

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ CERDÁ GIMENO
y FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ARTICULO 4 DEL CODIGO CIVIL. NULIDAD RADICAL DE VENTA. *El incumplimiento de las disposiciones fundamentales administrativas que rigen las ventas de los bienes municipales produce nulidad absoluta. Interpretación de los artículos 33 y 35 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1969)*

El Ayuntamiento de Benalmádena demandó a don J. J. L. sobre declaración de inexistencia de contratos y nulidad de inscripciones registrales, en cuya demanda se alegó: Que con anterioridad a 1953, el Ayuntamiento demandante era propietario en pleno dominio y en concepto de bienes propios, entre otros inmuebles, de una finca sita en su término municipal, descrita registralmente como una parcela de terreno conocido por La Sierrezuela; que en 1953 el denunciado se dirigió al Ayuntamiento exponiendo sus deseos de realizar dos planas de urbanización, en los sitios de Los Castillejos y de La Sierrezuela, y como había otras peticiones similares al parecer el Ayuntamiento, en sesión de 23 de abril de 1953, acordó sacar a la venta en pública subasta, 10 hectáreas de las 13 que constituían La Sierrezuela, apareciendo en dicho acuerdo las siguientes anomalías: que fijó el precio de los terrenos a 215 pesetas por hectárea; que encargó la redacción del pliego de condiciones a la Comisión de Policía Urbana y Mural, totalmente inadecuada; que al infravalorar tales bienes eludía la obligación legal de recabar autorización a los Ministerios de Gobernación y Hacienda; que en 24 de abril de 1953, se redactó el pliego de condiciones que fue aprobado por el alcalde sin facultades para ello, no siendo aprobado por la Corporación ni expuesto al público; que en

el anuncio de la subasta se emitió el precio de la licitación; que se adjudicó definitivamente al demandado las tierras de La Sierrezuela, pero no por el Ayuntamiento en pleno, sino por la Comisión Gestora Municipal, y se facultó al alcalde para el otorgamiento de las escrituras, que llevó a cabo en 9 de julio de 1953; que posteriormente, en 30 de noviembre de 1954, se adjudicó también al demandado en subasta pública la parcela numero 2 de La Sierrezuela; que de este modo, prescindiendo, en absoluto de los requisitos legales de estos casos, el demandado adquirió por 3.061,81 pesetas, en total, una finca de bienes propios del Ayuntamiento de 13 hectáreas, 68 áreas y 5 centiáreas, cuyo valor real era, incluso entonces, de varios millones de pesetas; que la conducta posterior del demandado, al no construir ni iniciar siquiera la urbanización prometida rebela su mala fe. Invocó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º Que se declare la inexistencia de las escrituras de compraventa de 9 de julio de 1953 y 30 de noviembre de 1954 2.º Que se declare la nulidad de las inscripciones a favor del demandado en el Registro de la Propiedad de Marbella y que sean, consecuencia, de los títulos relacionados en el apartado anterior 3.º Que con carácter alternativo de lo anterior y para el supuesto de que no prosperasen los pedimentos primero y segundo, se declare la resolución de los contratos de compraventa a que se refieren las escrituras mencionadas, por incumplimiento de las obligaciones contraídas con el demandado. 4.º Que se ordene y así se declare, al demandado, la entrega de los bienes inmuebles detallados en los actos y escrituras inexistentes o resueltos de compraventa de La Sierrezuela, al Ayuntamiento de Benalmádena y se le ordene la entrega de rendición de cuentas justas y detalladas de la administración de las fincas expresadas desde que entró en su posesión y dominio. 5.º Que se condene al demandado al pago de las costas.

Se contestó a la demanda alegando en síntesis: Que la serie de actos administrativos realizados por el Ayuntamiento, que adquirieron firmeza y que no fueron impugnados ni por la Administración ni por particulares, llegaron a causar estado hacia más de cuatro años. El demandado es ajeno a todo ello Respecto a las compraventas, se atiene el demandado a lo que resulta de las escrituras que la actora impugna, y que desde las fechas de las mismas viene poseyendo quieta, pacífica e ininterrumpidamente, en concepto de dueño, las fincas que en ellas se describen Invocó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia en que por las razones expuestas en el escrito y si preciso fuera por estimar la excepción de prescripción de acciones que se alega y la prescripción adquisitiva invocada, se absolviese al demandado de la demanda con imposición de costas a la parte actora, a la que debería condenarse, además, a resarcir a dicho demandado de los daños y perjuicios que le sobrevengan por la anotación preventiva de la demanda.

