

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

I.—FAMILIA.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1962.—*A los hijos corresponde decidir la sepultura definitiva de sus padres.*

El cadáver de don Ramón estaba sepultado en nicho propiedad de don Emilio, seguramente pariente del difunto, aunque de los Considerandos de la sentencia no se deduce este detalle, que, por otra parte, no hace al caso.

La hija de don Ramón quiso exhumar el cadáver de su padre de la sepultura donde yacía e inhumarlo en nicho propiedad de ella.

Don Emilio se negaría a autorizar la exhumación, y la referida hija de don Ramón lo demandó para que se declarara que procedía tal exhumación y consiguiente inhumación en el nicho propiedad de la demandante, se librase la oportuna comunicación al Ayuntamiento y se condenara a don Emilio a estar y pasar por tales declaraciones.

El demandado se opuso alegando que lo pretendido en la demanda era contrario a la voluntad del difunto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y accedió a lo pedido por la actora. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

En primer lugar, el Tribunal Supremo no estima probado que exista voluntad expresada del difunto en relación con la sepultura.

El recurrente en casación alegó que la demandante carecía de derecho para su petición, pues no existía precepto específico, costumbre, ni principio de derecho que la amparase.

A ello contesta la sentencia del Tribunal Supremo que dicha tesis no puede compartirse, porque aun omitiendo, por estimarlo fuera de lugar, el argumentar sobre la universalidad y perennidad del derecho que por la demandante se ejercita, que no podía serle negado aun cuando no pudiera basarse específica-

mente en determinado precepto del Código sustantivo, es que ha de estimarse correcta y oportuna la cita del invocado por el Tribunal *a quo*, porque el obligado «respeto y reverencia que los hijos deben a los padres» no acaba con la muerte de éstos, sino que es debido «siempre», y su cumplimiento presupone el *derecho indiscutible a proveer y decidir la sepultura definitiva* en que han de yacer sus restos mortales, cuya efectividad no puede ser obstaculizada caprichosamente, máxime si ello obedece a una falta de armonía familiar que dificultaría el celoso cuidado y sagrada atención que la recurrida se propone cumplir.

II.—PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1962.—*Embargo de bienes inscritos a nombre de persona distinta del embargado. Necesidad de cumplir lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.*

Con motivo de cierta tercería de dominio, el Tribunal Supremo, en la sentencia referida, reitera la siguiente doctrina:

Que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, con la presunción posesoria que establece, viene a disponer que mientras no se demuestre que el Registro es inexacto, la legitimación del titular registral como propietario comporta en el mismo la cualidad o consideración de poseedor, por lo que en cuantas ocasiones en el orden procesal, *entendido en sentido amplio*, se invoque o deba hacerse valer la presunción legitimadora que establece el párrafo primero de dicho artículo, los Jueces o Tribunales y las autoridades o funcionarios ante los cuales se sustancien o tramiten los correspondientes juicios, expedientes y demás procedimientos que tengan relación con el contenido del Registro, en lo que se refiere a la existencia de los derechos reales inscritos, y en su titularidad o extensión, así como respecto a la inexistencia del derecho real cuyo asiento fué cancelado, mientras en forma adecuada no se demuestre lo contrario, habrán de reputar *que es exacto* dicho contenido del Registro. Cuando del ejercicio de una acción contradictoria del dominio o derecho real inscrito, *puédiera derivarse* una resolución judicial para cuya perfecta ejecución fuese preciso decretar la nulidad o cancelación del asiento correspondiente, es requisito procesal necesario, que previamente o a la vez se demande tal nulidad o cancelación, agregando el párrafo tercero, que en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera, del que aparece como dueño en el Registro, quedándole reservada al acreedor ejecutante la acción para perseguir en el mismo juicio ejecutivo otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto a los cuales se suspende el procedimiento.

Que procediendo el sobreseimiento según el repetido artículo 38 de la Ley hipotecaria, en el instante en que conste en autos por certificación del Registro de la Propiedad, que tales bienes o derechos constan inscritos a favor de per-

sona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, *se deduce de aquellas palabras que el Juez, Tribunal, autoridad o funcionario que entienda del procedimiento deberá ordenar de oficio dicho sobreseimiento*, como en el caso de autos han declarado acertadamente los juzgadores de instancia.

