

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
RAFAEL IZQUIERDO ASENSIO
Y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

II. DERECHOS REALES

RETRACTO DE COMUNEROS. COMPUTO DEL PLAZO. VALOR DE LA CONFESION (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1969).

Resumen de la sentencia—Debe considerarse caducada la acción de retracto si se demuestra que el retrayente tenía conocimiento de la venta en documento privado y de la transmisión real de la propiedad desde hacía más de nueve días antes de su ejercicio. La confesión no supone prueba plena

El caso.—A. F. contra P. M. y otros.

Se vendió la mitad indivisa de un almacén a un extraño en documento privado de fecha, en principio no fehaciente, 23 de marzo de 1959, en el que constaba el precio de 200.000 pesetas. Posteriormente, en agosto de 1965, se formalizó la correspondiente escritura de transmisión de propiedad en la que figuraba como precio la cantidad de 60.000 pesetas. La copropietaria del almacén ejercitó acción de retracto contra la adquirente y los vendedores, tomando como fecha de cómputo de plazo y como precio los de la escritura pública. La adquirente alega caducidad de la acción de retracto porque la actora conocía desde el principio la existencia del documento privado, y para el caso de no estimarse la caducidad, solicitaba se tuviera en cuenta el precio que aparecía en dicho documento.

El Juzgado de Primera Instancia de Carlet dio la razón a la retrayente. La Sala 1.ª de la Audiencia Territorial de Valencia, en cambio, estimó las

alegaciones de la adquirente. La retrayente recurre en casación por infracción de ley, estimando infringidos diversos artículos del Código civil: 1.232 (pues dice que la adquirente reconoció en el juicio que la transmisión tuvo lugar por la escritura pública), 1.218, 1.219, 1.432 (prueba del documento público y falta de tradición por el documento privado), 1.227 (falta de fehaciencia del documento privado) y 1.524.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por los siguientes razonamientos de su considerando segundo:

«Considerando: Que los cuatro primeros motivos, todos al amparo del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encaminan a combatir las afirmaciones fácticas de la instancia; en el tercero, por el cauce del error de hecho, tomando como documento auténtico la escritura pública de 24 de agosto de 1965 y en los otros tres por error de derecho en la apreciación de las pruebas, con invocación de los artículos 1.232, en el primer motivo, 1.218, 1.219 y 1.462 en el segundo y 1.524 y 1.227 en el cuarto; y son motivos que han de ser desestimados en su totalidad, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: 1.ª En cuanto al motivo primero, alusivo a la eficacia de la prueba de confesión, en primer lugar, que aunque el artículo 1.232 dice que la confesión hace prueba contra su autor, la confesión no supone prueba plena, pudiendo el juzgador a través del resto de ellas afirmar cosa distinta de lo confesado y en segundo lugar, que dicha confesión prestada por persona letrada, no es absolutamente incompatible, al afirmar la transmisión efectuada cuando se le dio forma de escritura pública al convenio, con el hecho de que la transmisión real fuere hecha a los compradores y disfrutada por ellos la posesión desde 1959, antes de constatar la transmisión bajo fe notarial, que es lo que afirma la instancia, después de estudiar la copiosa prueba que, sobre el particular, se practicó en el pleito. 2.ª En cuanto al motivo segundo alusivo a que los documentos públicos hacen fe en cuanto a tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, que lo que se afirma en la sentencia, no es que no haya existido transmisión de propiedad, ni que la escritura de 24 de agosto de 1965, fuera otorgada en fecha distinta de la que consigna el fedatario, lo que se afirma en la sentencia es que esa escritura supone la elevación a público de un contrato privado anterior de 23 de marzo de 1959, en virtud del cual se efectuó la transmisión y que su fecha ha de ser punto de partida para el cómputo del plazo para ejercitar el retracto, ya que era perfectamente conocido desde aquella fecha, por la actora. 3.ª Que la escritura de 24 de agosto de 1965 no puede ser documento auténtico para contradecir lo afirmado por la instancia en cuanto a la fecha en que se efectuó la transmisión, pues dicha escritura ha sido tenida en cuenta por la Sala de la Audiencia y, no obstante, tener conocimiento de ella, a través del estudio del resto de la prueba, llega a la convicción de que no fue la de la escritura la fecha de la transmisión real, sino la de formalización de la que se había realizado con anterioridad; afirmación, por otra parte, perfectamente compatible con el texto de aquella escritura. 4.ª Que en el cuarto motivo del recurso se desvía la argumentación por derroteros de fondo sobre el valor probatorio de los documentos privados en cuanto a tercero, sin tener en cuenta que en este caso no puede estimarse como tercero a la parte actora en estos autos, ya que no puede alegar desconocimiento del documento privado, desde el momento que en la sentencia se afirma no sólo que tuvo conocimiento

total y completo' de la transmisión efectuada en la fecha del contrato privado 'así como de todas sus circunstancias', sino que además, desde aquella fecha, reconoció como propietaria a la adquirente, reduciendo a la mitad el recibo de alquiler que antes cobraba en su integridad por cuenta de todos los comuneros: a cuya conclusión pudo llegar y llegó la instancia a través de la legal ponderación del conjunto de las pruebas que le fueron suministradas por las partes.»

Comentario.—Para evitar una generalización abusiva de la doctrina de esta sentencia a otros casos parecidos, pero de matices fundamentales distintos, conviene hacer unas precisiones.

Se trata de la interpretación del párrafo primero del artículo 1524 del Código civil, en la parte que subrayo: «No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal, sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta».

A primera vista parece que al legislador le basta con el conocimiento del contrato obligacional de venta. También a primera vista, parece que la sentencia parte, sin más, del conocimiento de un contrato de venta en documento privado como fecha de cómputo de ejercicio del retracto. En mi opinión no es así y creo que se desprende a segunda vista del artículo 1524 y de la sentencia, que lo que debe tomarse en consideración es la fecha de conocimiento de la transmisión real de la propiedad.

a) Interpretación del artículo 1524 del Código civil. Ciertamente, el artículo 1524 habla de tener «conocimiento de la venta», y «venta», según el mismo Código, supone que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente» (art. 1.445). Pero el artículo 1524 será mejor interpretado si se relaciona con los artículos concretos del retracto en vez de relacionarlo literalmente con el artículo 1445 que define la compraventa, pues se trata de señalar el cómputo del plazo de la acción de *retracto*. Y entonces lo vamos a relacionar con el artículo 1521 del mismo Código, que dice: «el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que *adquiere* una cosa por compra o dación en pago». De este artículo se desprende que el retracto opera sobre quien ha adquirido ya la cosa, es decir, sobre quien ha consumado su compra, no que simplemente la haya perfeccionado. Es la idea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 5 de febrero de 1952 (citada por BOWER en su «Código civil comentado» pág. 1.189), dice: «Es doctrina reiteradamente declarada por la Sala de lo Civil, entre otras sentencias en las de 20 de mayo de 1943 y 8 de julio y 21 de diciembre de 1946, que la acción de retracto, por su carácter real, no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiera retraer, *entre en posesión de la misma por tradición real o simbólica*, pues hasta ese momento en que se consuma el contrato de compraventa no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor, aunque puede existir por parte del comprador una acción personal para reclamarlo».

De todo esto se desprende que mal puede empezar un cómputo cuando todavía no ha surgido el derecho. Por tanto, el artículo 1524, rectamente interpretado, alude como cómputo, en defecto de inscripción registral, al momento

en que el retrayente haya tenido conocimiento de la consumación de la venta, o sea, de la transmisión real de la propiedad.

La cuestión ofrece escasas consecuencias prácticas, si se quiere, cuando la venta se ha realizado en escritura pública, pues, en base al artículo 1.462 podría decirse que si se demuestra que se conoce la existencia de una escritura de venta, queda demostrado que se conoce la transmisión real de la propiedad, a menos que el contrato exprese lo contrario. Y ello, por la tradición instrumental.

Pero cuando la venta se ha realizado en documento privado, como es el caso de la sentencia, la tesis mantenida tiene importancia práctica grande, pues no basta para hacer ver la caducidad del retracto, con demostrar que se tenía conocimiento del documento privado de venta desde hacía más de nueve días, sino que habrá que demostrar que se tenía conocimiento de la posesión en concepto de dueño, es decir, de la tradición o modo. Porque una venta en documento privado no lleva consigo la transmisión de la propiedad, siendo necesaria la tradición real o simbólica. Esta demostración puede llegar a ser difícil, pero esa es precisamente una de las desventajas del documento privado, que no supone tradición instrumental, a diferencia de la escritura pública. Otra desventaja distinta es que no lleva consigo fehaciencia, según el artículo 1.227 del Código civil.

Ahora bien, resulta que precisamente en este caso las desventajas citadas han quedado superadas por las pruebas realizadas en el juicio, habiéndose llegado a demostrar que el retrayente tuvo conocimiento de la existencia del documento privado y también de la transmisión real de la propiedad, efectuada por una «traditio brevi manu» (pues el adquirente era arrendatario, cambiando su posesión arrendaticia por una posesión, en cuanto a la mitad *indivisa*, a título de dueño). En menos palabras, el retrayente conocía el título y el modo.

b) Delimitación del caso de esta sentencia. La sentencia se encuentra en la misma línea de interpretación del artículo 1.524. Para demostrar esto, basta transcribir la parte final del Considerando segundo, cuando dice: «no puede alegar desconocimiento del documento privado, desde el momento en que en la sentencia se afirma no sólo que tuvo 'conocimiento total y completo' de la transmisión efectuada en la fecha del contrato privado, 'así como de todas sus circunstancias', sino que además, desde aquella fecha, *reconoció como propietaria a la adquirente* reduciendo a la mitad el recibo de alquiler que antes cobraba en su integridad por cuenta de todos los comuneros...».

Sirva esto, caso de ser convincente, para evitar en futuros casos, ampliaciones de los «obiter dicta» de esta sentencia.

J. M. G. G

III. CONTRATOS

ARBITRAJE. INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. Cuesta Alfonso c. Acha Ormaechéa (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1968).

Alegando la cláusula del contrato por cuyo incumplimiento se le demandaba y según la cual «las dudas, diferencias y discrepancias que puedan surgir con motivo del contrato serán resueltas por medio de arbitraje de equidad», el demandado opuso la excepción de incompetencia de jurisdicción (art. 533-1.ª de la L. E. C.), la cuál fue desestimada. Condenado en ambas instancias dicho demandado, interpone recurso de casación denunciando en el motivo 1.º al amparo del núm. 6.º del artículo 1.692 L. E. C. exceso de jurisdicción con infracción de los artículos 9.º, 10, 11 y 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado. El Tribunal Supremo desestima el motivo manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que la cuestión que presenta a la casación el motivo primero, al amparo del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el de exceso en el ejercicio de la jurisdicción alegando que, pactado en la cláusula 7.ª del contrato de 30 de octubre de 1961, que rige las relaciones entre las partes, «que las dudas, diferencias o discrepancias que pudieran surgir con motivo del contrato, serían resueltas por medio de arbitraje de equidad», se había entablado directamente la acción judicial; cuestión que había sido objeto, de una excepción dilatoria propuesta por el demandado al contestar a la demanda y desestimada por la instancia, o sea, versa el motivo sobre si debieron haberse tenido en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 9.º y 11 de la Ley de Arbitraje encaminados a obligar al cumplimiento del contrato preeliminar, antes de recurrir a los Tribunales de Justicia, cuestión que ha de resolverse en forma negativa, ya que la vía judicial estará sólo impedida, según el artículo 19 de la Ley de Arbitraje cuando se haya otorgado la escritura de compromiso y en este caso, ni dicha escritura se había voluntariamente otorgado, ni se había hecho uso, por el demandado de la facultad que le otorga el artículo 9.º de la misma acudiendo al Juez para pedir la formalización judicial del compromiso, antes de ser emplazado para contestar a la demanda.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: PRESCRIPCION DE LA ACCION. DERECHO FORAL DE NAVARRA. Mare Nostrum, S. A. y otros contra Mutua Nacional del Automóvil y otros (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1968).

En accidentes de tráfico ocurridos en Navarra el 3 de enero de 1965, se produjeron determinados daños por lo que, sobreseído el sumario por fallecimiento del presunto causante por auto de 23 de iguales mes y año, se interpuso el 22 de enero de 1966, demanda solicitando diversas indemnizaciones, la cual fue admitida por el Juzgado el 25 siguiente, siendo citados o emplazados los demandados el 8 de febrero de 1966. Estimada la demanda en ambas ins-

tancias se interpuso por la parte demandada recurso de casación, alegando en el motivo 1.º, que el Tribunal Supremo estima por lo que prescinde del examen de los demás, la infracción por interpretación errónea de la ley 9.ª, título 37, libro 2.º de la Novísima Recopilación de Navarra, así como por el mismo concepto la ley 3, párrafo 3 del título 39 del libro 7.º del Código de Justiniano y la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 31 de octubre de 1953, y 30 de septiembre de 1955, resultando infringido por inaplicación el artículo 1.968 del Código civil, todo ello por entender que cuando se produjo la citación de los demandados había transcurrido un año a partir de la fecha en que los actores pudieron ejercitar sus acciones, ya que conforme a los preceptos citados la prescripción se interrumpe en el Derecho Foral de Navarra no por la presentación de la demanda simplemente, sino por su notificación al demandado, a diferencia de lo que establece el Código civil en su artículo 1.973.

Considerando: Que... en orden a este motivo debe partirse de que en Navarra, de acuerdo con lo sostenido al respecto por la parte recurrente, y conforme a reiterada doctrina de esta Sala, rige como supletorio de primer grado el Derecho romano, con prioridad al Código civil, así como también sucedía en Cataluña—región en la que asimismo era de aplicar preferentemente el Derecho canónico—, desprendiéndose esa preferencia de normas del artículo 12 de nuestro Código civil; y visto lo dispuesto en la legislación aplicable, para que operen, en general, los efectos interruptivos de la prescripción, es necesaria la citación, notificación o enteramiento de la reclamación judicial, advirtiendo que, cual sostiene algún eminente tratadista las notificaciones, citaciones y emplazamientos suelen comprenderse bajo la genérica de *notificación*, tomada esta palabra en sentido lato, pues aunque cada una de esas palabras tenga en el foro su significación propia y especial, todas tienen por objeto hacer saber las resoluciones o mandatos judiciales, y, en el caso examinado, el enteramiento es para conocer que la reclamación ha tomado estado judicial previa demanda o *instancia*, doctrina que no es de aplicar en el derecho común en que basta la interposición de la demanda, pues tal requisito no surge del artículo 1.973 del Código civil.

