de la Audiencia de Madrid de 12 de diciembre de 1961, que le absolvió del delito de apropiación indebida, y en consecuencia, en forma alguna puede acogerse la pretensión que se formula de que se revoque la sentencia dictada por la Sala 2.^a de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, que en nada contraría al Ordenamiento jurídico establecido en la materia, ya que los fundamentos de una y otra jurisdicción, para sancionar y absolver, fueron distintos e independientes cada una de ellas».

3. *En materia de viviendas.*

No obsta a ella la calificación definitiva.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1965 (Arz., número 1.743).

«La llamada calificación definitiva de las Viviendas protegidas no tiene otro alcance que el del mero reconocimiento, en principio, por el Ministerio que las protege, de que la obra ejecutada aparece ajustada al proyecto en sus extremos esenciales, mas sin que ello suponga, por ningún concepto, que no puede resultar en caso alguno concedida dicha calificación a obras que luego aparecen desajustadas a aquél, por extralimitaciones reglamentarias, cual sucede en el caso presente, en que existe un ático retranqueado por completo ajeno al proyecto, o por defectos ocultos de construcción, que también en el caso de autos se hallan descubiertos por deficiencias comprobadas de humedades en las medianeras, mala calidad de la carpintería de las ventanas y deficiencias en los desagües, dimanantes de que el agua de los lavabos rebosa por los sumideros del plato de ducha. más también el hecho, acreditado, de haber dado entrada a los ocupantes de las viviendas antes de concederse la referida calificación definitiva de las mismas».

4. *Principio «in dubio pro reo».*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.964).

«No existe tampoco una prueba decisiva y concluyente que permita afirmar la recepción por parte del recurrente de las 10.000 pesetas, y sin la existencia de esta prueba, premisa indispensable de toda presunción jurídica, no es posible formar un juicio lógico que excluya toda posible duda sobre la culpabilidad del acusado, duda que, de existir, como existe, en el caso enjuiciado, conduciría a la absolución, por aplicación del principio "pro reo", como ya tiene declarado este Tribunal en jurisprudencia reiterada en sentencia de 20 de abril de 1964».

VII. FUNCIONARIOS

DERECHOS ADQUIRIDOS.

A) *Su relación con la potestad organizativa de la Administración.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1966 (Arz., número 1.893).

«Según jurisprudencia de esta Sala, reiterada en sentencias del 12 de febrero y 16 de marzo de 1966. "la Administración tiene facultad de alterar el

Ordenamiento de su funcionariado, ya que la potestad de estructurar sus Servicios siempre le incumbe y puede ejercitarla en cualquier momento, atendiendo a la estimación que haga de las circunstancias en cada instante existentes y de lo que entiende procedente para una mayor eficacia de su organización y perfeccionamiento de ésta, siempre que se respeten *íntegramente* todos los derechos adquiridos en forma legal por los actuales funcionarios»).

B) *No existen en los interinos, respecto a su inamovilidad.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1966 (Arz., número 1.928).

«Con arreglo a la opinión jurisprudencial dominante—sentencias, por ejemplo, de 14 de enero de 1953 y 5 de octubre de 1957—, las designaciones interinas o eventuales, cual es la de la hipótesis que se examina, no confiere las garantías de las que se conceden en propiedad, y entre ellas, la inamovilidad».

J. G. P.
y S. O. N.