No puede prosperar el motivo del recurso, pues, aunque la presente tercería de dominio se ha tramitado en juicio declarativo de mayor cuantía, el demandado recurrente no ha utilizado el verdadero cauce procesal, formulando reconvencción en la que hubiera pedido la cancelación de la inscripción, de acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del mismo artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1962.—*La tradición en la transmisión de propiedad Falta de legitimación por falta de tradición.*

El demandante en el pleito que originó esta sentencia había obtenido antes en otro juicio una sentencia firme por la cual se condenó a Concepción R. M. a cumplir un contrato de opción de compra a favor del actor; es decir, se le condenó a que vendiera al demandante determinada finca.

No consta que se otorgara escritura de venta en cumplimiento de tal sentencia.

La finca, además, no estaba inscrita a nombre de la condenada, sino de otra persona.

El referido demandante, sin duda para preparar la ejecución completa de aquella sentencia firme a su favor, demandó a la titular registral para que se declarara que la finca no pertenecía a tal titular registral, sino a doña Concepción R. M. y se rectificara el Registro de acuerdo con tal declaración.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y no reconoce legitimación al tan referido demandante, porque entiende que carece de titularidad real.

Razona así: A diferencia de las legislaciones inspiradas en el sistema traslativo en las cuales la propiedad se transmite por el sólo hecho del contrato, sin que la entrega de la cosa tenga otra trascendencia que la de facilitar materialmente el ejercicio de los derechos dominicales, en el Código civil español, inspirado por el sistema romano la propiedad y, por consiguiente, el dominio, no se transmite por la mera perfección del contrato, si no es seguida de la tradición. Así se desprende del contenido del artículo 609 del Código civil y del 1095 del propio cuerpo legal, al afirmar que el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada; es decir, que sólo la conjugación de los dos elementos, o sea, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario *jus ad rem* en un *jus in re*, mediante el cual se transmite el dominio y surge en el nuevo titular la posibilidad del ejercicio de acciones de naturaleza real.

Es evidente, sigue diciendo la sentencia, que cualquiera que sean los derechos que en favor del actor puedan derivarse del contrato de opción de compra celebrado con doña Concepción R. M. y de la ejecutoria por la que se condenó a ésta a su cumplimiento, no resulta de autos ni se afirma en la sentencia recurrida, se haya otorgado la correspondiente escritura de venta, ni efectuado

la consiguiente tradición o entrega de la cosa, por lo que no existe todavía perfilado ningún derecho real inscribible en favor del actor que esté en contradicción con la inexactitud registral que se pretende hacer desaparecer o cancelar, y como la acción de rectificación es inseparable del dominio o derecho real de que se derive, resulta indudable que el actor no se halla legitimado para el ejercicio de dicha acción, que presupone la existencia de una titularidad real a su favor inexistente al presente, razones que determinan la casación de la sentencia recurrida.

Además entiende el alto Tribunal que se haya constituida defectuosamente la relación jurídico-procesal por no haberse demandado a la vencida en el pleito primeramente aludido, sino solamente a la titular registral.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1962.—*Aplicación en Juicio de Leyes extranjeras Régimen de la sociedad de gananciales aplicable a extranjeros*

Son antecedentes de esta sentencia, según su primer Considerando, dignos de destacarse, los siguientes: 1.º Que don Amadeo T. S., súbdito italiano, natural de Bolonia, con anterioridad a 1924 vino a España, fijando su residencia en Bilbao, donde trabajó en su oficio de obrero mecánico. 2.º En 22 de enero del citado año de 1924 contrajo matrimonio canónico inscrito en el Registro civil, en una iglesia parroquial de Bilbao, con doña Teresa L. M., natural de Burgos. 3.º Después de la última guerra de liberación, el matrimonio, que antes vivía en el lugar de su celebración, se trasladó a la anteiglesia de Guecho. 4.º En 1944, el señor T. adquirió la nacionalidad española 5.º Falleció sin otorgar testamento y fueron declarados sus herederos, por un Juzgado de Bilbao, sus dos hijos, doña Ana María y don Hugo Humberto, juntamente con la viuda, por su cuota, óbito ocurrido en Guecho en 28 de julio de 1954.

La hija demandó a su madre y a su hermano para que reconocieran que el régimen económico del matrimonio se había regido por la legislación italiana —separación de bienes— y no por el de gananciales.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando que era aplicable la legislación italiana. La Audiencia entendió, por el contrario, que era de aplicación el régimen de gananciales.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

El argumento fundamental, único podríamos decir, del Tribunal Supremo es que no se ha justificado debidamente en autos, en el proceso civil, la Ley extranjera aplicable.