Considerando: Que en la sentencia recurrida, o sea, la dictada por la Audiencia, se aceptan y dan por reproducidos los considerandos de la apelada, en lo esencial, y en cuanto a la cuestión relativa a la prescripción, el fundamento segundo de la resolución impugnada, se refiere a la sentencia de primer grado con las frases «como más detalladamente expone, etc.»; más, en el fundamento cuarto de la sentencia de primera instancia se sostiene como argumento capital, con referencia a la aplicación a Navarra de las normas del Derecho romano y de su Novísima Recopilación, que ésta «no han de tener otro alcance que la imposibilidad de interrumpir la prescripción por vía de reclamación extrajudicial», citando en apoyo de esta teoría la sentencia de 15 de diciembre de 1922, dictada en un caso de aplicación de Derecho foral catalán, pero, aún admitiendo el paralelismo, por ser en ambas legislaciones forales aplicable como supletorio el Derecho romano, la mentada sentencia de esta Sala en la cual se contempla el «Usatge Omnes Causas» y la ley 2.ª, título XI, libro VII del Código de Justiniano, no dice lo que en la ahora recurrida viene a sostenerse sino que «no reviste eficacia jurídica para interrumpir la prescripción en toda clase de acciones el mero requerimiento extrajudicial a que se refiere el artículo 1.973 del Código civil», lo que obedece a que en el caso resuelto por la mentada sentencia de 15 de diciembre de 1922, en la dictada

en segunda instancia, revocando la de primera, se había absuelto a los demandados, y los recurrentes argüían entre otras cosas, que la prescripción aplicada por la Sala sentenciadora se había interrumpido por medio de un requerimiento notarial, siendo ésta la cuestión a que se refería la expresada sentencia de este Tribunal, sin que su doctrina, en concreto, sea aplicable al caso presente, aunque sí *descarta la aplicación del artículo 1.963 del Código civil*, como así ocurre en las dos sentencias primeramente citadas.

Considerando: Que, en consecuencia, los razonamientos que preceden, concuerdan, sustancialmente, con los argumentos que se desarrollan por la parte recurrente en el motivo primero, y, por ende, el Tribunal a que, ha incurrido en las infracciones que en dicho motivo se denuncian, siendo de aplicar el artículo 1.968, número 2.º del referido Código por estimarse transcurrido el plazo prescriptivo señalado por la Ley.

SIMULACION: DONACION DE INMUEBLES. Amat García c. Pignatelli Carrasco y Meca Sastre (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1968).

En la demanda se pedía sentencia declarando inexistente un contrato de compraventa por simulación absoluta. Los demandados opusieron que había existido una propia y verdadera compraventa o, alternativamente, que se trataba de una simulación relativa que encubría como negocio subyacente una donación remuneratoria. Desestimada la demanda en primera instancia fue estimada en apelación por lo que los demandados interpusieron recurso de casación alegando en un único motivo la infracción por interpretación errónea del artículo 1.276 del Código civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que como con reiteración ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, para que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.276 del Código civil, sean válidos y eficaces los negocios jurídicos encubiertos bajo la apariencia de otro simulado, es preciso que, por quien pretenda ejercitar en juicio las acciones de ellos derivadas, se acredite cumplidamente que los mismos se apoyan en una causa verdadera y lícita que se hallan revestidos de cuantos requisitos se exigen para la contratación en general y para la modalidad de que se trate en particular y que se han cumplido respecto a ellos las formalidades que la Ley prescribe, los cuales, cuando la obligación subyacente consista en una donación pura y simple de bienes inmuebles, serán las de su constancia en escritura pública con expresión de los demás datos que el artículo 633 de dicho Cuerpo legal señala, de lo que se infiere que para obtener la casación de una sentencia en la que se haya anulado por inexistencia de precio un contrato de compraventa, tras el que se pretende hacer valer un acto de liberalidad de los antes indicados, será menester, no sólo demostrar la infracción que el Tribunal *a quo* haya podido cometer respecto al mencionado artículo 1.276 sino también la que se le atribuya con relación al 633 regulador del caso concreto controvertido y como ello no ha sucedido en el supuesto aquí contemplado en el que el recurrente denunció tan sólo la interpretación errónea del primero de dichos preceptos y jurisprudencia que al efecto cita, de ahí que sus pretensiones carezcan de fundamento jurídico adecuado y que el único motivo del presente recurso, formulado al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil no pueda prosperar.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: PRESCRIPCION, Domínguez Zuazo c. Oyón Oyón (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1969).

Viajando el actor en un camión propiedad del demandado sufrió un accidente del que quedó con absoluta inutilidad, condenándose en la vía penal al conductor declarado insolvente y con reserva de las acciones relativas a la responsabilidad civil por no haber sido parte en la causa el responsable civil subsidiario. Presentada la demanda solicitando el pago de una indemnización sin acompañar certificación de haberse celebrado el acto de conciliación, lo cual se subsanó posteriormente, el demandado alegó que dicha presentación no interrumpió el plazo de prescripción y que cuando se acompañó la certificación aludida ya había transcurrido tal plazo. Condenado el demandado en ambas instancias, interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima diciendo:

Considerando: Que contra esta desestimación se interpone el presente recurso, que, en su motivo primero, por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación por inaplicación del párrafo 2.º del artículo 1.968 del Código civil, porque como a la demanda no se acompañó certificación del acto conciliatorio, no puede aquélla interrumpir el plazo prescriptivo hasta la subsanación del defecto y cuando se subsanó ya estaba prescrita la acción, pero al razonar así el recurrente no tiene en cuenta: 1.º Que el artículo 1.973 del Código civil ordena que la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, y la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que para que se produzca dicho efecto basta la presentación de la demanda, formulada con los requisitos legales, y su admisión, y como de la redacción del número 6.º del artículo 533 sólo hay defecto legal en el modo de proponer la demanda cuando no se llenan los requisitos a que se refiere el artículo 524, ambos de la Ley Procesal, al no estar incluido en ellos la celebración del acto conciliatorio, la falta de éste no convierte a la demanda en ineficaz. 2.º Que cuando el Juez, con infracción del artículo 462, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, admite a trámite demanda a la que no se acompaña certificación del acto nulo, y por ello puede subsanar la falta, incluso de oficio, cuando la note, y como el acto conciliatorio es completamente independiente del procedimiento contencioso, son válidas las actuaciones practicadas sin dicho requisito. 3.º Que habiéndose presentado la demanda con todos los requisitos legales, y admitida a trámite, por el juzgador de primera instancia, no cabe duda de que ello produjo la interrupción del plazo prescriptivo, con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Sala, puesto que, a pesar del artículo 533 de la Ley Procesal la omisión de la certificación del acto de conciliación sólo produce los efectos antes señalados, entre ellos la validez de la providencia de admisión. 4.º Que por todo ello, hay que desestimar este motivo, y, además; porque la Sala sentenciadora no ha infringido el precepto que el mismo denuncia, dado que no ha puesto en duda ni se discutió por las partes el plazo de prescripción de la acción ejercitada, y sí sólo su interrupción, que es lo que no se combate con la cita del precepto adecuado.

Considerando: Que el motivo segundo, por igual cauce procesal que el anterior, denuncia la aplicación indebida del artículo 1.903 del Código civil, porque, al no haber sido parte en la causa penal no está obligado a soportar

las consecuencias jurídicas de dicho precepto, pero al razonar así olvida el recurrente que la jurisdicción penal (Sala Segunda de este Tribunal Supremo) le condenó como responsable subsidiario, y a petición suya, por no haber sido parte en la causa, se dejó sin efecto, reservando a los perjudicados las acciones correspondientes para su ejercicio ante la jurisdicción civil accediendo a lo manifestado por el peticionario, por lo que al vincularle tal petición no puede ir ahora contra sus propios actos, y como esta responsabilidad subsidiaria, en vez de resolverla el Tribunal de lo criminal, la reservó para el de lo civil, lo que es perfectamente legal, decae este motivo y con él todo el recurso.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: VALOR PROBATORIO DEL SUMARIO PREVIAMENTE INSTRUIDO. Huertas Núñez c. Tranvías Eléctricos de Granada S. A. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1969).

A consecuencia de un accidente de tráfico con resultado de muerte, se siguió el correspondiente sumario en el que recayó auto de sobreseimiento. La demanda posteriormente interpuesta por los herederos de la víctima solicitando una indemnización fue estimada en ambas instancias por lo que la parte condenada interpuso recurso de casación por infracción de ley al amparo de diversos motivos. Interesa destacar la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo respecto del motivo 2.º en el que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denunciaba la violación por inaplicación de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1951, 14 de junio de 1947, 20 de marzo de 1965, 23 de diciembre de 1964 y 20 de marzo de 1950, según la cual «carecen de eficacia en juicio civil las pruebas practicadas en las actuaciones sumariales, sin las garantías propias del procedimiento civil por no estar presente la parte ni hacer repreguntas ni alegar tachas», «ni la apreciación de los hechos realizada en la jurisdicción criminal puede vincular a la jurisdicción civil, porque la primera aprecia las pruebas practicadas con arreglo a su conciencia, mientras que la segunda tiene que apreciarlas con sujeción a normas preestablecidas y, por tanto, las valoraciones de aquélla sólo podrán tener alcance y eficacia a los efectos de la jurisdicción penal».

Dice el Tribunal Supremo:

Considerando Que, en el motivo 2.º, se acusa violación, por inaplicación de la doctrina que se dice mantenida por esta Sala, en torno a la posible validez y eficacia de las actuaciones sumariales, procedentes a la reclamación civil, de los daños producidos por culpa extracontractual; más, para ello, se contraria tal doctrina, extendiéndola a afirmaciones que, exceden de la jurisprudencia sentada, ya que lo que esta Sala ha proclamado y mantenido es que, sólo la relación de hechos, llevada a cabo en las sentencias condenatorias, a la declaración de no haber existido los mismos, en las absolutorias, son vinculantes para el Tribunal de lo civil que, posteriormente, conozca de los mismos, sin negar, en absoluto, el valor que lo actuado en juicio penal, puede merecer a quienes juzgan el pleito civil y, antes bien, reconociendo la conveniencia de sumar en lo posible, lo actuado en las diversas jurisdicciones, ya que, a tenor de lo dispuesto en el número 70 del artículo 596 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, tienen la consideración de documentos públicos y solemnes las ejecutorias y actuaciones judiciales de toda especie y, por tanto, mediante los oportunos testimonios, pueden presentarse como medios de prueba, a tenor del artículo 1.215 del Código civil y 578 número 2.º de la propia Ley Procesal y la valoración probatoria que, de las mismas y, en su vista, haga el Tribunal, sólo podrá impugnarse en casación, por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria.

En el Considerando 3.º se dice también: «que la culpa aquiliana no deriva sólo de la violación de un deber jurídico, sino de toda producción de un daño, interviniendo culpa o negligencia y, hasta cabe apreciar, que existe en el ejercicio desmesurado o abusivo de un derecho y no hay duda de que a la persona o entidad que explota un servicio público, incumbe procurar que se preste en forma que las cosas o actividad inherentes al mismo no dañen por falta de cuidado o precaución a terceras personas, sean o no usuarias de aquél».

SOCIEDAD CIVIL: «AFFECTIO SOCIETATIS» Independientemente de la clase de bienes que se aporten y del cumplimiento o no de los requisitos de tipo formal establecidos en los artículos 1667 y 1668 del Código civil, es absolutamente necesario para que se pueda declarar la constitución de una sociedad civil, acreditar los elementos que yuxtapuestos integran la «affectio societatis» (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1969).

COMPRAVENTA: RESCISION POR LESION EN CATALUÑA. Martí Roig contra Damiá Martínez (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1970).

La sentencia de apelación, revocando la de primera instancia, estimó la demanda en que se solicitaba la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio de la venta de una finca sita en Cataluña. La compradora había opuesto en la contestación a la demanda, además de que no había existido lesión en el precio, la caducidad de la acción (art. 323 de la Compilación de Cataluña) alegando que aunque la escritura pública se otorgó el 14 de agosto de 1962 y la demanda fue presentada el 3 de agosto de 1966, es decir, dentro del plazo de cuatro años, en realidad la venta se había perfeccionado por un previo documento privado de 14 de julio de 1962 que la escritura se limitó a elevar a público para su acceso al Registro. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la compradora y confirma la sentencia de primera instancia. Dice el Alto Tribunal:

Considerando: Que el problema que el recurso plantea, lo entraña la determinación, de si la escritura de 14 de agosto de 1962, es contrato ajeno y distinto al privado de catorce de julio anterior, en que entre las mismas partes, se operó la venta de la misma finca, con señalamiento de igual precio y por tal si la escritura pública fue solemnización de la venta anterior, solo «contrato de fijación jurídica» o contrato nuevo.

Considerando: Que por cuanto hace el segundo motivo del recurso, superado en el número 1.º del artículo 1.692, por no aplicación de los artículos 1.281, 1.282 y 1.285 del Código, que el estudio detenido de los dos documentos, lleva

a la conclusión por la literalidad de sus términos, que el concierto de voluntades entre las partes, se refiere al mismo objeto de compraventa, con el mismo precio y las mismas condiciones esenciales y que no otra puede ser la intención que las guiaba al hacer la escritura, que solemnizar la venta ya perfeccionada anteriormente, pues así se desprende de la identidad sustancial de las condiciones de uno y otro documento, pues no son incompatibles, sino iguales en su fondo que no habiéndose dicho en la sentencia, ni alegado por las partes que sobre las 50.000 pesetas, primero entregadas, se cobraron las 140.000, no puede hablarse de precios distintos, lo que hace obligado la estimación del motivo, así como la del primero que con igual amparo, acusa la infracción de los artículos 1.279, 1.280 y 1.258, porque la escritura se redactó dando la forma adecuada al convenio privado para su ingreso en el Registro de la Propiedad, haciendo constar la segregación de lo vendido de finca mayor, el pago del laudemio, y de circunstancias en suma que eran ineludibles, en armonía con lo mandado por el artículo 1.258 del Código, que obliga a las partes no sólo a lo expresamente pactado, sino a lo que sea su consecuencia según la naturaleza del contrato, de acuerdo con la buena fe, el uso o la Ley.

Considerando: Que en cuanto al motivo tercero con igual amparo, por infracción de los artículos 1.203 y 1.204 del Código y doctrina que cita, que aún dando por supuesta la existencia de algunas diferencias entre el documento privado y la escritura si no son antagónicas o incompatibles tales condiciones, como el concepto de novación extintiva, según reiterada doctrina, exige la creación de una relación obligatoria nueva, tan dispar y distinta de la que altera, que con ella sea incompatible, preciso es para admitirla, que tenga las características inexcusables mandadas por la Ley, por lo que si carece de ese rango, la novación extintiva no puede apreciarse, por ello en el caso debatido, aunque se pudiera estimar una novación modificativa, el contrato primitivo no ha dejado de existir y por tal, la escritura aunque en algo lo modificara, no puede decirse que constituye contrato distinto y ajeno al primero, lo que hace preciso la estimación del motivo, así como el cuarto, por interpretación errónea del artículo 323 de la Compilación citada, pues estimado que el documento privado entre las partes tuvo fuerza legal desde su fecha 14 de julio de 1962, al presentarse la demanda en 3 de agosto de 1966, habían transcurrido los cuatro años, para la apreciación de la caducidad de la acción, que en consecuencia ha de ser estimado.

ARRENDAMIENTOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: RETRACTO. PRECIO. *No puede equipararse la falta de precio metálico con el supuesto de existir éste con confesión del vendedor de haberlo recibido y, por tanto, no puede acudir a la investigación del valor de la finca cuando media precio cierto en moneda legal, equivalente al dinero metálico, ya que el precio de la compraventa independientemente del valor que a la misma pueda ser atribuido, es elemento constitutivo del propio negocio jurídico de enajenación o transmisión del dominio sobre las cosas, y estas a tales efectos, valen tanto como el precio que por ellas se puede obtener, pues este es un elemento real y cierto y aquel viene influenciado por circunstancias variantes, sin perjuicio, claro está, de ser el precio medida del valor a través de la moneda; y el precio que ha de tenerse en cuenta para que se dé lugar a la subrogación que el retracto legal implica es el que quede bien probado y se revele el intento de burlar el retracto o hacerlo más gravoso en perjuicio del retrayente (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS. RESOLUCION POR CESION INCONSENTIDA. *Si la casa arrendada al Ayuntamiento de T. para la instalación de una Escuela Unitaria del Estado, se encuentra ocupada por una escuela de Patronato a cargo de la Hermandad de Labradores y Ganaderos de la expresada localidad, es llano que se ha producido la sustitución del arrendatario por un tercero, la citada Hermandad, en el goce o uso de la cosa arrendada, por lo que la sentencia del Tribunal "a quo" que así lo estima no ha infringido por aplicación indebida el artículo 25 de la L. A. U. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1969).*

ARRENDAMIENTOS URBANOS. TRASPASO ILEGAL. PRESCRIPCION DE LA ACCION RESOLUTORIA (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1969).