El Juez de Primera Instancia falló: Que declaraba la inexistencia de los contratos materializados en las escrituras de compraventa de 9 de julio de 1953 y 30 de noviembre de 1954, autorizadas por el notario de Marbella don Luis Oliver Sacristán, y por cuya virtud don J. J. L. adquirió La Sierrezuela de bienes de propios del Ayuntamiento de Benalmádena, y la nulidad de las inscripciones a favor de dicho señor L. en el Registro de la Propiedad de Marbella y que sean consecuencia de los títulos mencionados en este fallo, ordenando al demandado la entrega de los bienes inmuebles detallados en dichas escrituras de compraventa de La Sierrezuela al Ayuntamiento de Benal-

mádena; absolviendo a dicho demandado de la petición de entrega de rendición de cuentas de la administración de dichas fincas y sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas causadas en este juicio

La Audiencia Territorial de Granada revocó la sentencia del Juzgado, declaró no haber lugar a la demanda y absolvió al demandado.

El recurso de casación triunfó. Dio validez a la sentencia de Primera Instancia.

Dice el Alto Tribunal:

Considerando: Que, el primer motivo del recurso, por la vía del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la violación, por inaplicación, del artículo 4.º, párrafo 1.º, del Código civil, en relación con los artículos 189, párrafo 1.º y 312 de la Ley de Régimen Local, de 16 de diciembre de 1950; el fundamento del motivo estriba en que, los vicios en que se incurrió, en los trámites que precedieron al otorgamiento de las escrituras cuya nulidad se postula en la demanda y los que reconoce y precisa la propia sentencia recurrida, sean de tal entidad que han de producir la nulidad absoluta de las enajenaciones efectuadas, añadiendo, en apoyo de su tesis, que se encuentra confirmada por la propia Exposición de Motivos del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, al afirmar que, las garantías que se establecen tienden a evitar las corruptelas que pudieran deshizarse en el área de los intereses particulares, con menoscabo de los generales de los Municipios y sirven también para perfilar cuáles son los elementos esenciales de los contratos que celebran los Ayuntamientos; el artículo 103, en relación con el 95, número 1.º, del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales que, establece la necesidad de proceder, como trámite previo, al justiprecio de los mismos, y de obtener la autorización del Ministerio de la Gobernación, cuando proceda, así como en la doctrina contenida en la sentencia de este Tribunal de 26 de mayo de 1908, con referencia al artículo 85 de la antigua Ley Municipal de 1987, estimando que el mismo imponía la tutela de los Ayuntamientos, respecto a la enajenación de sus bienes de propios y que «no observándose tal doctrina se infringe aquella disposición y el artículo 4 del Código civil».

Considerando: Que para analizar la procedencia del motivo, es de tener en cuenta: A) Que, en efecto, la sentencia recurrida revocatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, tras de relacionar, en su considerando primero, las incidencias que precedieron al otorgamiento de las escrituras públicas de 9 de julio de 1953 y 30 de noviembre de 1954, añade, en el considerando segundo, que, por esa relación de hechos probados que la misma establece «queda de manifiesto que el Ayuntamiento de Benalmádena, no se ajustó, en las actuaciones que procedieron a la celebración de las subastas y adjudicación de las fincas al demandado, a las normas reguladoras de la venta de bienes inmuebles de propios y, concretamente, como así se recoge en la sentencia apelada, no se cumplieron: el requisito exigido por el artículo 189 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950 y 103 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales que, hace referencia a la valoración técnica de los bienes y aprobación ministerial, cuando el valor real de aquéllos, exceda del 25 por 100 del presupuesto de la Corporación; el requisito de la aprobación del pliego de condiciones de la subasta, por parte de la Corporación en pleno, exigido por el artículo 312 de la citada Ley y el también exigido por el mismo artículo, en orden a la necesaria exposición al público, de un extracto del