El único tema controvertido, dice, en las instancias, y reproducido ahora en casación, es el relativo al régimen económico del matrimonio, manteniéndose por la parte actora, que es el de la separación de bienes propio de la legislación italiana, cuya aplicabilidad invoca; y por la demandada se reputa ser el de la denominada sociedad de gananciales, supletorio en primer grado en derecho español, que de hecho vino practicándose en diversos actos realizados durante la vigencia del vínculo matrimonial, pronunciándose en este último sentido la Sala de Instancia con el argumento básico del fallo, de que no se probó, como hecho, la existencia, alcance e interpretación de la legislación italiana, ni se demostró que el matrimonio T. haya vivido en régimen de separación de bienes, con las aportaciones privativas de los cónyuges, y, en cambio, el de gananciales ha dejado públicas y continuas pruebas adverdadas en el momento procesal oportuno. El Tribunal a quo sigue, con tal modo de razonar, el

principio mantenido por la jurisprudencia patria, según el cual es preciso que cuando se interese en juicio la aplicación de Leyes extranjeras se justifique lo que la jurisprudencia del mismo tenga establecido, y es insuficiente la cita aislada de artículos del Código vigente en aquella nación, cuya exégesis no incumbe a los Tribunales españoles (sentencia, entre otras, de 12 de julio de 1904), problema que surge con relativa frecuencia al contemplar que los términos de la relación o situación jurídica controvertida no caen totalmente dentro de una sola y misma soberanía estatal, con el consiguiente conflicto de normas en pugna.

La Sala sentenciadora no desconoció en ningún momento el derecho aplicable, sigue diciendo la sentencia que estudiamos, ya que se inspiró en la reiterada jurisprudencia patria sobre aplicación de normas extranjeras, aunque se hallen modificadas y sean afines por su progenie a las nuestras, que precisas probarse, no sólo en su exacta entidad de ser tales normas de vigencia actual, sino también en el sentido, alcance e interpretación asignados por los Tribunales de su país, valores de máximo significado al enfrentarse con el sistema económico de separación de bienes del matrimonio, con su compleja variabilidad y cargas peculiares de los cónyuges, con sus respectivas facultades jurídicas de administración y disposición.

Los principios generales del Derecho, de indudable aplicación en defecto de Ley y de costumbre, sufren sensible quiebra cuando se trata de indagar por el de *iura novit curia* las Leyes ajenas al Ordenamiento español, ya que nuestros Tribunales carecen de potestad para interpretar otras normas que las nacionales, y es forzoso interpretarlas cuando se aplican a casos concretos ocurridos en España, viéndose así obligado el Juez patrio a la observancia del Derecho sustancial extranjero como si fuera Juez en el Estado extranjero, exigiéndose para ello por la Jurisprudencia patria *el dictamen conforme de dos jurisconsultos del país, debidamente legalizado—sentencias de 25 de febrero de 1926, 30 de marzo de 1928 y 12 de diciembre de 1935—, sin perjuicio de que el Juez colabore con las partes a la investigación de la norma extranjera aplicable—sentencia de 16 de octubre de 1940—*.

En los autos consta una certificación expedida por «dos señores» en los que se transcriben los artículos del Código civil italiano de 1865 y de los del vigente de 1942, con su traducción por el Centro de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores y el expediente de nacionalidad del causante del que resulta tenía la nacionalidad italiana cuando contrajo matrimonio: documentos, añade la sentencia, que no revelan una verdad opuesta a la de la Sala, puesto que ésta ya los examinó para formar su juicio, al estimar que el alcance y contenido de los artículos de los dos Códigos italianos no resultaba probado dentro del proceso para su aplicabilidad correcta a los hechos debatidos.

La sentencia, como se ve, no se ha enfrentado con la cuestión de fondo. Ha denegado la pretensión de la demanda por el defecto que pudiéramos llamar procesal, ya expresado.

El fallo de primera instancia estaba, sin duda, inspirado en que había de regir la Ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio.

Dice, a este respecto, el profesor Aguilar Navarro («Derecho Civil Internacional», 1960) que Arminjón nos habla de cuatro grandes teorías, que serían:

1.º Competencia de la Ley de la situación de los bienes (su máximo inconveniente sería la fragmentación del régimen, la parcelación de los efectos). 2.º Principio del pacto tácito, teoría de la autonomía. 3.º Aplicación de la Ley personal. 4.º Competencia de la Ley del domicilio conyugal en el momento de la celebración del matrimonio.