La demanda que instaba la resolución del contrato por traspaso ilegal fue desestimada en ambas instancias por entender prescrita la acción siendo igualmente desestimado con fundamento en la siguiente doctrina el recurso de injusticia notoria interpuesto:

Considerando: Que si bien es cierto que, como dice el recurrente, en los considerandos de la sentencia recurrida no se recoge circunstancia alguna que demuestre que la propiedad del inmueble tenía conocimiento de los hechos determinantes del traspaso ilegal, tampoco consta, ni se consigna que no lo tuviera y en cambio es inadmisibles la tesis de dicho recurrente de que no puede presumirse este conocimiento, pues tal presunción se impone *de jure* por el artículo 2 del vigente Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 con carácter general al decir «se presume que el contenido de los

libros del Registro es conocido y de todos y no podrá alegarse su ignorancia» y consta como premisa básica del fallo la existencia de dos hechos notorios admitidos también por el recurrente, a saber: que constituida la entidad demandada por escritura pública de 20 de febrero de 1943 fue inscrita en el Registro Mercantil el 13 de abril del mismo año figurando domiciliada en el local de autos y la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial de la transmisión de la marca Vasconcel a la sociedad demandada en concepto de ocupante del local de autos de 13 de febrero de 1945; y en su virtud no puede hablarse de ocultación del traspaso, ni de ocupación clandestina, por lo que habiéndose fijado con certeza la fecha de la ocupación y habiendo transcurrido en el disfrute ostensible de esta situación un lapso de tiempo superior al señalado en el artículo 1.964 del Código civil sin que haya habido obstáculo legal para el ejercicio de la acción, al estimar la sentencia recurrida la excepción de prescripción de la acción no ha interpretado con error, sino acertadamente el artículo 1.969 en relación con el anteriormente citado y hay que desestimar el único motivo del recurso, que a efectos de costas no se considera temerario.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: PLURALIDAD DE ARRENDATARIOS. INDIVISIBILIDAD Y LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1969).

El contrato de arrendamiento cuya resolución se pretende por la arrendadora fue celebrado actuando como arrendatario un señor, único demandado ahora, por sí y en representación de otros. Este demandado opuso la excepción de falta de legitimación pasiva (4.ª del art. 533 de la L. E. C.) alegando que existía un *litis consorcio* pasivo necesario. La demanda se estimó en ambas instancias pero interpuesto recurso de revisión la Sala 6.ª del Tribunal Supremo lo estima manteniendo la siguiente doctrina:

Considerando: Que de lo dispuesto en diferentes artículos del Código civil, como son principalmente el 1.139, 1.141, 1.144 y 1.252, se deduce que mientras en los casos de prestaciones solidarias, el proceso puede promoverse contra cualquiera de los interesados, y la sentencia que se dicte es obligatoria para los demás, cuando se trata de prestaciones indivisibles se debe promover contra todos los obligados al cumplimiento de las mismas, siendo esto lo que sucede con respecto a la pretensión objeto del desahucio a que se refiere el presente recurso, porque el contrato de arrendamiento de la finca reclamada fue concertado como arrendatario por don M. N. C., por sí y en nombre de los demás herederos de don J. N. G., lo cual significa que todos éstos son titulares del derecho de arrendamiento controvertido, siendo indivisible la prestación referente a la terminación del mismo, objeto de la demanda de desahucio, en cuanto ha de ser satisfecha por todos sin que pueda serlo aisladamente ni pueda ser reclamada a cualquiera de ellos con carácter vinculante para los demás, ya que, si bien es cierto que en la cláusula 14 del citado contrato se hace constar que la propiedad puede exigir de todos los herederos conjuntamente o de cualquiera de ellos indistintamente el cumplimiento de las obligaciones en él contraídas, renunciando expresamente los mismos al beneficio de excusión y prelación, ello sólo supone que los citados se obligaron solidariamente al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, que podrán reclamarse ju-

dicialmente a cualquiera de ellos, pero no significa que se obligaran con el mismo carácter solidario a dar por terminado el arrendamiento, pues ésta no es una obligación pactada o que se derive propiamente del contrato, por lo que no puede reputarse incluida en tal cláusula, puesto que, según lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código civil y reiterada jurisprudencia, la solidaridad no se presume, sino que debe constar de un modo inequívoco con respecto a la obligación de que se trate; por ello, de acuerdo con lo declarado por esta Sala en sus sentencias de 30 de octubre de 1965 y 2 de enero, 14 y 29 de mayo de 1968, ha de estimarse que entre los herederos aludidos existe una situación de *litis consorcio* pasivo necesario, que imponía a la demandante la carga de haber dirigido la demanda de desahucio frente a todos, cuya exigencia no puede entenderse cumplida por el hecho de haber formulado la demanda contra el citado señor N. C. por sí y como apoderado de los restantes herederos, porque, aparte de que el apoderamiento conferido al mismo sólo consta por sus proplas manifestaciones, sin aparecer justificado documentalmente ni haber sido reconocido por los herederos a quienes se dice representar aquél, la circunstancia de que pudiera tener tal representación para concretar el arrendamiento y aún para actuar en su nombre y como arrendatario no implica que la tenga también para ser demandado y actuar procesalmente en nombre de ellos, como esta Sala ha declarado también en las sentencias antes citadas.

Considerando. Que, en virtud de lo precedentemente expuesto, el recurso de revisión formulado al amparo de la causa 3.ª, apartado 4, del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en cuyos tres motivos se alega la infracción de los artículos 1.089, 1.139, 1.150 y 1.152 del Código civil y 2 y número 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se denuncia el incompleto *litis consorcio* pasivo necesario aludido ha de ser estimado, aún en el supuesto de que se apreciarán en su formalización los defectos procesales invocados por la parte recurrente en el acto de la vista del mismo, pues según conocida y reiterada jurisprudencia, la falta del indicado *litis consorcio* en que se funda el recurso y que ya fue denunciada en las instancias, puede incluso ser apreciada de oficio por el órgano judicial, a quien incumbe cuidar de que sean llamados al juicio todos los directamente interesados en el derecho discutido, en evitación de que puedan resultar condenados sin ser oídos o de la posibilidad de que se produzcan fallos contradictorios; siendo, en consecuencia, procedente revisar la sentencia recurrida en que no se apreció la referida falta y, en su lugar, apreciar ésta y desestimar por ello la demanda sin entrar en el fondo de la cuestión debatida.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: SUBARRIENDO. *No concurre la causa de desahucio 4.ª del artículo 28 del Reglamento de 29 de abril de 1959 (subarriendo) si el arrendador entregó al arrendatario la finca con unos ocupantes de parcelas que traían causa del anterior arrendatario sin advertírsele al nuevo y sin ejercitar previamente contra el contraventor las acciones pertinentes y la sentencia que así lo estima no incurre en infracción por falta de aplicación del artículo 4.º del Reglamento citado, ya que para esto sería necesario que el arrendatario hubiese recibido la finca libre de ocupantes y después pactarse el subarriendo* (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1969).

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RENUNCIA DE DERECHOS. *Si bien es lícita y tiene perfecta validez la renuncia por el arrendatario de local de negocio de los derechos y beneficios que la Ley le concede, salvo el de prórroga contractual, no lo es ni tienen eficacia jurídica la de derechos concedidos por las Leyes posteriores, aun los que, reconocidos con anterioridad, son regulados por aquella forma distinta, bien en su alcance, bien en la forma de hacerlos efectivos. Reparaciones. No es incompatible el que pueda seguir usándose el local para el uso a que fue destinado con el hecho de que deba ponerse en condiciones de un uso perfecto sin consecuencias dañosas* (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1969).

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: PRORROGA (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1969).

Mediante contrato de 27 de marzo de 1962, el demandante cedió al demandado diversas fincas rústicas en arrendamiento por plazo de cuatro años que, según la tesis del primero, vino a ser de seis años, de acuerdo con el artículo 9.º del Decreto de 29 de abril de 1959. Transcurridos los seis años, el arrendador requirió notarialmente al arrendatario para dar por terminado el contrato por proponerse cultivar y explotar las fincas directamente, y no atendido el requerimiento presentó la demanda de desahucio que se estimó en ambas instancias. La tesis mantenida por el arrendatario en el recurso de revisión se apoya en la cláusula 4.ª del contrato según la cual: «Este contrato se hace por cuatro años, considerándose prorrogado por la tácita, si una de las partes no avisa a la otra con tres meses de antelación al comienzo de la barbechera». A su juicio, de esta cláusula se desprende que fue pactado un plazo superior al mínimo legal o sea de ocho años, al no haber existido preaviso en la forma concertada y deber de entenderse dicha prórroga por un plazo igual al pactado. El T. S. desestima el recurso diciendo:

Considerando: Que el primer motivo de revisión, amparado en la causa 3.ª, del párrafo 4, del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959 comprensivo de la legislación especial de arrendamientos rústicos en el que se denuncia la infracción del párrafo 1.º del artículo 10, en relación con igual párrafo del artículo 11 del mismo, no puede tener favorable acogida, en primer lugar porque con olvido del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se expresa el concepto de la infracción, en segundo término, por tratarse de una cuestión nueva que, como reconoce la propia parte recurrente, no fue planteada en la instancia, y es sabido que el recurso extraordinario en cuanto censura una actividad *in judicando* no puede rebasar los límites en que se ejercitó, pero si estrechando el concepto, entenderíamos que no es cuestión nueva en casación —y por consiguiente en revisión— la que sin variar el tema se apoya en textos legales que no se citaron ante el Tribunal *a quo*, y aún más, que no puede serlo en ningún caso la que invoca preceptos de derecho necesario no tomados en consideración en instancia, tampoco podría prosperar el motivo porque siendo cierto el carácter de referencia, la cláusula contractual, según la cual «Este contrato se hace por cuatro años considerándose prorrogado por la tácita si una de las partes no avisa a la otra con tres meses de antelación al comienzo de la barbechera», era nula de pleno derecho y, como tal, sustituida desde la

propia fecha del pacto por las disposiciones legales que regulan el plazo de duración de los contratos de locación de fincas de aprovechamiento agrícola como son las de autos—conforme previene el párrafo 1.º de la normativa especial de 29 de abril de 1959, es decir, que se entendía que el contrato tendría la duración de seis años, prorrogable por otros seis a voluntad de arrendatario cuyo derecho de prórroga quedaría sin efecto cuando el propietario se propusiera cultivarlas o explotarlas directamente por sí o por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a tenor de lo dispuesto en los párrafos primeros de los artículos 10 y 11 de la dicha legislación arrendaticia y que son precisamente los preceptos que se entienden infringidos por la recurrente, quien equivocadamente estima que el no haberse avisado ninguna de las partes con tres meses de antelación a la finalización del plazo pactado de cuatro años, se prorrogó por la tácita durante otros cuatro, sin tener en cuenta que no podía prorrogarse, lo que era nulo de derecho, y así la Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 18 de septiembre de 1941, 19 de abril de 1945; 28 de mayo de 1951, 28 de noviembre de 1952, 30 de abril de 1953 y 14 de mayo de 1957, que la doctrina de prórroga de los arrendamientos rústicos con tácita reconducción, contenida en el artículo 1.566 del Código civil no subsiste en derecho positivo después de la vigencia de los preceptos que la legislación especial (Ley de 15 de marzo de 1935, 28 de junio de 1940, 23 de julio de 1942, comprendida en el Reglamento de 1959) dicta sobre la materia.

Considerando: Que después de la quiebra del precedente tema de casación, el único fundamental que se plantea declina fatalmente los segundo y tercero que, por el cauce de la causa cuarta, del número 4, del artículo 52 del Decreto de 29 de abril de 1959 sobre injusticia notoria por manifiesto error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas tratan de resaltar la equivocación del Tribunal Territorial al partir de la base de que, por imperativo legal, el plazo de duración del contrato de arrendamiento de autos era de seis años, cuando en la cláusula cuarta del documento privado de 27 de marzo de 1962, en el que se contrató aquél, lo establece en ocho años (cuatro, más otros cuatro de prórroga por la tácita pactada), cuestión que es meramente jurídica y ha sido tratada más arriba, por lo que no podían prosperar en ningún caso por la vía utilizada, según ya fue declarado por esta Sala en Sentencia de 15 de abril de 1953; pero es que, además, el segundo motivo se asienta en el error de derecho sin mencionar el precepto valorativo de prueba que haya sido desconocido por el Juzgador de Instancia al apreciar la prueba, como excepción que es al sistema de la libre apreciación imperante en nuestro enjuiciamiento, y según proclama reiterada jurisprudencia de éste Supremo Tribunal; y en cuanto al tercero, sobre error de hecho, sólo menciona como documento demostrativo el propio en el que se convino el arrendamiento de autos, el cual no es válido en el recurso extraordinario, pues que una jurisprudencia reiterada (sentencia de 23 de febrero y 5 de abril de 1954 y 7 de octubre de 1958, entre otras muchas) establece que los documentos sobre cuya interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia carecen de autenticidad demostrativa que, para la aplicación del error de hecho, exige el precepto amparador del motivo.

R. I. A.

V. SUCESIONES

LEGITIMA FORAL VIZCAINA. PARIENTES TRONQUEROS. NULIDAD PARCIAL DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. SUBROGACION REAL. Artículos 6, 10, 21, 22 número 4 y párrafo final; 23; párrafos 1.º y 3.º; 27 y 57 de la *Compilación vizcaina* y 4.º, párrafo 1.º, 675; párrafo 1.º, 813, párrafo 1.º y 814; párrafo 1.º, del Código civil (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1970).

El dinero obtenido por el ejercicio de la saca foral no se subroga en lugar de la raíz vendida y, por tanto, no es troncal.

La enajenación onerosa de bienes troncales a quienes no sean parientes tronqueros es anulable, a diferencia de la enajenación gratuita, que es nula.

Las normas que rigen la reserva troncal no pueden interpretarse extensivamente.

Hechos.—Don M. L. B., vizcaino, vende sin previo llamamiento en escritura de 7 de diciembre de 1960 bienes inmuebles troncales, consistentes en la casa-ría O. y pertenecidos y la heredad del monte S., a don I. A. E., con el que no le unía parentesco alguno y es uno de los dos demandados en el pleito actual.

Los primos carnales del vendedor, don V. L. M. y don J. L. G., demandantes en este litigio, ejercitan, como parientes tronqueros del vendedor, su derecho de preferente adquisición conforme al artículo 57 de la *Compilación*, siguiéndose la vía judicial, y por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia de Guernica de fecha 24 de noviembre de 1962 se declara la nulidad de la venta y la adjudicación de la raíz vendida a favor de dichos parientes por su justa valoración que se fija pericialmente en 500.000 pesetas, cifra que coincide con el precio confesado como real por el comprador, otorgándose la correspondiente escritura de compraventa.