pliego de condiciones»; igualmente en el considerando 1.º, subraya y destaca el hecho de que, en ninguno de los anuncios, que precedieron a las subastas, se hizo figurar «el tipo de licitación». B) Que, pese al establecimiento de tales hechos, la Audiencia Territorial se abstiene de estudiar su importancia y repercusión, en cuanto a la validez o nulidad de las subastas efectuadas, cuestión trascendente a las escrituras públicas en que se plasmaron los negocios jurídicos, cuya invalidez se solicita y se razona tal abstención diciendo que «el demandado, ajeno a tales deficiencias, se limitó a comparecer y hacer posturas en unas subastas anunciadas, en las que se adjudicaron los bienes que eran objeto de las mismas, adquiriendo las fincas de esa forma y mediante escritura pública, de quien, en el Registro de la Propiedad, figuraba como titular, inscribiéndolas a su favor y viniendo poseyéndolas de forma quieta y pacífica y sin prueba de mala fe, durante un periodo de tiempo superior a 10 años lo que pone de manifiesto, igualmente, que la adquisición, por parte del demandado, en los años 1953 y 1954, de las fincas objeto del litigio, ha quedado consolidada por la prescripción adquisitiva o usucapión tabular del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.957 del Código civil, conforme a los cuales la inscripción será justo título, a los efectos de la prescripción adquisitiva, en favor del titular inscrito». C) Que la contraposición entre los argumentos de la Sala sentenciadora y los del recurso que, a más de lo expuesto, denuncia, en el octavo motivo, la infracción, por aplicación indebida del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 1.957 del Código civil, centra en las dos siguientes las cuestiones a examinar, para decidir el recurso: 1.º Si los vicios o defectos que la propia Sala sentenciadora reconoce entrañan la nulidad de los negocios jurídicos impugnados y, si tal nulidad ha de estimarse que tiene carácter «absoluto» o «relativo»; y 2.º Posibilidad de la prescripción alegada, en relación con la clase de nulidad, que se estime existente, en los contratos de referencia.

Considerando: Que para resolver la primera cuestión, es de tener presente: A) Que si bien el artículo 4.º del Código civil es una disposición de carácter genérico que para su aplicación requiere que exista un precepto específico, éste ha de estimarse viable, al efecto, no sólo cuando de modo expreso imponga la nulidad, sino cuando revista el carácter de norma imperativa o prohibitiva, en materia que, por su importancia y transcendencia, resulta de indeclinable cumplimiento, por razón de interés público, siendo, por tanto, misión de los Juzgados y Tribunales estudiar este punto con especial cuidado y total independencia de las vicisitudes posteriores, que en el terreno privado, concurren en el concreto caso de que se trate. B) Que, en el presente, no cabe desconocer que las disposiciones de los bienes propiedad de los Ayuntamientos son de verdadero interés social, en cuanto las condiciona al cumplimiento de requisitos previos e insonlajables, con la finalidad de evitar la merma indebida del patrimonio municipal, por acción culpable o negligente de los encargados de administrarle; de aquí que, la vulneración de los preceptos imperativos o prohibitivos que se establecen, con un fin de tutela, hayan de estimarse como normas específicas, dentro del precepto genérico del artículo 4.º del Código civil, a efectos de declarar su nulidad y ello con carácter absoluto, puesto que es la Ley misma la que, velando por su efectividad, interviene en la propia génesis del negocio jurídico, impidiendo que el mismo produzca ninguna clase de efectos, ni aun con posterioridad a tener por frustrada su perfección. C) Que la relación de los defectos y omisiones que, la propia sentencia recurrida da por probados en los trámites procedentes a las subas-

tas y que han de transcender a las escrituras derivadas de ellas, son de tal gravedad que han de estimarse incursas en vicio de nulidad absoluta o radical, pues no llegó incluso a prescindir de consignar el tipo de subasta, lo que permitió su enajenación por una cantidad ínfima, con notorio perjuicio para el Ayuntamiento, dificultando la concurrencia de otros licitadores y dando apariencia legal a un acto que, para su validez, precisaba de la previa y superior autorización administrativa, sin que, a tales vicios esenciales, pueda servir de contrapeso—como entiende la Sala sentenciadora—, su desconocimiento total o parcial, por parte del adjudicatario.

Considerando: Que en lo que respecta a la segunda cuestión de las planteadas, es de advertir: A) Que a no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque parcial, contradicción, entre lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, se ha de estimar que, cada uno, se refiere a actos o contratos diferentes; y así el artículo 33, al establecer que la inscripción no convalida los que sean nulos con arreglo a las leyes, se ciñe a los negocios jurídicos, afectados de nulidad insubsanable o radical, bien por no haber nacido a la vida del Derecho, al faltarlos un elemento esencial (inexistencia) o ya porque a su viabilidad jurídica, se opone a la misma Ley, cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta); en cambio, el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente susceptibles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas de legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos inexistentes e incursos en nulidad radical. B) De aquí que, en el caso de actos, no quepa hablar de prescripción adquisitiva, a favor del demandado, por estar afectados de nulidad total e insubsanable, los actos jurídicos que se intentó llevar a cabo, con vulneración de los preceptos legales que, imperiosamente, habrían de ser observados, y ello cualquiera que fuese el grado de conocimiento que, de los vicios existentes tuviera el demandado y de la buena o mala fe con que interviniera, ya que, por otra parte y, finalmente, no ostenta la calidad de «tercero» con arreglo a los preceptos de la Ley.