Estas teorías responden más o menos al tríptico clásico a comienzos del siglo actual, y que vemos reproducido en todos los autores españoles: doctrinas realistas, teorías personalistas y principio de la autonomía. Algunos autores vinieron a reducirlas a dos: doctrinas realistas y personalistas, en cuanto pensaron que el principio de la autonomía de la voluntad debía incluirse dentro del marco del estatuto personal.

Más de momento, concluye el autor referido, tanto con relación a los Ordenamientos occidentales europeos, como muy particularmente al caso español, había que consignar el imperio de la solución personalista que se traduce por la competencia de la Ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio.

En cuanto al conocimiento por el Juezador de la Ley extranjera, la doctrina (continuamos siguiendo al profesor Aguilar Navarro) se encuentra dividida en dos grandes sectores: 1.º Para un grupo, el conocimiento de la Ley extranjera no obliga al Juez a una actividad decisiva; se estima que es un elemento pasivo y que son las partes los que deben invocar la aplicación de tal derecho y proceder a su correspondiente prueba. 2.º Según otro sector doctrinal, el Juez tiene ante el Derecho extranjero la misma postura que respecto al propio «*iura novit curia*».

Teóricamente el Juez debe adoptar ante el Derecho extranjero la misma actitud que frente al propio; pero se encuentra con el obstáculo de la dificultad de saberlo, de conocerlo.

De ahí que la solución aconsejable tenga estos aspectos: a) El Juez conoce y aplica de oficio el Derecho extranjero. b) El Juez tiene la facultad de solicitar, de imponer la colaboración de las partes en la tarea del conocimiento de tal derecho. c) Hay que crear los medios de información jurídica, los instrumentos de auxilio judicial y de derecho comparado indispensables. d) El Juez es libre e independiente en la apreciación del Derecho extranjero que se aplique.

Esta tesis, sigue diciendo el referido autor, cuenta con el apoyo de la mayoría de la doctrina y con el asentimiento del Instituto de Derecho Internacional.

Nuestra jurisprudencia se ajusta, en lo sustancial, a esas normas científicas de general aceptación, como viene a decidir, reiterando doctrina de anteriores fallos, la sentencia que estudiamos.

IV.—SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».

SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1962.—*Testigos instrumentales, no vecinos del lugar del otorgamiento, en testamento abierto: no es necesario que el Notario de fe, especialmente, de su conocimiento.*

Se demandó la nulidad de testamento abierto, basándose en que el Notario no dió fe especialmente de conocer a testigos instrumentales que no eran vecinos del lugar del otorgamiento.

La demanda no prosperó en ninguna de las instancias ni en casación.

El carácter formalista, dice el Tribunal Supremo, que nuestro Código civil imprime a los testamentos y que le lleva en su artículo 687 a declarar nulos aquellos en que no se observen las formalidades que señala en el capítulo en que está comprendido, cercena el principio espiritualista que, en general, informa dicho Cuerpo legal, lo que obliga, de un lado, a la exigencia en toda disposición testamentaria del cumplimiento de cuantos requisitos formales establece la Ley con toda escrupulosidad; y de otro, a interpretar sus normas de manera restrictiva, sin que quepa ampliarlas o aplicarlas analógicamente a fórmulas no expresamente previstas en el texto legal.

Tanto del estudio del artículo 681 del citado Código sustantivo, modificado por la Ley de 1 de abril de 1939, como del párrafo último del 180 del Reglamento Notarial, se desprende que cuando los testigos instrumentales no sean vecinos del lugar del otorgamiento del testamento será preciso que conozcan al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos, sin que en ningún momento se establezca que el funcionario dé fe especialmente de ello, a diferencia de lo que ocurre con los testigos de conocimiento del testador, para los que exige la constancia de tal fe en su artículo 699.

Es sabido y lo ha destacado en alguna ocasión la doctrina que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que es francamente rigurosa y exigente con las formalidades del testamento ológrafo, es liberal, flexible y matizada cuando del testamento abierto se trata.

La ya antigua sentencia de 30 de abril de 1909 matiza la diferencia de valor de las distintas solemnidades del testamento abierto. Se trataba de una pedida nulidad por la vecindad de un testigo, y con tal motivo el alto Tribunal dice: Considerando que si bien a tenor de lo dispuesto en el artículo 687 del Código civil será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas, se impone, según regla de buen criterio, dada la naturaleza y significación de aquél, tener en cuenta la indole de dichas formalidades, para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del que pueden conceptuarse cumplidas, armonizando así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de expresión.