Dentro del año siguiente a la venta y después de instado su derecho de preferente adquisición por los tronqueros, pero antes de llevarse a ejecución la sentencia, muere el vendedor don M. L. B. bajo testamento notarial otorgado en la misma fecha que la escritura de compraventa, 7 de diciembre de 1960, en el que instituye único y universal heredero al extraño don L. U. A., que es el otro demandado en el presente juicio.

En ese momento, los parientes tronqueros don V. L. M. y don J. L. G., que habían ejercitado el derecho de preferente adquisición respecto a los bienes raíces vendidos por el causante, demandan en juicio declarativo al comprador, don I. A. E. y al heredero, don L. U. A., pretendiendo que se declare la nulidad parcial de la institución de heredero a favor de éste en cuanto la misma afecte a los bienes troncales del testador vendidos a don I. A. E. y en lugar de los cuales debe entenderse subrogado su verdadero valor, que no es el de 500.000 pesetas, sino el de 978.337,50 pesetas, cantidad ésta que debe distribuirse entre los parientes tronqueros del causante (los dos actores, apelados y recurrentes y otros cuatro más que no litigan) por partes iguales.

Se da la particularidad que fue la parte demandada en el procedimiento sobre nulidad de la compraventa al efecto del ejercicio del derecho de adquisición preferente, la que instó la ejecución de la sentencia hasta que se otorgó la escritura de venta a favor de los hoy actores.

Por el Juzgado de Primera Instancia de Guernica se dictó sentencia estimando en todas sus partes la demanda, declarando nulo el testamento en la parte en que la institución de heredero pudiera afectar a los bienes troncales del testador, derivados de la ejecución de la sentencia dictada por el propio Juzgado en el juicio de nulidad y saca foral de tales bienes, por lo que se abre la sucesión intestada sobre tales bienes troncales en favor de los herederos parientes tronqueros del causante.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revoca la sentencia del Juzgado y desestima totalmente la demanda absolviendo a los demandados.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, rechaza la pretensión fundamental del recurso de casación, consistente en «que por el mecanismo de la acción de nulidad vuelve a la masa hereditaria, como consecuencia del ejercicio del derecho de saca, el precio, que tiene en este caso la condición de bien hereditario comprendido dentro de la herencia forzosa, a la que se refiere el artículo 22 de la Compilación vizcaina, bien que por otra parte tiene el mismo tratamiento jurídico que el bien raíz, como ocurre con las indemnizaciones que sustituyen a los bienes inmuebles, aunque se trate de cantidades en dinero, según disponen expresamente en nuestro ordenamiento jurídico los artículos 109 y 110 de la Ley Hipotecaria. Que esto es algo que al parecer no tiene en cuenta la resolución recurrida, dictada toda ella bajo la preocupación de que antes del testamento se vendieron los bienes raíces y que como estos bienes raíces fueron pagados con dinero, el dinero ya no es bien mueble (*sic* en la copia), lo cual será más o menos discutible pero inadmisiblemente jurídicamente hablando. Que el dinero cuando constituye una indemnización concedida o debida al propietario de bienes inmuebles por razón de los mismos, o es producto de una expropiación, que, en definitiva, y desde un ángulo privativo es una compraventa forzosa, sigue el mismo régimen jurídico que el bien inmueble al que sustituye. Que la sentencia del Juzgado de Guernica con una gran precisión técnica en sus considerandos 5.º y 6.º, recoge perfectamente esta tesis, que equivocadamente revoca la sentencia de la Audiencia». Y también desestima, como «cuestión nueva», el motivo articulado con carácter alternativo y subsidiario a cuyo tenor «es indudable que además el testador se produjo con indudable fraude de Ley, por lo que el testamento es nulo en cuanto forma parte de una conducta que tuvo como único designio y propósito burlar los derechos legítimos de los parientes colaterales tronqueros, como se desprende al vender sus bienes de aboengo y simultáneamente y con el número siguiente del protocolo ante el mismo Notario otorgar testamento; primero vendía los bienes troncales, para luego y una vez convertidos en dinero, instituir heredero universal al señor U.».

Nuestro más Alto Tribunal establece «que es premisa necesaria para la resolución del recurso planteado el estudio de la institución de la reserva troncal vizcaina y derechos que la compilación de tal derecho foral concede a los parientes tronqueros así como las limitaciones de disposición respecto a cierta clase de bienes a que sujeta al vizcaino y al efecto el artículo 9.º de la compilación define como bienes troncales con relación a la línea colateral, única que resulta interesada en el supuesto contemplado, los bienes raíces sitos en el Infanzonado que hayan pertenecido al tronco común del heredero y del causante de la herencia; respecto de tales bienes, el vizcaino, existiendo

parientes tronqueros no puede disponer a título gratuito más que a favor de éstos (artículo 10) y si dispone de ellos a título oneroso ha de cumplir las formalidades establecidas en el artículo 52, pues de no hacerlo así, los parientes tronqueros pueden instar, dentro del plazo y condiciones marcados en el artículo 57, la nulidad de la venta para que se les adjudiquen por su justa valoración ejercitando el derecho de saca.

Que limitado al plazo de un año a contar de la inscripción en el Registro o en otro caso desde que tuvieron conocimiento de la venta, el válido ejercicio por los parientes tronqueros del derecho de saca, quedando perfecta la compra-venta realizada, si dentro del mismo no ha sido ejercitada, es evidente que aquella es meramente anulable y sólo en el sentido de dar efectividad al preferente derecho adquisitivo de los tronqueros, puesto que el bien raíz enajenado no vuelve a ingresar en el patrimonio del vendedor.

Que de las reglas que rigen la institución de la reserva troncal vizcaina, señaladas en los Considerandos anteriores se desprende claramente la finalidad de tal institución que no es otra que impedir la disgregación del patrimonio inmueble de la familia vizcaina, estableciendo para ello las limitaciones imprescindibles al derecho de propiedad, más únicamente las que tienen tal carácter, por lo que, en forma alguna pueden ser objeto de interpretación extensiva las legalmente establecidas.

Que sentado lo anterior han de ser forzosamente desestimados los dos primeros motivos del recurso en que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 se denuncia respectivamente la violación de los artículos 21 y 22 de la Compilación, este segundo en su número 4.º y ambos en el último párrafo e interpretación errónea de los 6. 10 y 57 en relación con los 21, 22, párrafos 4.º y último, 23 párrafos 1.º y 3.º y 27 párrafo 2.º, todos de la Compilación y 813 párrafo 1.º y 814 párrafo 1.º del Código civil, ya que para fundamentar dichas infracciones se parte del inexacto supuesto de que al fallecer el testador existían bienes troncales, cuando en realidad, estos habían pasado a formar parte del patrimonio de los recurrentes en virtud del ejercicio del derecho de saca foral, sin que pueda ser admitida como acertada la interpretación extensiva de que el dinero procedente de la venta adquiriría la condición de bien reservable por subrogación real ya que no hay precepto alguno en la Compilación que la autorice.

Que la misma suerte desestimatoria ha de sufrir el motivo 3.º en que denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas por el cauce del número 7.º del artículo 1.692, puesto que las dos sentencias que, como documentos auténticos se citan no tienen, según constante jurisprudencia de esta Sala, tal carácter a efectos de casación y en el encabezamiento de la escritura de venta el Juez no hace otra cosa que proclamar posibles derechos a favor de sujetos indeterminados, derechos que, con acierto, han sido declarados inexistentes por la resolución recurrida.

Que la violación de los artículos 4.º, párrafo 1.º, 665, párrafo 1.º y 1282 del Código civil y 22, párrafos 4.º y último de la Compilación de derecho foral de Vizcaya que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia en el cuarto motivo alegando la existencia de un fraude de Ley, tampoco puede prosperar, porque al tratarse de cuestión nueva, no alegada oportunamente en la instancia no puede ser examinada en casación, pues dados los principios de unidad e inmanencia que caracterizan el juicio o proceso, no pueden modificarse sustancialmente las cuestiones planteadas en la demanda y porque además el ejercicio de una facultad legalmente reco-

nocida no puede ser origen de un fraude legal, tanto más en el presente caso en que el transcurso de casi un año entre el otorgamiento de la venta y el fallecimiento del vendedor alejan toda presunción en tal sentido.

Comentario.—Los dos fundamentos del recurso, en torno al que éste gira, son: 1. La subrogación real y su alcance, en cuya virtud, se dice, el dinero obtenido por la venta de un bien troncal es troncal y, por supuesto, raíz, bien se trate del precio pagado por el comprador o de la justa valoración abonada por los parientes tronqueros en ejercicio del derecho de adquisición preferente. Pero notemos que la equiparación no parece pueda mantenerse, pues en el último caso conduciría a admitir por dos veces el derecho troncal, la primera, al adquirir los bienes raíces y la segunda, al morir el causante si hay metálico en la herencia e, incluso aunque no lo haya, pues de mantener la tesis de la subrogación ¿por qué no va a actuar esta indefinidamente, respecto a cualquier otro bien ulteriormente adquirido con el dinero? Se ve claro que este camino extraviaría, por su amplitud, el sentido del Fuero y a ello parece aludir la sentencia cuando dice que no pueden interpretarse extensivamente las disposiciones forales al respecto.

Pero es que, además, el alcance de la subrogación no parece adecuadamente planteado. Una cosa es que el dinero pase a ocupar el lugar del inmueble vendido en la herencia del causante vendedor y, por ello, pueda revestir carácter privativo o común (en el limitado sentido en que pueda hablarse de subrogación real con referencia a algo tan sustancialmente fungible y no de subrogación de valor) y otra muy distinta que la subrogación real tenga por sí sola fuerza suficiente para modificar la naturaleza intrínseca o física del bien convirtiendo en inmueble jurídicamente lo que físicamente es un bien mueble fungible, ya que, a diferencia del Derecho aragonés que conoce la inmovilización de los muebles y la mobilización de los inmuebles (artículos 48, número 2.º y párrafo final del Apéndice de 1925, que recoge lo dispuesto en la Observancia 43, «De iure dotium», y 39 de la Compilación) no parece que el Derecho vizcaíno se haya inclinado por tal posibilidad, antes bien, del artículo 6.º de la Compilación resulta que respecto a los parientes colaterales llamados a suceder como legitimarios por el artículo 22, número 4.º, sólo la raíz (denominación muy gráfica) es bien troncal. Es más, no puede hablarse de legitimarios tronqueros si no existen bienes raíces, pues «la troncalidad en el parentesco se determina siempre con relación a un bien raíz sito en el Infanzonado» y, según el artículo 7.º, «son parientes tronqueros: 4.º En la —línea—colateral, los parientes legítimos que lo sean por la línea paterna o materna de donde proceda la raíz de que se trate». Y resulta que sólo son bienes raíces a estos efectos, es decir, para determinar la troncalidad en el parentesco, los bienes comprendidos en los números 1.º a 7.º, inclusive, del artículo 334 del Código civil y las sepulturas en las iglesias (art. 6.º de la Compilación), con lo que se excluyen terminantemente los bienes muebles. Ni siquiera se aceptan como inmuebles los bienes comprendidos en los números 8.º, 9.º y 10.º del artículo 334 del Código civil. La razón de ello es que tales bienes no responden a las necesidades de una explotación familiar agrícola.

Con esta tendencia restrictiva, resulta por demás evidente que el dinero no merece el tratamiento de bien inmueble, pues no responde a la configuración del Derecho foral vizcaíno como un verdadero estatuto familiar agrario al servicio de la concentración patrimonial, según reza la exposición de motivos de la Compilación. Hasta tal punto es así, que ya tradicionalmente se

excluyeron las minas de entre los bienes troncales, porque, como dice ANGULO (*Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, pág. 186) el Fuero, «al hablar de bienes raíces no se refirió a las minas; no fue su propósito el comprenderlas en esa denominación general. Los raíces del Fuero, a la legua se distinguen como raíces *rústicos*, y más que rústicos (puesto que las minas también lo son, al menos para el Registro de la Propiedad), raíces cuyo aprovechamiento y explotación tienen un carácter esencialmente agrícola».

2. Otro motivo que destaca en el recurso es el fraude de la Ley. Efectivamente, otra hubiera podido ser la resolución si en vez del ejercicio del derecho de preferente adquisición y subsiguiente otorgamiento de la escritura de compra (actos con los que parece quedar enervada la ulterior alegación de fraude), se hubieran impugnado como actos fraudulentos íntimamente ligados la compra-venta y la institución de heredero, siendo la causa común a ambos privar a los demandantes de sus derechos legítimos. El Tribunal Supremo alude a esta posibilidad para desecharla porque «el transcurso de casi un año entre el otorgamiento de la venta y el fallecimiento del vendedor alejan toda presunción en tal sentido». Pero más bien parece que habría que atender a la simultaneidad de la venta y el otorgamiento del testamento, pues no se trata de que aquella—la venta—sea simulada, sino que es real pero hecha para que el precio de los bienes vendidos escape a la trayectoria forzosa impuesta en otro caso a los mismos bienes inmuebles. Por lo demás, la sentencia aparece como impecable habida cuenta del planteamiento del pleito.

VIUDEDAD UNIVERSAL Y COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA ARAGONESA. SANCION POR LA NO CONCLUSION DEL INVENTARIO DENTRO DEL PLAZO LEGAL. Artículo 68, párrafo final, del Apéndice aragonés (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1970).

La falta de conclusión del inventario dentro del plazo legal origina la pérdida del usufructo universal y, en su caso, nace la sociedad continuada entre el viudo y los herederos del cónyuge premuerto.

El Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelantes contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza que confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Alcañiz había declarado la existencia de una sociedad conyugal continuada, incompatible según el Apéndice con la viudedad universal (art. 62), rechazando la existencia de ésta que alegaban los demandados y recurrentes en los dos únicos Considerandos siguientes, de los que se desprenden los hechos:

Considerando: Que el motivo 2.º del recurso al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la interpretación errónea del último párrafo del artículo 68 del Apéndice Foral Aragonés, a cuyo tenor, «pasado el plazo legal sin que esté concluido el inventario, perderá el viudo todos los disfrutes de la viudedad, los cuales quedarán de derecho incorporados al caudal de la misma, hasta que se acabe de formalizar el inventario», que los recurrentes interpretan en el sentido de que el no otorga-

miento de inventario sólo ocasiona que los disfrutes no se hacen efectivos en favor del viudo, sino que quedan incorporados al caudal usufructuable, sin que cese o extinga la viudedad universal, motivo que es desestimable, ya que privada de contenido la viudedad universal, con la pérdida del usufructo universal sobre los bienes matrimoniales, necesariamente se pierde aquélla, desestimación del motivo examinado que acarrea la del primero en el que se denuncia la violación del artículo 64, párrafo 2.º del mencionado Apéndice, ya que al perderse la viudedad universal, nace la sociedad continuada entre el sobreviviente y los herederos del finado.