Considerando: Que en consecuencia, al haber de estimarse los motivos primero y octavo del recurso interpuesto y sin necesidad de proceder al examen de los demás, ha de declararse haber lugar a aquél, con las consecuencias derivadas de lo dispuesto en el artículo 1.645 de la Ley procesal vigente.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto, etc

Esta sentencia contempla cuestiones de indudable interés general.

La primera es la nulidad del artículo 4.º del Código civil que, en muchas ocasiones ha llegado a ser estudiado en casación, con distinto resultado, según la gravedad, la apreciación de gravedad, de la contravención legal

El Tribunal Supremo, ha escrito DE CASTRO («El negocio jurídico», pág. 473), ha mantenido su prudente criterio de atender al significado de las Leyes, para considerar que sólo las de carácter substantivo producen la nulidad y que, en los casos en que se decreta especialmente la nulidad sin tener dicho carácter; la sanción se limitará al ámbito estricto de lo que exige la finalidad de la Ley (por ejemplo, nulidad del efecto transmisivo real y validez en el ámbito obligacional).

Se ha dicho, por ello (seguimos resumen de DE CASTRO), que la nulidad, dado su carácter punitivo, no es lícito inferirla por interpretación extensiva y

menos por analogía, debiéndose atender a la finalidad de la nulidad establecida (sentencia de 4 de febrero de 1960). Respecto del artículo 4.º citado se dice «no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como enseña la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sean ordenados de modo expreso y textual y sin que quepa pensar que toda disconformidad con una Ley cualquiera o toda omisión al acto de que se trata haya siempre de llevar consigo la sanción de nulidad» (sentencia de 8 de abril de 1958 y 8 de marzo de 1966).

PUIG PEÑA («Compendio de Derecho civil español», tomo I, pág. 818) cita a este respecto, la sentencia de 10 de noviembre de 1964 y recoge la siguiente doctrina de ella: «Pese a la indudable trascendencia de lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, su generalidad impone la precisión, en cada caso concreto, de analizar las circunstancias del acto o contrato cuya nulidad se postula, ya que sólo podrá accederse a la misma, por regla general, en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Que exista precepto específico de la Ley que imponga la nulidad 'per se' del acto o contrato. 2.º Que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición, para cuya eficacia exija la Ley determinados requisitos y falte alguno esencial en el evento de que se trate. 3.º Cuando la materia objeto o finalidad del acto impliquen un fraude de la Ley, sean atentatorias a la moral, o supongan daño o peligro para el orden público... En punto al interesante problema de determinar cuándo la nulidad de un acto deba trascender a otro posterior que con él se relacione o que en el mismo se apoye, si bien por la delicada índole de la materia no cabe sentar reglas generales y ha de quedar la decisión, en cada caso, encomendada al razonable criterio del juzgador, no cabe duda de que éste debe pronunciarse en sentido afirmativo, no sólo cuando exista precepto específico que imponga la nulidad del acto posterior, sino cuando éste presuponga para su validez la circunstancia de un determinado estado o condición de alguno de los participantes, que intentó adquirirse mediante al acto nulo precedente, o cuando el acto posterior persiga el mismo fin de defraudar a la Ley o de atentar a la moral o al orden público; o sea, que, presidiendo a ambos actos una unidad interna, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del propósito perseguido, incidiendo en la causa torpe que ha de estimarse concurre, tanto en el acto precedente como en aquel que lo sigue, completándose a efectos de conseguir un fin determinado por el empleo de medios que la Ley repudia».

Indudablemente, la resolución que estudiamos sigue el criterio que venía sentándose en anteriores sentencias. De la de ahora podemos obtener las siguientes conclusiones: a) Que las disposiciones que regulan los bienes propiedad de los Ayuntamientos son de verdadero interés social, en cuanto tienen por finalidad el evitar la merma del patrimonio municipal. b) Que la relación de defectos y omisiones probados son de trascendencia suficiente para incurrir en vicio de nulidad absoluta o radical.

El segundo problema que se plantea y resuelve es el relativo al contenido del artículo 32 de la Ley Hipotecaria en relación con el 35: usucapión, «secundum tabulas», conforme al Registro.

Aquí en este punto, la sentencia del Tribunal Supremo ha tenido que hacer una interpretación, diríamos civilista, dicho sea con el debido respeto, para salirse del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que estaba protegiendo al titular inscrito.