Otras interpretaciones flexibles del Código en materia de testamentos abiertos las tenemos en la sentencia de 27 de mayo de 1914, referida a testigos de conocimiento, y en la de 21 de noviembre de 1899, en la que fué tenido por mayor un testigo que no lo era.

La sentencia de 11 de febrero de 1929, recogida por Bónet en su «Código civil comentado», insiste en la doctrina de la de 30 de abril de 1909.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1962—*Nulidad de la protocolización de testamento ológrafo. Falta de citación de un hermano de la testadora para las diligencias de adveración. Acordado por el Juez el cotejo pericial de letras, no lo verificó personalmente.*

Es interesante el caso contemplado por esta sentencia, porque no se pidió la nulidad del testamento ológrafo, sino la nulidad de su protocolización.

Alegaba el demandante como causa de nulidad pedida, que don Carlos, hermano de la testadora, no obstante tener su domicilio en Madrid, no fué citado para las diligencias de adveración del testamento siéndolo en su lugar el Ministerio Fiscal, y que acordado por el Juez después de las declaraciones testificales, un cotejo pericial de letras aquél no verificó personalmente la

comprobación, como previene el artículo 609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Con respecto al primer extremo, dice la sentencia estudiada, que en la sentencia de instancia aparece afirmado y declarado probado, que el referido hermano de la testadora en la fecha en que se sustanció el expediente de protocolización del testamento ológrafo ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente de Madrid, se hallaba en Oviedo, con independencia de cual fuera su verdadero domicilio, que queda imprecisado a través de la prueba contradictoria, que tanto lo vincula a Oviedo como a Madrid. Esto sentado, sigue diciendo el Tribunal Supremo, se ha de reputar que el Juzgado se atemperó a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 692 del Código civil, pues si se examina en su conjunto la regulación que dicho cuerpo legal lleva a cabo de las diligencias encaminadas a la protocolización del testamento ológrafo, se observa se hallan inspiradas por un criterio de celeridad en su práctica, en evitación de los perjuicios a que su dilación pudiera dar origen y así el artículo 690 del propio cuerpo legal impone al que tenga en su poder un testamento ológrafo la obligación de presentarlo al Juzgado tan pronto tenga noticia de la muerte del testador, y si no lo verificare dentro de los diez días siguientes, le hace responsable de los daños y perjuicios que se causen por su dilación, y consecuente con este mismo criterio, el artículo 692 citado expresamente como infringido, al regular la práctica de las consiguientes diligencias judiciales y determinar las personas con derecho a la asistencia de las mismas, establece se lleven a cabo las citaciones con la brevedad posible y ante el evento de que aquellas personas no residieren en el partido judicial, se pueda entender la citación con el Ministerio Fiscal, a quien le compete institucionalmente la representación de los ausentes o personas carentes de representación, concepto de residencia que no puede interpretarse ateniéndose al rigorismo administrativo, ni guarda relación con el concepto de domicilio que el artículo 40 del Código civil equipara al de residencia habitual sino que más bien se refiere a la presencia real o con casa abierta del que haya de ser citado en el lugar o partido judicial en que se sustancie el expediente, lo que no resulta acreditado, sino precisamente lo contrario a través de las afirmaciones de la sentencia recurrida.

En relación con el segundo extremo de oposición, o sea, la omisión o falta de constancia de que el Juez verificara personalmente el cotejo de las letras con infracción de lo previsto en el artículo 609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de rechazarse por la simple consideración de que es una diligencia no impuesta por la Ley para la validez del proceso de protocolización en el supuesto de autos, en que las declaraciones de los cuatro testigos fueron acordadas y no admitían duda alguna sobre la identidad de la letra de la testadora. El cotejo referido fué acordado por el Juez en uso de un libre arbitrio que le otorga el final del párrafo último del artículo 691 del Código civil, lo que equivale procesalmente a una diligencia para mejor proveer, de naturaleza idéntica a aquellas que autoriza el artículo 340 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, y como éstas se hallan fuera del alcance del poder dispositivo de las partes, puede el Juez, aun después de acordadas, prescindir de ellas, y, por consecuencia, pudo, después de oír al Perito y recibir su informe, prescindir de la práctica personal posterior del cotejo si no lo estimó necesario, puesto que tal diligencia no le era impuesta en el caso de autos, para la validez del procedimiento.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.