Considerando: Que los restantes motivos formulados subsidiariamente para el caso de que quedase firme la declaración sobre existencia de la sociedad continuada, tampoco pueden prevalecer, ya que sentado por los Juzgadores de instancia que respecto a la adquisición de la Torre de don J. o de C., aunque fuese en estado de viudez de la madre, al existir comunidad conyugal continuada, ha de pasar al caudal de la misma para su reparto y división siendo de recalcar una vez más que el dinero de su compra debió ser el caudal común, no sólo por las consecuencias de la no formalización de inventario, sino también porque han desaparecido más de 20.000 pesetas que eran comunes, y ello es de interpretar que con dicho dinero también fue adquirida la finca (Considerando décimo del Juzgado) y que hay que comprender entre los bienes de que dispuso en forma ilegal la viuda, la llamada «Torre de Cascajares» adquirida a la Marquesa de Valdeguerrero, ya que el dinero de su compra necesariamente tiene que venir del caudal común al desaparecer el dinero existente con anterioridad a su compra (Considerando cuarto de la Audiencia), ya que según reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, la estimación de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Tribunal sentenciador, pudiendo únicamente prosperar la casación cuando se impugna la existencia y realidad del hecho base, o cuando la deducción no se sujeta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil, nada de lo cual se aprecia en el caso de autos procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Comentario.—Prescindiendo de la justicia intrínseca del fallo al afirmar la existencia de una sociedad continuada entre el viudo, en este caso la viuda y los herederos del marido, esto es, los hijos, justificada por las vicisitudes y régimen del largo tiempo transcurrido, incluso el de nuestra guerra, y porque la viuda murió sin haber formalizado el inventario, tal vez peque de excesivamente general y rigorista la afirmación, hecha con referencia al Apéndice—pues no cabría decir lo mismo si hubiera sido aplicable la Compilación—de que la no conclusión del inventario dentro del plazo legal acarrea la pérdida del usufructo universal, ya que la mayoría de los autores no admiten, bajo el régimen del Apéndice en el que la cuestión aparece como más oscura, que la sanción sea la pérdida de la viudedad, sino sólo la pérdida del derecho a los frutos que en vez de pasar al viudo negligente acrecen al caudal hereditario «hasta que se acabe de formalizar el inventario» (art. 68, párrafo final, del Apéndice).

Así, el profesor CASTÁN TOBEÑAS no enumera esta causa entre las de extinción del derecho de viudedad (Derecho civil español, común y foral, Oposiciones a Notarías, Madrid, 1944, tomo IV; pág. 535); tampoco se desprende de las referencias en la clásica obra de MARIANO RIPOLLÉS Y BARANDA. «Jurisprudencia civil de Aragón» (Zaragoza, 1897, págs. 260 y sigs.); el profesor MAR-

TÍN-BALLESTEROS dice que la actual norma del artículo 82 de la Compilación consistente en la pérdida *temporal* del disfrute del derecho de viudedad (no la extinción de ésta) concuerda con la del artículo 68 del Apéndice y el final del artículo 73 del mismo advirtiendo la diferencia con el Derecho navarro en el que, como ya hacían notar GIL y GIL y ALBAREDA, la sanción es más fuerte, pues no supone suspensión, sino pérdida («De la viudedad», en *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, año VII, núm. 26, 1 de julio de 1967, pág. 121); BATALLA, recogiendo la opinión de LORENTE SANZ («La omisión de inventario en la viudedad» en el Homenaje a la memoria de don Juan Moneva y Pujol, Zaragoza, 1954) subraya cómo las disposiciones sobre el inventario están en completo desuso (a este desuso se alude en uno de los motivos del recurso), lo mismo que la sanción de la privación temporal de los frutos (por ello seguramente la Compilación ha modificado el régimen del Apéndice en este punto: mientras según el Apéndice procedía prestar fianza y hacer inventario, salvo dispensa expresa, ahora no se exigen ambos salvo que se impongan expresamente) (Cfr.: M. BATALLA GONZÁLEZ, *La viudedad en la Compilación aragonesa*, en el núm. 465 de esta REVISTA, marzo-abril 1968, páginas 460-461) y, en fin, por no hacer interminables las citas, en el mismo sentido se manifiesta el profesor SANCHO REBULLIDA en su exhaustivo estudio sobre el tema, de unas 200 páginas, publicado en el Anuario de Derecho aragonés 1955-56 y en el posterior a la Compilación publicado en el Anuario de Derecho civil, fascículo XX-4 correspondiente a octubre-diciembre 1967, páginas 755 y siguientes, especialmente las 798 a 801.

Parece que la solución de la sentencia apunta a la distinción latente, pero no desarrollada claramente en esta sentencia ni tampoco por muchos tratadistas, entre el supuesto en que se comenzó el inventario pero no se ha concluido todavía y aquél otro en que ni siquiera se comenzó o habiéndose comenzado no pueda ya concluirse por haber fallecido el viudo, caso este último que es el de la sentencia que comentamos. El problema parece haber recibido ya una solución clara y definitiva por el artículo 82 de la Compilación que, a diferencia del Apéndice, exige requerimiento de los herederos para que la sanción, consistente en la privación temporal de los disfrutes de viudedad que pasan a éstos, actúe.

Es tan importante la viudedad o usufructo foral para los aragoneses que aun excediendo los límites impuestos por el comentario a la sentencia, aprovecho la ocasión para sintetizar su régimen jurídico según resulta de sus precedentes históricos-doctrinales y de la regulación que de la misma hace la Compilación.

A continuación se hace referencia a su concepto, importancia, naturaleza jurídica, evolución histórica y régimen vigente.

I

CONCEPTO

Conforme a la Compilación, puede ser definida como el derecho expectante y recíproco, de naturaleza familiar, que la celebración del matrimonio atribuye a los cónyuges de usufructuar el *superstite* todos los del premuerto, a salvo la disposición paccionada o la unilateral de ellos.

II

IMPORTANCIA

Es muy grande, como se pone de manifiesto en la atención de los sucesivos proyectos del Apéndice—habiendo hecho fortuna la frase de ser «la institución más mimada de Aragón», contenida en la exposición de motivos del de GIL BERGES de 1904—, en la cuidada regulación de que fue objeto en el Apéndice de 1925 (no exenta de ciertas críticas) y por su regulación actual, siendo también índice de la misma los numerosos trabajos doctrinales al respecto.

III

NATURALEZA JURÍDICA

Discutida en otras épocas, se admite hoy con unanimidad que es una institución de naturaleza familiar y no sucesoria, como se demuestra:

— *Por su origen*, que se encuentra en las arras y en la sociedad continuada.
 — *Por su regulación histórica y vigente*, ya que tanto los textos históricos (fueros y observancias), como los sucesivos proyectos de Apéndice, éste mismo y la actual Compilación la han considerado y consideran como derecho de familia, regulándose en el libro a ésta correspondiente (que es el I de la Compilación).

— *Institucionalmente o por su propia naturaleza* es imposible concebir la viudedad como institución de heredero o legado, al ser un gravamen con el que los herederos reciben los bienes y que ellos y los acreedores del causante han de respetar. En efecto, el derecho del viudo:

— Tiene causa onerosa, por lo general.
 — Es preferente al de los acreedores, legitimarios, herederos y legatarios.
 — Es independiente de la voluntad del testador.
 — *Por sus caracteres técnicos*, de ser un derecho personalísimo, inalienable e intransmisible, en principio.

— *Por su nacimiento*, desde el mismo momento del matrimonio.
 — *Por su efectividad*, aun antes de morir uno de los cónyuges, pues no se trata de un derecho que nacerá a la muerte del esposo, sino ya nacido y adquirido en vida de los dos, hasta el punto que en su origen se prohibía la enajenación de los bienes sin consentimiento de ambos cónyuges (Fuero «Ne vir sine uxore» de la Compilación de Huesca), transformándose luego en la subsistencia del derecho de usufructo a pesar de las enajenaciones realizadas por un esposo sin el consentimiento del otro (Observancias, 2, 16 y 26)

Se trata, en suma, de un mismo derecho en el que pueden distinguirse tres fases sucesivas o distintas (SAPENA TOMÁS):

- 1.ª Derecho a adquirir viudedad sobre todos los bienes futuros del cónyuge respectivo.
- 2.ª Derecho expectante de viudedad sobre todos los bienes ya adquiridos por el cónyuge.
- 3.ª Derecho de usufructo sobre dichos bienes al fallecer su propietario.

Los requisitos para su existencia son:

1. Vínculo matrimonial válido en España.
2. Vecindad aragonesa del varón, originaria o adquirida. En este último caso no comprende los bienes que salieron del patrimonio del cónyuge antes de adquirirla.
3. El pacto o voluntad unilateral correspondiente si se trata de viudedad «particular» (pues la legal es hoy universal).

IV

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A) Origen.

MARTÍN BALLESTEROS lo encuentra en el espíritu caballeresco y de galantería de la Edad Media, siendo un germen o precedente muy estimable la devolución de las arras a la viuda y el consorcio o comunidad doméstica continuada entre ella y sus descendientes, según puede verse en el manuscrito 458 de los Fueros de Aragón conservado en la Biblioteca Nacional.

De modo que puede afirmarse, con SANCHEZ REBULLIDA, que su origen es consuetudinario y paccionado—lo que explica la preponderancia de esta regulación, que mantiene la Compilación—apareciendo legalmente por primera vez en el Fuero I «De iure dotium» de la Compilación de Huesca (1247).

B) Desarrollo.

Sucesivas disposiciones contribuyeron a fijar su régimen jurídico desde 1398 hasta 1678, en que aparece el último Fuero a ella relativo («De los que tuvieren viudedad»), siendo tema principal de los sucesivos proyectos de Apéndice y del de 1925 (aa. 63-75), cuya regulación adolecía de casuismo, barroquismo, articulado extenso y farragoso e imperfección sistemática.

V

RÉGIMEN VIGENTE

A) Legalidad.

Está constituida por los artículos 72 a 88 que, integran el título VI del libro 1.º dedicado al «Derecho de la persona y de la familia» de la Compilación de 8 de abril de 1967, a los que pueden aplicarse los calificativos de «afinada y certera» con que el informe del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza y los Registradores de Aragón calificaba la regulación del primer Anteproyecto de la Comisión compiladora, siquiera, como es natural, se planteen algunas dudas en casos concretos, pero, desde luego, mejorando la regulación del Apéndice.

B) *Innovaciones respecto al Apéndice.*

Las principales son:

— La viudedad legal es universal (mientras que en el Apéndice para tener esta extensión tenía que pactarse así expresamente) a salvo el pacto, disposición mancomunada o unilateral en contrario. Con lo que se recoge una práctica e incluso una creencia muy generalizada entre los matrimonios aragoneses.

— Es compatible con la comunidad continuada, mientras que según el Apéndice determinaba la inmediata disolución de la sociedad conyugal.

— También en orden al inventario y fianza el régimen actual es el inverso al del Apéndice, ya que según éste procedían ambos salvo dispensa, mientras que ahora no se exigen salvo imposición expresa.

— Se establece la posible intervención de los nudo-propietarios en la administración y explotación de los bienes, con recursos a la junta de parientes y al juez, innovación que es depresiva para el viudo, improcedente y peligrosa, según el referido informe del C. N. de Zaragoza y Registradores.

De acuerdo con los tres capítulos en que se divide el título VI del libro 1.º de la Compilación distinguimos en nuestro estudio el régimen general, el régimen del derecho expectante y el régimen del usufructo viudal

C) *Régimen general* (arts. 72-75, Comp.).

a) *Fuentes.*—A la Compilación se anteponen la costumbre y el pacto, siendo el orden de prelación:

1) El pacto; 2) la costumbre, 3) la Compilación; 4) el Código civil

Según SANCHEZ REBULLIDA la anteposición de la costumbre indica que queda legalmente admitida la costumbre *contra legem*; para mí, más bien se tratará de «uso al que se remite la ley expresamente» (uso normativo).

b) *Interpretación.*—Se consagra el *favor viduitatis* al decir: «Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma».

La razón de no disponerse lo mismo para las unilaterales (si se entiende que las testamentarias aluden a las mancomunadas) pudiera ser que en aquellas predomina cierta gratuidad frente a la onerosidad (en el sentido de corresponsabilidad) de las bilaterales.

c) *Origen.*—El derecho de viudedad en su fase expectante, que consiste en afectar unos bienes a un posible y futuro usufructo, nace por y desde la celebración del matrimonio cuando el marido es aragonés en el momento de contraerlo

Se deja a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomunado por ambos cónyuges.

No es obstáculo para su nacimiento que exista pacto de hermandad llana, pues son instituciones declaradas compatibles. Esto debe entenderse en el sentido de que como la viudedad legal es universal, pero por voluntad puede reducirse, el simple hecho de haber pactado la hermandad llana no implica que los cónyuges hayan querido limitar la extensión de la viudedad.

d) *Ambito objetivo*.—Ya hemos dicho que, en principio, la viudedad legal es universal, esto es, abarca «todos los bienes del que primero fallezca». Ahora bien, puede reducirse su alcance mediante actos formales y solemnes:

— Si la reducción es paccionada (en instrumento público o testamento mancomunado) no tiene límites.

— Si la reducción es unilateral (en testamento o instrumento público) tiene dos límites, pues no pueden excluirse los bienes inmuebles por naturaleza ni las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales, ni ser inferior el valor de los bienes que comprenda a la mitad del valor del caudal hereditario.

Si bien «los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o sucesión», sí puede prohibirlo quien no sea ascendiente, siempre que se trate de transmisión gratuita, bien mediante prohibición expresa, bien imponiendo sustitución fideicomisaria.

e) *Caracteres*.—Los principales son los siguientes:

1. El derecho de viudedad en sí es inalienable (y por lo mismo, no susceptible de gravamen), si bien concurriendo el viudo con los nudo-propietarios puede enajenarse la plena propiedad de *bienes determinados*.

La razón es que se trata de un derecho familiar, no un mero lucro sucesorio, cuya finalidad es mantener la cohesión y autoridad familiar y la consideración social del cónyuge viudo.

La referencia que el artículo 74, apartado 1.º hace al artículo 87 es resultado de un *lapsus calami* padecido por la Comisión compiladora al redactar el Anteproyecto definitivo, consecuencia del reajuste de artículos, y deberá ser subsanada entendiendo que se refiere, en realidad, al artículo 83.

2. Puede ser renunciado, total o parcialmente, en documento público.

3. Tiene carácter oneroso o mejor, no gratuito, si bien será en parte lucrativo si uno de los cónyuges, sin relación alguna con el régimen de bienes paccionado y sin reciprocidad por parte del otro, reduce el derecho de viudedad de éste en la medida del artículo 72.

D) *Régimen del derecho expectante* (arts. 76-78).

f) *Bienes afectos al derecho expectante*.—Quedan afectos:

— Los bienes inmuebles por naturaleza y las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, al adquirir su pleno dominio.

— Los bienes muebles que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude del derecho de viudedad.

Pero, en realidad, los bienes muebles no están afectados al derecho expectante, sino al usufructo viudal, en su caso: sobre ellos los cónyuges tienen una expectativa de derecho y no un derecho expectante.

g) *Eficacia*.—El derecho expectante de viudedad no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes a que afecta, a menos que se renuncie *expresamente*.

Al exigir renuncia expresa, parece que no cabe, al menos en principio, considerarla implícita en el consentimiento requerido por el artículo 51, para los

actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles comunes, de donde resultará que se superpondrán dos consentimientos distintos de la esposa: uno, para que se enajenen esos bienes y otro (o una renuncia) acerca del derecho expectante de viudedad que tenía sobre los que se enajenen. En cambio, a estos efectos, la renuncia no puede ser suplida por la aprobación de la junta de parientes o el juez, pues es personalísima.

h) *Responsabilidad de los bienes afectos*.—Al decir la Compilación que «queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente al tercero de buena fe», debe entenderse que quiere decirse que cuanto los bienes afectos deban responder conforme a la Compilación, sólo subsistirá el derecho expectante en los casos de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio.

i) *Extinción del derecho expectante*.—Las causas son:

— Las establecidas para el usufructo, indignidad para suceder y declaración de nulidad del matrimonio, en cuanto sean aplicables.

La que suscita mayores dudas es la prescripción, que no parece aplicable, lo mismo que el matrimonio putativo, que no juega en este caso.

— La separación judicial en tanto que no medie reconciliación.

E) *Régimen del usufructo viudal* (arts. 79-88).

j) *Comienzo*.—El fallecimiento de un cónyuge transforma el Derecho expectante del otro en usufructo viudal, con la posesión (civilísima) de los bienes afectos.

k) *Inventario y fianza*.—Acerca del mismo estudiaremos:

a') *Cuando procede*.

1. Cuando lo haya establecido el causante en testamento u otro instrumento público.

2. Cuando lo exijan los nudo-propietarios, salvo disposición contraria del causante.

3. Cuando lo pida el Ministerio Fiscal para salvaguardar la legítima.

b') *Plazo*.—Debe formalizarse dentro de cincuenta días contados desde el fallecimiento en el primer caso y el requerimiento en los otros dos, so pena de pérdida de los disfrutes.

c') *Formalidades*.—Tienen derecho a asistir, por sí o representados, todos los herederos nudo-propietarios, debiendo citarse a los que fueren vecinos y los que lo hayan pedido. Si no asisten todos, deben concurrir por los ausentes dos testigos capaces, vecinos y de buena fama.

d') *Medidas de aseguramiento*.—Pueden solicitarlas los nudo-propietarios del juez municipal o comarcal del lugar de los bienes hasta tanto que se formalice el inventario o se preste la fianza.

1) *Disponibilidad.*

a') *Del derecho de viudedad.*—Aunque es, en principio, inalienable, el viudo puede pactar con los herederos del premuerto que no dejó descendencia lo que estime oportuno, respetando las cargas establecidas por el difunto.

b') *De bienes determinados.*—En todo caso, haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo y los nudo-propietarios, pero, salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado.

m) *Derechos y obligaciones.*

a') *Frutos naturales e industriales y gastos.*—Se reparten en proporción a la duración del respectivo derecho. Los civiles, día a día.

b') *Expensas y mejoras.*—Se aplica al viudo lo dispuesto en el Código civil para el poseedor de buena fe.

c') *Reparaciones.*—Tanto las ordinarias como las extraordinarias son a cargo del viudo si los nudo-propietarios fueren descendientes suyos legítimos.

d') *Alimentos.*—Los debe el viudo incluso a los descendientes no comunes del premuerto, conforme al Código civil.

n) *Intervención de los nudo-propietarios.*—Si el viudo desatiende las indicaciones o advertencias que le hagan los nudo-propietarios sobre administración y explotación de los bienes, podrán aquéllos acudir a la junta de parientes o a la autoridad judicial, ante la cual también serán apelables los acuerdos de dicha junta.

Si el viudo no se aviniera o no pudiera cumplir el acuerdo de la junta parental o la decisión judicial, los nudo-propietarios podrán pedir la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta a su cargo no inferior al rendimiento medio obtenido en los cinco últimos años y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas.

c) *Extinción de la viudedad.*—Se extingue:

- Por renuncia explícita que conste en documento público.
- Por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario.
- Por llevar el viudo vida licenciosa.
- Por corromper o abandonar a los hijos, o por atentar al pudor o fomentar la prostitución de las hijas.
- Por incumplir con negligencia grave o malicia las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad, salvo la negligencia en la formación de inventario, que sólo produce la pérdida de frutos.
- Por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la muerte del otro cónyuge.
- Por las mismas causas de extinción del derecho expectante si se producen o conocen en fase de usufructo viudal.
- Por las causas de extinción del usufructo que se aplican íntegramente a la extinción del usufructo viudal sobre bienes determinados y mediante la conveniente adaptación a la institución (v. gr.: la renuncia ha de ser formal y explícita).

Una vez extinguida la viudedad, los propietarios podrán entrar en posesión de los bienes usufructuados por interdicto de adquirir.

COMPILACION DE DERECHO CIVIL ESPECIAL DE CATALUNA, NULIDAD E INVALIDEZ DE TESTAMENTO. PRETERICION ERRONEA. Artículos 109, 141 y 252, números 2.º y 3.º de la Compilación y 850 y 855 del Código civil (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1970).

Los hechos de esta Sentencia, que hubiera podido ser interesante de no haberse desestimado el recurso por defectos formales, son, en síntesis, los siguientes:

Don M. F. R. falleció en Barcelona en 1965 estando separado de hecho de su esposa con la que había tenido dos hijos—uno de los cuales había nacido después de la separación—desde fines de 1931. Durante ese tiempo el causante tuvo relaciones con J. M. A., de las que nació una hija, la demandada C. F. M., y de sus relaciones con la también demandada H. R. B. nacieron dos hijos, los asimismo demandados C. y M. R. B.

En su testamento notarial de 13 de mayo de 1948 don M. F. R. lega a su hijo legítimo J. F. R. su legítima, sin mencionar a la hermana de éste, y deja el resto de su herencia a H. R. B., sustituida por sus hijos C. y M. R. B.

A demanda de la consorte separada de hecho y de sus dos hijos, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Barcelona dictó sentencia, que fue confirmada íntegramente por la de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, declarando la nulidad e invalidez del testamento y la apertura de la sucesión intestada a favor de los dos hijos legítimos por parte iguales, correspondiendo a la viuda el usufructo de la mitad de la herencia, con salvedad de la legítima correspondiente a los dos hijos, y que el régimen de bienes del matrimonio era el de la sociedad legal de gananciales.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, desestima el recurso por defectos formales en su formulación, sin entrar, por tanto, en el fondo del litigio, conforme a las siguientes consideraciones:

Que el recurso de casación, por su carácter esencialmente técnico, se configura en todos los ordenamientos legislativos con un criterio rigorista, no sólo en cuanto a exigir determinados requisitos de procedibilidad, sino también respecto a los que deben concurrir en el escrito de formalización, y a los restringidos motivos en que puede fundarse.

Que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, haciéndose eco de estas exigencias, dispone, de manera terminante en el artículo 1.720, que en el escrito en que se interponga, se exprese el párrafo del artículo 1.692, en que se halle comprendido, y que se citen, con precisión y claridad, la ley o doctrina legal que se crea infringible y el concepto en que lo haya sido, así como también, que se expresen, en párrafos separados y numerados, los fundamentos o motivos del recurso, cuando fueren varios.

Que las recurrentes, con manifiesto olvido de lo que tan terminantemente está ordenado, en el motivo primero del recurso, después de alegar que la sentencia recurrida comete «errónea interpretación de los artículos 141 y 252 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, al acordar la nulidad del testamento impugnado, por preterición de una hija del testador», y agregar que lo

misimo se puede decir del artículo 109 de la repetida Compilación—pues hubo designación de heredero e incluso, de sustituto—, aún añaden: *a*) que dicho testamento reúne, los requisitos exigidos en los artículos 694 al 697 del Código civil, en relación con el 667, *b*) que, frente al criterio de la resolución impugnada, existe la sentencia de 19 de enero de 1921—sic—; *c*) que también ha sido *desviadamente interpretado y aplicado* el artículo 252 de la mencionada Compilación, al estimar a las recurrentes, incapaces de suceder, y establecer como herederos *ab intestato* a los recurridos; y *d*) que existían motivos justificados para desheredar a la esposa, por su irregular conducta y por el abandono de su marido durante treinta años, lo que supone, en aplicación del artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento civil, un reconocimiento de las causas de desheredación establecidas en los artículos 855 y 105 del Código civil, por lo que resulta infringido aquel artículo de la citada Ley ritual.

Que dada la amalgama de preceptos invocados dentro del mismo motivo, de contenido tan diferente y heterogéneo, y la falta de precisión y claridad en que dicho motivo incurre, así como también la omisión del concepto en varias de las infracciones denunciadas, y la incorrecta calificación de algunos de tales conceptos, resulta evidente que dicho motivo adolece de tan graves defectos de formalización, que hacen imposible su examen, y provocan, en esta fase del recurso, la desestimación de aquél.

Que aunque se pudiera prescindir de esos graves defectos de formalización y cupiera entrar a estudiar el fondo del motivo, tampoco éste podría prosperar, porque no es exacto que la sentencia recurrida, funde la nulidad del testamento de don M. F. R., exclusivamente en la pretensión de su hija legítima doña J. F. R., sino que tal nulidad la basa al Juzgado en que la heredera instituida en ese testamento, era culpable de trato adulterino con el causante, y el sustituto designado, era hijo nacido de tal unión adulterina, por lo que, excluye la sentencia, «es evidente la nulidad de la cláusula de institución de heredero, contenida en el testamento citado... por concurrir, en ambos instituidos, la incapacidad de suceder, establecida en los números 2.º y 3.º del artículo 252 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña», añadiendo que al mismo resultado se llegaría en aplicación del artículo 141, por «la preterición errónea efectuada en relación a la hija legítima del testador, doña J. F. R.», y la Audiencia, después de proclamar que la nulidad del aludido testamento, hay que declararla por la preterición de la hija legítima J., en otro Considerando reitera «que asimismo procede la invalidez y nulidad del testamento cuestionado, por la incapacidad sucesoria concurrente en los designados herederos, doña M. R. B. y su hijo don C. R. B., pues acreditado aparece en autos que la primera es culpable de trato adulterino con el testador, y el segundo, nacido en ese concubinato, y, por tanto, incapaces ambos para suceder al testador», es decir, que la aludida preterición no se utiliza como causa única y determinante de la decretada nulidad, sino que se emplea como argumento *ad majoreus*.

Que las demás alegaciones que en dicho primer motivo se esgriman, resultan completamente fuera de lugar y además aparecen formuladas defecuosamente y alguna de ellas constituyen cuestiones nuevas que, por tanto, no pueden ser examinadas en casación.

Que en el motivo segundo del recurso, se incurre en los mismos defectos de forma que en el primero, ya que, después de invocarse el amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se alegan: *a*) Que son improcedentes las declaraciones tercera, cuarta, quinta y sexta de las contenidas en el fallo, para hacer las cuales—se argumenta por los recurrentes—, se em-

plearon preceptos y disposiciones, contradictorias, que se han aplicado caprichosamente, unas veces recogidas del Derecho Común o Código civil, y otras, de la Compilación..., que son incompatibles entre sí»; b) que si se aplicaron disposiciones de esta Compilación y se admite que el testador llevaba más de diez años de residencia en Barcelona, no se puede hablar de gananciales, sin incurrir en grave contradicción, pues en Cataluña no hay bienes de esta clase, salvo que se pacten expresamente; c) que, además, aún en el supuesto de que se pudiera hablar de gananciales, como la señora R., no vivió con su marido durante los treinta y cinco años últimos de éste, no puede sostenerse que haya aportado esfuerzo alguno a la sociedad conyugal, ni estuvo «en constante matrimonio» con su marido, por lo que se infringió el artículo 1.401 del Código civil; d) que, en último término, dicha señora, había renunciado, por ante Notario, «a nada reclamar a su marido—sic—; y e) que era nulo todo lo actuado, por no haberse aportado a los autos la certificación acreditativa de haberse celebrado o intentado el acto conciliatorio con aquellos litigantes que no eran menores de edad.

Que el párrafo número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, autoriza el recurso de casación «cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias», por lo que quedan fuera de este supuesto todas cuantas alegaciones hacen las recurrentes, en este segundo motivo en el que ni siquiera se invoca la incompatibilidad de unas disposiciones del fallo, con otras de dicho fallo, pues lo que se esgrime es la improcedencia de ciertas declaraciones de la parte dispositiva de la sentencia—que no les favorecen—, y la incompatibilidad de unos determinados fundamentos de ella, con otros que sirven de apoyo a ciertas declaraciones del fallo, entremezclándolos, además, con otros preceptos—incluso alguno de orden procedimental—, que nada tienen que ver con el motivo, y pretendiendo hacer depender la permanencia del vínculo matrimonial, de la vida común de los esposos, como si siempre la cesión de ésta—aún sin decisión de autoridad competente—hiciera cesar el «constante matrimonio», que otorga la naturaleza de bienes gananciales, a los adquiridos mientras no se disuelva el vínculo o se suspende la vida, común por la oportuna resolución eclesiástica o civil.

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS. POSESION CIVILISIMA. LEYES 4^a Y 45 DE TORO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1970).

La posesión civilísima corresponde a cualquier llamado al título respecto a quienes ostentan un derecho de categoría inferior.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco de la Puerta, desestima el recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante, don E. L. S., contra la sentencia de la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había confirmado la del Juzgado número 4 de los de Primera Instancia de Bilbao, según la siguiente doctrina:

Que por la carta real de 21 de junio de 1920 fue rehabilitado el título de Marqués de Monte Rico a favor del demandado, para sí, sus hijos y sucesores legítimos, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, y la sentencia recurrida declara el preferente derecho del actor, a cuyo efecto establece el presupuesto de hecho, no impugnado en el recurso, que si bien ambos contendientes son

parientes consanguíneos en línea colateral del primer Marqués de Monte Rico, el demandante lo es en el grado civil dieciocho y el demandado en el grado civil veintisiete.

Que los dos motivos del recurso se amparan en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primero se denuncia la infracción, por interpretación errónea, de la Ley 45 de Toro, y en el segundo la violación de la Ley 41, también de Toro, sosteniéndose, en síntesis, la tesis de que la posesión civilísima que la Ley establece a favor del sucesor del Título ha de entenderse referida, no a cualquier pariente del causante, sino sólo y exclusivamente a favor de uno, el óptimo sucesor o heredero único del Mayorazgo, es decir, de aquél que lo sería precisamente por razón del título hereditario o sucesorio que corresponde aplicar, y, consecuentemente, que la doctrina científica y jurisprudencial que ha establecido la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, ha de estimarse contraído el caso excepcional del derecho del propietario o sucesor único del título, y no al de los múltiples parientes del causante originario que pueden pretenderlo, por lo que, y toda vez que, según el recurrente, ha venido poseyendo plena, pública y pacíficamente el título cuestionado durante más de cuarenta años, esa posesión debe prevalecer sobre cualquier aspirante a poseer en precario el mismo Título, cual lo es el demandante, tesis la expuesta, que se apoya fundamentalmente en la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1964.

Que pese a la sólida argumentación del recurso se impone su desestimación, por estar la tesis que en él se sustenta en abierta pugna con la constante doctrina de esta Sala, mantenida con anterioridad a la resolución antes citada, en las sentencias de 14 de marzo de 1960 y 3 de noviembre de 1962, entre otras muchas, y con posterioridad, en las de 30 de junio de 1965, 29 de noviembre y 2 de diciembre de 1967, doctrina que establece; en primer término, que el privilegio de la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro le corresponde, no sólo al óptimo sucesor o heredero único del Mayorazgo, sino también al prellamado legitimamente, es decir, al que tenga un mejor derecho, si bien con la diferencia de que en tanto que al primero le asiste ese privilegio con carácter absoluto, *erga omnes*, frente a todos los demás aspirantes, en cambio sólo tienen con carácter relativo, esto es, en relación con quien ostente un derecho de categoría inferior; en segundo lugar, que esa posesión civilísima constituye la base y fundamento de la imprescriptibilidad de los títulos y grandezas; y finalmente, que la Ley 41 de Toro no estatuye prescripción de ninguna clase, ni tampoco la modificación de un Mayorazgo y la alteración del orden sucesorio, sino que, por el contrario, la costumbre inmemorial a que alude, se refiere exclusivamente a la prueba de la constitución del Mayorazgo, cuando no se acredite el título inscrito de su sucesión.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por Jesús González Pérez.

EL RECURSO DE REPOSICION PREVIO AL ECONOMICO-
ADMINISTRATIVO Y EL SILENCIO
ADMINISTRATIVO

SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1970.

I. INTRODUCCIÓN.

Si, en general, el recurso de reposición es una de las instituciones que más problemas prácticos ha planteado, en el previo al económico-administrativo, estos problemas alcanzan su punto culminante.

La razón no es otra que la deficiente regulación que ofrece el Ordenamiento vigente. En efecto:

a) En la Ley de Procedimiento Administrativo, no se hacía alusión alguna a otro recurso de reposición que no fuera el previo al contencioso-administrativo. Y el Reglamento de procedimiento económico-administrativo, al regular las reclamaciones económico-administrativas, tampoco se refiere al recurso de reposición previo al económico-administrativo.

b) Los representantes de la Hacienda pública, esforzados defensores de la peculiaridad de esta parcela de la Administración pública respecto de cualquiera otra, montaron la curiosa teoría de que el viejo Reglamento de las reclamaciones económico-administrativas de 1924 no había sido derogado por el nuevo en cuanto se refería al procedimiento de gestión y, concretamente, al recurso de reposición. Por lo que, después de la Ley de Procedimiento Administrativo y del Reglamento de procedimiento económico-administrativo, todavía siguen vigentes aquellos preceptos del Reglamento de 1924. Esta interpretación llegó a tener acogida en parte de la doctrina y en algún fallo de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.

c) Llega la Ley general tributaria, y en sus artículos 160 y 162 regula el recurso de reposición. Pero tan parcamente, que no son objeto de regulación buen número de aspectos del régimen jurídico del recurso de reposición previo al económico-administrativo.

Entre estos aspectos, merecen destacarse todos los que derivan de la aplicación de la doctrina del silencio administrativo al recurso de reposición, por la sencilla y elemental razón de que el Reglamento de 1924, al regularlos, se inspiraba en principios sustancial y radicalmente distintos a los que inspiran el actual Ordenamiento jurídico-administrativo español.

Ante normas inspiradas en principios tan dispares, ¿cómo resolver los problemas que el silencio administrativo plantea?

Precisamente por referirse a los mismos la sentencia que hoy comentamos ofrece especialísimo interés.

Los problemas que principalmente plantea la aplicación del silencio administrativo al recurso de reposición son tres:

a) Plazo para que se produzca la denegación presunta por silencio administrativo.

b) Producida la denegación presunta, ¿qué plazo existe para deducir el ulterior recurso económico-administrativo?

c) Dictada resolución expresa, ¿reabre el plazo para deducir el recurso económico-administrativo?

d) Si no se produce la resolución expresa, ¿existe algún procedimiento para que el particular pueda obtener esa resolución, a efectos de deducir la reclamación económico-administrativa?

Antes de exponer la solución de la sentencia comentada sobre cada uno de estos problemas, estudiaremos cómo se ha planteado cada uno de ellos.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN PREVIO AL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO.

1. *Plazo para que se produzca la denegación presunta* (1).

En el supuesto de que no recayese resolución expresa, se prevé la presunción de su desestimación por silencio administrativo. El artículo 160, párrafo 3.º, de la Ley general tributaria, dispone: «Se entenderá tácitamente desestimada, a efectos de ulterior recurso, cuando en el plazo que regularmente se establezca no se haya practicado notificación expresa de la resolución recaída.» La ausencia de norma y la falta de Reglamento plantea un delicado problema interpretativo. ¿Qué plazo rige para que se presuma desestimada la petición?

Una vez más, surge como vía interpretativa cómoda la de entender subsistente el precepto del artículo 4.º del Reglamento de 1924, que consideraba desestimado el recurso por el transcurso de tres días desde la interposición (2). Mas en esta ocasión hemos de pronunciarnos rotundamente por la negativa. Porque la norma que sobre el silencio administrativo se contenía en el artículo 5.º del Reglamento de 1924 pugna abiertamente con el sistema de garantías que sobre el silencio administrativo estructuraron en nuestro Ordenamiento la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por ello, en tanto no se dicte la norma reglamentaria que prevé el artículo 160, párrafo 3.º, de la Ley general tributaria, no queda otra solución que la imperfecta de acudir a la Ley de Procedimiento Administrativo y a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa como supletorias y entender que el plazo para que se produzca la denegación presunta por silencio adminis-

(1) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Los recursos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, 1969, págs. 237-239.

(2) Es la opinión de PERULLES: *Manual de Derecho fiscal (Parte general)*, Barcelona, 1961, págs. 445-446.

trativo es el de un mes, que el artículo 54, párrafo 1.º, de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, establece para el recurso de reposición previo al contencioso. El artículo 187 del Reglamento General de Recaudación de 1968 dice que «el Tesorero resolverá el recurso en el plazo de quince días siguientes a la presentación del mismo». Este plazo, dado su texto, no es de silencio administrativo; pero del mismo se desprende que no puede regir el de tres días del Reglamento de 1924. El párrafo 2 del mismo artículo 187 dice que el reclamante deberá personarse en la citada dependencia dentro de los tres días siguientes al término del plazo indicado para ser notificado, y si no lo hiciere se tendrá por efectuada la notificación. Lo que viene a corroborar que no es un plazo de silencio administrativo, pues si personado el interesado no hay resolución, no podrá considerarse desestimado el recurso.

En la esfera local rige plazo distinto: el artículo 235 del Reglamento de Hacienda Locales establece el plazo de quince días (3). ¿Ha de considerarse vigente este plazo después de la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la Ley de Procedimiento Administrativo? Es muy discutible la vigencia, sobre todo después de la Ley de Procedimiento Administrativo. No obstante, en la práctica se viene admitiendo así. Y así lo establece la sentencia de 10 de noviembre de 1969 (Ponente: BOMBIN), que sienta una correcta doctrina sobre el silencio administrativo.

Por tanto, a tenor de la doctrina dominante y de la jurisprudencia (sentencia de 10 de noviembre de 1969), en la esfera local, el plazo para que se entienda producida la denegación presunta del recurso de reposición por silencio administrativo es de quince días, a contar desde el día siguiente a la interposición del recurso.

En la esfera estatal, estamos ante una evidente laguna de la Ley.

2. Plazo para recurrir contra la denegación presunta.

Aplicando elementales principios, es obvio que el plazo para deducir recurso económico-administrativo contra la denegación presunta es el general de quince días que establece el artículo 94, párrafo 2, del Reglamento de procedimiento económico-administrativo, contado a partir del día siguiente a aquel en que se presume denegado el recurso de reposición.

Así lo ha señalado la sentencia de 23 de abril de 1962 (4).

3. Posibilidad de recurrir contra la resolución expresa.

Si después de transcurridos los plazos para que se produzca la denegación presunta se dicta resolución expresa, será admisible el recurso económico-administrativo contra ésta.

Es más, como la producción del silencio administrativo no excluye el deber de resolver expresamente, el interesado puede, teóricamente, renunciar a recurrir contra la denegación presunta y esperar a que se produzca la resolución expresa.

(3) Plazo que consideran vigente TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, en *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 884-885. Y HERNÁNDEZ CORCHERO: *Manual práctico sobre procedimientos y recursos administrativos y el contencioso-administrativo*, Pamplona, 1969, págs. 123-124.

(4) Así, HERNÁNDEZ CORCHERO: *Manual práctico*, cit., pág. 171.

Pero en modo alguno es aconsejable esta solución en la práctica. Al menos cuando se trata del recurso de reposición previo al económico-administrativo. Pues dados los hábitos tradicionales, la forma de concebir este recurso y la redacción del artículo 160, párrafo 3.º, de la Ley general tributaria, la espera puede resultar vana ante la falta de medidas eficaces para hacer efectiva la obligación de resolver expresamente y, en consecuencia, quedarse sin la posibilidad de deducir el recurso económico-administrativo. No hay que olvidar que el artículo 161 de la Ley general tributaria, al decir que el plazo para el recurso económico-administrativo *volverá* a contarse desde «la desestimación tácita», hace suponer que automáticamente empieza a correr el plazo de nuevo.

En la esfera local, sin embargo, se ha dictado una correcta doctrina, al declarar que, «interpuesta la reclamación económico-administrativa dentro de los quince días siguientes a la notificación de la resolución expresa por una Corporación local del recurso de reposición formulado ante ella, dicha reclamación está dentro de plazo, aunque hubiera transcurrido ya el establecido para estimar desestimado por silencio administrativo el recurso de reposición» (sentencias de 25 de marzo y 8 de noviembre de 1963, 22 de junio de 1964 y 10 de noviembre de 1969).

4. Posibilidades de recurso cuando no se produce la resolución expresa.

Es evidente que el silencio administrativo no excluye el deber de la Administración de resolver expresamente (5). Así lo dice el artículo 94, párrafo 3, de la Ley de Procedimiento Administrativo. Una sentencia de 23 de junio de 1967 (Ponente: CRUZ CUENCA) se refiere a «la incorrección de la práctica viciosa que representa decretar el archivo del expediente una vez transcurrido el plazo que, equivocadamente, se supone establecido para resolver, cuando el silencio durante el mismo no exime del deber de dictar un proveído expreso». No se trata, simplemente, de una facultad, sino de una obligación de la Administración, que podrá dar lugar a la responsabilidad subsiguiente. Establecer una simple facultad de la Administración supondría dejar en el aire las garantías del interesado que decidiera «esperar la resolución expresa». De aquí que insistir en el deber de resolver expresamente tal y como lo hace el párrafo 2.º del artículo 94 es una consecuencia lógica del principio general establecido en su párrafo 1.º (6). En el mismo sentido, una sentencia de 21 de mayo de 1960 (Ponente: MARROQUÍN DE TOVALINA) dice que el artículo 38 de la Ley jurisdiccional «establece que la denegación presunta no excluye el deber de la Administración de dictar resolución expresa», y la de 18 de octubre de 1960.

La sentencia de 18 de mayo de 1964 dice que es «legal y obligado para la Administración el resolver expresamente toda petición que se le formule, sin consideración a plazo, y, por tanto, sin sujeción a la desestimación presunta». El Auto de 6 de junio de 1964 reconoce la eficacia de la resolución expresa tardía. Pero en sentido contrario se pronuncian, entre otras, las sentencias

(5) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, págs. 512-517.

(6) Sobre la doctrina jurisprudencial contraria anterior y sus funestas consecuencias, MARTÍNEZ USEROS: *La teoría del silencio administrativo, en el régimen jurídico municipal español*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 32, páginas 165-167.

de 20 de febrero y 3 de octubre de 1962, 25 de marzo y 25 de abril de 1963, 16 de marzo de 1964, 30 de junio de 1965 y 29 de marzo de 1966.

En sentencia de 5 de julio de 1965 (Ponente: CORDERO TORRES), se dice: «el hecho de que la resolución de la alzada recayera transcurrido el plazo que fija el artículo 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no supone su invalidez, tanto por el ejercicio de la facultad que al particular interesado concede el artículo 94 de la misma Ley como porque, en definitiva, la Administración cumplió tardía, pero válidamente, el deber de resolver expresamente lo que aquel precepto le señalaba». Otra sentencia de 14 de diciembre de 1966 (Ponente: SUÁREZ MANTEOLA) sienta la correcta doctrina de que el que «haya formulado solicitud primaria le es dable esperar al acuerdo expreso de su petición, sin que la excesiva tardanza de la Administración en producirla le prive del derecho de acudir a la vía que corresponda contra ella dentro de los plazos legales, una vez haya tenido lugar y aun cuando se hubieran agotado anteriormente los términos para recurrir contra las estimaciones presuntas, si optó por no iniciar su derecho contra éstos por preferir esperar a conocer la resolución expresa y sus fundamentaciones (sentencias de 8 de marzo de 1959, 1 de diciembre de 1964 y 16 de marzo de 1965)». Otra sentencia de 30 de junio de 1967 (Ponente: CRUZ CUENCA) se refiere a que «la doctrina o normativa de la denegación presunta no significa, en forma alguna, que ésta se haya producido, sino que constituye únicamente una ficción legal en beneficio de los administrados que no les priva del derecho de recurrir, una vez haya tenido lugar el pronunciamiento, aun cuando se hubieran agotado anteriormente los plazos para impugnar las denegaciones presuntas».

Ahora bien, ¿qué medios arbitra la Ley para hacer efectiva esta categórica obligación? Existe, naturalmente, la posibilidad de exigir responsabilidad. Pero no parece que nadie confíe en esta teórica medida. Por ello es necesario regular otras que, al menos, garanticen al particular frente a la inactividad de la Administración.

Pues al mismo tiempo que se admitió el silencio administrativo con carácter general, se establecieron unos plazos para deducir los oportunos recursos a partir de la denegación presunta por silencio administrativo. De aquí que si el particular, confiado en la obligación de la Administración de dictar resolución expresa, deja transcurrir aquellos plazos esperando confiado en la notificación, la pasividad de la Administración—que puede en este caso ser intencionada—supondría, pura y simplemente, cerrar el paso del interesado a toda impugnación ulterior.

Para remediar esta situación únicamente caben dos soluciones:

a) Si existe obligación de resolver expresamente, es lógico que los plazos para deducir los oportunos recursos no caduquen hasta que los mismos transcurran desde la notificación de la resolución expresa.

Por tanto, si en virtud de silencio lo que se reconoce al particular es la posibilidad de recurrir anticipadamente por la presunción legal de la denegación, el plazo no debe caducar hasta que, producida la notificación, transcurra el plazo previsto por la Ley. Es decir, no debe existir plazo alguno, a contar desde la denegación presunta por silencio administrativo. Si éste es una ficción en favor del particular, cuando opte por esperar a que la Administración cumpla con una de sus más elementales obligaciones, ha de admitirse su recurso contra la denegación presunta en cualquier momento. Cuando se can-

se de esperar, cuando agotada su paciencia vea que no se llega a resolver expresamente su petición o recurso, ha de admitirse el recurso que proceda contra la denegación presunta.

Y no se diga que ello supone consagrar indefinidamente la inseguridad jurídica, dejar la seguridad al arbitrio del interesado. Pues lo cierto es que la Administración puede acabar con aquella situación por un procedimiento simple y sencillo: resolviendo expresamente y notificando la resolución.

b) La otra solución posible sería la siguiente: como en los casos de no resolución expresa se está infringiendo un precepto concreto de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 94, párrafo 3.º), en estos casos el particular podrá deducir escrito de queja, basado en la infracción del artículo que obliga a dictar resolución expresa. Y si transcurre un mes desde la presentación de la queja sin que se notifique resolución, a partir de este momento quedan abiertos los plazos para deducir el recurso que proceda (7).

Esta podría ser una fórmula para que quedaran garantizados los derechos de los particulares. Cualquier otra solución supone dejar a merced de la Administración el cumplimiento de la norma que la obliga a dictar resolución expresa.

La revisión de 1963 de la Ley de Procedimiento Administrativo se ha quedado en el camino y no arbitra una garantía eficaz. Se limita a redactar el inciso 2.º del párrafo 3.º del artículo 94 en la forma siguiente: «Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación de queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente.» Todos sabemos lo que sirven estas platónicas declaraciones de responsabilidad.

Sin embargo, una sentencia de 26 de mayo de 1965 sienta la inexplicable doctrina de que no cabe calificar de vulneración de trámites y plazos el que no recaiga resolución expresa, dada la regulación decidente de la desestimación tácita.

Por tanto, aun cuando sería deseable una reforma de nuestra legislación en el sentido expuesto, a fin de hacer efectiva la obligación de resolver expresamente, es lo cierto que, hoy por hoy, en nuestro Derecho vigente, no existe ninguna medida eficaz.

Por eso, una reciente sentencia de la Sala 4.ª, la sentencia de 7 de noviembre de 1969 (Ponente: SUÁREZ MANTEOLA), hace las siguientes declaraciones:

«... Se alza otra doctrina por este Tribunal Supremo, superando la precedente reseñada de fechas de 22 de junio y 31 de octubre de 1964, 6 y 16 de marzo y 22 de junio de 1965, 17 de marzo de 1967, 7 de noviembre de 1968, 1, 4, 13, 27 y 31 de marzo del corriente año, en que se señala que: «es innegable que para imprimir el silencio administrativo su auténtica significación puntualiza claramente en el preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, se ha rectificado la orientación jurisprudencial que acaba de extractarse, y con arreglo a la

(7) Sobre el problema, me remito a mi trabajo *Sistema de recursos y autonomía local*, publicado en «El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados», número 29, Madrid, 1962, pág. 1266 Véase, también, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Sobre silencio administrativo y recurso contencioso*, «Revista de Administración Pública», núm. 47, págs. 207-227.

tesis imperante más atinada, no resulta ya ortodoxo la afirmación de que el acto presunto se convierte en firme después del año, sino que el interesado, frente a la facultad derivada del silencio administrativo, puede combatir facultativamente la desestimación tácita o presunta o esperar a que se dicte resolución expresa, cualquiera que sea el momento en que ello ocurra; de donde se sigue, la posibilidad de la Administración de hacer lo que precisamente se le impone como deber, incluso bajo la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o imponiendo al administrado que, habiendo demostrado su disconformidad con la decisión inferior, tiene derecho a la espera relacionada por no ser susceptible por lo argumentado, de crear cualquier tipo de firmeza, por constituir tan sólo una mera presunción legal, que puede utilizar en su favor el interesado, acudiendo a la vía contencioso-administrativa o esperando la desestimación expresa de la alzada para impugnarla cuando se produzca; claro está que, en el último supuesto, *corre evidentemente el riesgo de no ver llegar el momento y razón de su aplazado recurso, pese a la advertencia legal—verdaderamente conminatoria a la Administración de que la denegación presunta no excluye su deber de dictar resolución expresa—, lo cual, conjugado con el principio fundamental de la ejecutividad administrativa, puede hacer que una tal solución de optar por la espera deja colocado al operante en situación de consecuencias prácticamente irreparables*».

III. LA SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1970.

1. La sentencia de la Audiencia,

A) Los hechos.

a) El Ayuntamiento de V. notifica a C. varias liquidaciones de arbitrio de plusvalía.

b) La Sociedad interpone contra las liquidaciones recurso de reposición potestativo previo al económico-administrativo.

c) El Ayuntamiento no resuelve el recurso de reposición.

d) La Sociedad interesada, después de varios meses de la fecha de interposición del recurso de reposición, denuncia la mora. Y, una vez transcurridos tres meses desde la denuncia de la mora, entiende denegado el recurso de reposición y deduce la reclamación económico-administrativa.

e) La reclamación económico-administrativa se declara inadmisibile, por considerarse interpuesta fuera de plazo.

f) La Sociedad interpone recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos de 31 de octubre de 1969.

B) La sentencia.

La sentencia de la Audiencia, de que fue ponente don Antonio Nabal Recio, sentó una doctrina sumamente interesante, avanzadísima en la línea de las garantías. Pero no respondía a lo que, por desgracia, está vigente en nuestro Ordenamiento.

En su intento de estructurar un régimen de garantías del administrado, sentó la siguiente doctrina en sus Considerandos:

Considerando: Que no se advierten con facilidad los motivos para negar la aplicabilidad del artículo 94 de la Ley de 17 de julio de 1958, en cualquiera de sus párrafos, a las reclamaciones económico-administrativas. Precisamente el artículo 1.º, inciso 3, de la Ley citada, dispone que «el silencio administrativo y el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa que estuviere reconocido en disposiciones especiales se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en los artículos 94 y 95 y en el título V de esta Ley, respectivamente». El artículo 94 de la Ley de procedimiento administrativo, en consecuencia, y en particular su párrafo tres, cuando afirma que «la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa», se convierte de esta forma en una norma básica, e incluso en un principio interpretativo, para la aplicación de los distintos cuerpos legales o reglamentarios que regulan el quehacer de la Administración en sus varios ramos y servicios. Siendo ello así, ninguna diferencia en contrario puede obtenerse de que la Ley General Tributaria, dictada sólo veintiséis días después que la Ley de 2 de diciembre de 1963, insistiera en el criterio del citado artículo 94, no haga referencia alguna al silencio administrativo, tratando sólo de los recursos de queja en su artículo 106. Igualmente, por lo que respecta a las Corporaciones locales, el criterio del artículo 94, párrafo 3, les es también aplicable no sólo como supletorio en una materia que su ordenamiento propio no trata de manera específica, sino como principio interpretativo y explicitador de una conclusión que era ya innanente a su calidad de Administración pública, aunque no se hubiere declarado de modo expreso para los supuestos de silencio administrativo.

Considerando: Que ocurre además, por otra parte, que el criterio del párrafo 3 del artículo 94 en cuestión, confirmado y ampliado unos años después, al disponer que necesariamente sea siempre dictada una resolución expresa, incide de modo directo en otros preceptos del ordenamiento jurídico global, que devienen así inoperantes o quizá contrarios a su propósito inicial. Es muy posible que estas consecuencias no fueran previstas por el legislador al redactar el artículo citado, pues en tal caso hubiera rectificado también los preceptos ya no concordantes, pero corresponde siempre a los Tribunales, sin embargo, el integrar las normas nuevas y preexistentes en un conjunto coherente y organizado, renovando así de modo constante la unidad lógica y axiológica del ordenamiento jurídico. Ocurre así que al tener la Administración el deber de resolver de modo expreso, carece de sentido la fijación de un plazo final —no del inicial— para recurrir en los supuestos de silencio administrativo, pues tal plazo sería necesariamente renovado si la Administración, como sería de esperar, cumpliera después con su obligación. De esta manera, la expresión condicional que emplea el artículo 58, párrafo 4.º, de la Ley reguladora de esta

jurisdicción, la de «si con posterioridad recae acuerdo expreso», ha perdido hoy todo significado jurídico, pues la resolución ha de recaer en todo caso, y ha perdido también su intención el amplio plazo final para recurrir que este precepto disponía, de suerte que su mantenimiento puede ser hoy incluso contraproducente. En otros términos, si la Administración tiene que resolver de modo expreso, y su resolución abre otra vez el plazo de los recursos, la única resolución ahora razonable es estimar tal plazo abierto mientras la Administración no dicte una resolución expresa, hasta el momento en que prescriban las acciones de que se trate. Esta solución, además de incitar a la Administración a resolver, como es su obligación legal es la única que puede evitar las confusas situaciones que de otra suerte se producirían, y como ya se producen en estos autos, pues al negarse el Ayuntamiento a dictar un acuerdo expreso, según intenta justificar en el folio 5 de su contestación, impediría el ulterior enjuiciamiento de las resoluciones ahora litigiosas. En consecuencia, estima esta Sala que está aún vigente en este caso el plazo para recurrir ante ella, como lo estaba en su día cuando se interpuso la reposición ante el Organismo jurídico administrativo de Alava, pues estos razonamientos son aplicables tanto a la vía contenciosa como a la administrativa».

C) La apelación.

Contra la sentencia de la Audiencia, interpuso recurso de apelación el Ayuntamiento de V., que fue resuelto por la sentencia comentada.

2. La sentencia de 19 de mayo de 1970.

La Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en esta sentencia de que fue ponente don Víctor Serván Mur, sentó la siguiente doctrina (Considerandos 6.º y 7.º):

Que recogidos en el anterior los ineludibles antecedentes fácticos, y entrando ya en el ámbito *de iure*, se hace preciso establecer como fundamentales premisas que permitan concretar la doctrina, cuya aplicación al presente caso conduzca a resolver la cuestión de si existe o no la formulación extemporánea que determinó la inadmisión de la reclamación económico-administrativa, las siguientes: A) Que, en primer lugar, y en términos generales, ha de ponerse de relieve que la «denuncia de mora» que establece el artículo 94, párrafo 1.º, de la Ley de procedimiento administrativo, es aplicable a las peticiones que se deduzcan a la Administración, pero no a la resolución de recursos, pues así se deduce de los términos, claros, que el precepto legal emplea, y lo ha proclamado la doctrina de este Tribunal Supremo que en la sentencia de 7 de noviembre de 1962, definiendo la naturaleza de la institución de la «denuncia de mora», como una llamada de atención sobre el órgano actuante para que acelere su decisión, rechaza su aplicación en un recurso de alzada; y en la de 23 de noviembre de 1964, insistiendo en la distinción entre que la interpelación del particular se produzca por vía de petición o de recurso, reprobando que la denuncia de mora se pueda utilizar para provocar un nuevo acto tácito, acaso para cubrir la caducidad del plazo de igual duración fijado por la interposición del recurso. B) Que en cuanto al plazo para que en el recurso de reposición ante el Alcalde Presidente del Ayuntamiento se entienda

tácitamente desestimado por aplicación de la doctrina del silencio administrativo, esta cuestión ha de resolverse conforme a los artículos 232 y 235 del Reglamento de Haciendas Locales, aprobado por Decreto de 4 de agosto de 1954, que disponen, el primero, que «el plazo para interponer el recurso de reposición es el de quince días hábiles siguientes a la notificación o publicación del acto o acuerdo y se entenderá desestimado si transcurren otros quince días sin que se notifique su resolución», y el segundo de los citados textos reglamentarios, reiterando el criterio normativo, previene que «el recurso de reposición se resolverá por la Corporación o Autoridad que hubiese dictado el acto administrativo, en el plazo máximo de quince días, a contar desde el siguiente al de la presentación», añadiendo en su párrafo 2.º, que «transcurrido dicho plazo sin haber recaído acuerdo el recurso se entenderá desestimado»; por lo que en contemplación de dichos preceptos, hemos de establecer que el acto presunto del Alcalde denegatorio, por el silencio administrativo, de recurso de reposición, ha de entenderse producido al transcurrir los quince días de su interposición sin haberse dictado por la Autoridad municipal resolución expresa quedando desde aquella fecha expedita la utilización de los recursos procedentes, y contándose desde ella los plazos señalados por la Ley para interponerlos. C) Que, por consiguiente, a partir de esa fecha ha de computarse el plazo para acudir a la vía económico-administrativa, plazo que es también de quince días, conforme al artículo 94, párrafo 2, del Reglamento de procedimiento para las reclamaciones económico-administrativas, aprobado por Decreto de 26 de noviembre de 1959. D) Que el artículo 94 de la Ley de procedimiento administrativo sólo puede interpretarse en el sentido de que si bien concede a los recurrentes en el supuesto de que la Administración no dicte resolución expresa del recurso en el plazo legal, el derecho a optar entre deducir frente a la denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o esperar la resolución expresa del mismo, sin embargo, la etiología del precepto pone de manifiesto que la opción, que pudiera denominarse activa, contra el acto presunto, ha de manifestarse interponiendo el correspondiente recurso dentro del plazo legal a contar de aquél, y que, por el contrario, el transcurso del mismo, con abstención recurrente ha de entenderse como expresión de voluntad de esperar la resolución expresa de la Administración, debiendo, en consecuencia, rechazarse que se pueda dejar transcurrir el plazo legal para recurrir, y caducado ya, se pretende rehabilitarlo, pues ello va en pugna del principio de seguridad jurídica y del de respeto de los plazos legales, cuya obligatoriedad por igual para la Administración y para los interesados, sin necesidad de apremios, consagra el artículo 56 de la Ley de procedimiento administrativo» (6.º Considerando).

«Que, teniendo en cuenta que en el presente caso, y según se recoge en el 5.º Considerando de esta sentencia, los recursos de reposición formulados ante el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de V., por C. V., contra las liquidaciones números 1.458, 1.460, 1.461, 1.457 y 1.459, giradas por el arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos fueron presentados en el Ayuntamiento el día 16 de julio de 1966 para las tres primeras y el 15 de marzo de 1967 para las otras dos, la aplicación al presente caso de la doctrina que en el anterior se consigna, no puede llevar a otra conclusión, que a la de establecer que al transcurrir los quince días hábiles siguientes al 16 de julio de 1966 y 15 de marzo de 1967, sin que la Autoridad Municipal de V. resolviera los recursos de

reposición, se produjo el acto presunto, denegatorio del mismo, por aplicación de la doctrina del silencio administrativo, y empezó a correr el plazo de quince días para producir la reclamación económico-administrativa que establece el artículo 94 del Reglamento de 26 de noviembre de 1959, y como éste se interpuso por C. V., ante el Organismo Jurídico-Administrativo de la provincia, con relación a todas las liquidaciones, que acumuló el 4 de mayo de 1968, no puede ofrecer duda alguna que se produjo extemporáneamente, sin que pueda atribuirse efecto alguno rehabilitador del plazo a la denuncia de mora, que la Empresa tantas veces mencionada hiciera a la Corporación Municipal en sus dos escritos de fecha 14 de enero de 1968, por las obvias razones de que, como ya destacamos, la institución de «denuncia de mora» sólo es aplicable en las peticiones de la Administración pero no en vía de recursos, y porque como declara la sentencia de este Alto Tribunal, también citada, de 23 de enero de 1964, no puede admitirse que la denuncia de mora se utilice para provocar un nuevo acto tácito, para cubrir la caducidad del plazo de igual duración, fijado para la interposición del recurso» (7.º Considerando).

IV. APRECIACIÓN CRÍTICA.

De lo expuesto en el apartado II se desprende que la sentencia comentada interpreta fielmente nuestro Ordenamiento jurídico.

Si la misión de los Tribunales es—como dice el artículo 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial—«aplicar las leyes... juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado», no cabía otra solución que la dada por esta sentencia de 19 de mayo de 1970.

Lo que viene a demostrar la existencia, efectivamente, de un grave defecto de la regulación del silencio administrativo, defecto reiteradamente denunciado por nosotros.

Porque si la Ley da una opción al interesado para recurrir contra la denegación presunta o esperar la resolución, lo que no ofrece es garantía alguna para que, cuando opta por esto último, pueda hacer efectiva la obligación de resolver.

De aquí las certeras observaciones que se hacen en la sentencia de la Sala 4.ª de 7 de noviembre de 1969, en el Considerando antes transcrito, al decir que, cuando el particular opta por esperar la resolución expresa, «corre el evidente riesgo de no ver llegado el momento y razón de su aplazado recurso...», lo cual, conjugado con el principio fundamental de la ejecutividad administrativa, puede hacer que una tal solución por la espera deja colocado al optante en *situación de consecuencias prácticamente irreparables*.

J. G. P.