Veamos: La inscripción a favor del demandado tenía más de diez años.

el artículo 35 le estaba concediendo *justo título y presunción* (no destruida, al parecer) de posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento; más de diez años, repetimos, se trataba de «entre presentes» y consiguiente aplicación del artículo 1.957 del Código civil. Dice la sentencia: «Que a no ser admitiendo la existencia de una flagrante, aunque parcial, contradicción, entre lo dispuesto en los artículos 33 y 35 de la Ley Hipotecaria, se ha de estimar que cada uno se refiere a actos y contratos diferentes; y así: el artículo 33, al establecer que la inscripción no convalida los que sean nulos con arreglo a las Leyes, se ciñe a los negocios jurídicos, afectados de nulidad insubsanable o radical, bien por no haber nacido a la vida del Derecho, al faltarles un elemento esencial (inexistencia), o ya porque a su viabilidad jurídica se opone la misma Ley, cuyos preceptos han sido vulnerados (nulidad absoluta); en cambio, el artículo 35 abarca la amplia gama de los contratos meramente susceptibles de invalidación, comprendiendo a los anulables, rescindibles, revocables o resolubles y a las adquisiciones no derivadas del legítimo dueño, pero no a los actos jurídicos ineristentes o incursos en nulidad radical». De aquí, sigue diciendo la sentencia, que en el caso de autos, «no quepa hablar de prescripción adquisitiva a favor del demandado, por estar afectados de nulidad total e insubsanable los actos jurídicos que se intentó llevar a cabo, con vulneración de los preceptos legales que, imperiosamente, habrían de ser observados y ello cualquiera que fuese el grado de conocimiento que de los vicios existentes tuviera el demandado y de la buena o mala fe con que interviniera, ya que, por otra parte, y finalmente, no ostenta la calidad de tercero con arreglo a los preceptos de la Ley».

Este no es el criterio de la mayoría de los autores especializados. Dice LACRUZ (pág. 248, «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral») lo que sigue:

Con todo, la transcripción de un acto nulo no está totalmente desprovista de eficacia. Pues mientras un acto radicalmente nulo (no simplemente anulable, en cuyo caso habría una cuestión de prescripción de la acción de nulidad del contrato) no puede servir de título para la usucapión, en cambio, este mismo acto, inscrito, determina según el artículo 35 de la Ley Hipotecaria la existencia del título. «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito será *justo título* la inscripción». El tenor absolutamente afirmativo, sigue diciendo LACRUZ, de esta parte del precepto, sobre todo comparándolo con las presunciones de posesión pública, pacífica, etc., que le siguen, da a entender bien claramente que la inscripción no supone una presunción *iuris tantum* del título, sino que la inscripción misma del acto nulo no es el título.

No parece existir contradicción, añadimos nosotros, entre el artículo 33 y 35. La inscripción no convalida los actos o contratos nulos; pero el que entra al Registro, aunque el acto o el contrato se declare después radicalmente nulo, con nulidad absoluta, ha conseguido un *justo título* con su inscripción y ésta que, repetimos, no ha convalidado la nulidad ha comenzado a tener unos posibles efectos por el juego de la prescripción. Es lógico que la apariencia de legalidad que el Registro proclama tenga sus efectos al relacionarla con la prescripción. El posible anulante, el posible demandante, siempre tiene la posibilidad de ejercitar su derecho dentro del amplio plazo que se exige para que se consuma la prescripción adquisitiva.

ROCA (pág. 12, tomo 2.º, «Derecho Hipotecario», edición última) dice: Que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, ante el juego del título en la usucapción ordinaria, da a la inscripción a favor del titular registral que a la vez sea

usucapiente por vía de usucapición extraordinaria, el valor de justo título, para la usucapición ordinaria, esto es, la categoría de título justo, idóneo o apto para este tipo de usucapición, siempre, naturalmente, mientras tal inscripción subsista. No es, pues, que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria presuma la existencia de tal justo título, con presunción iuris tantum, sino que rotundamente quiere que la inscripción valga como título. En una palabra, según este artículo 35, la inscripción, en tanto este vigente implica de por sí justo título a favor del titular registral a los efectos de la prescripción adquisitiva ordinaria.

No han faltado algunas opiniones contrarias a dicha tesis, pero la mayoría, repetimos, de los autores están con lo expuesto. La misma Audiencia estimó la usucapición, basándose en el artículo 35 citado. Su dicción está bien clara.

Parece evidente que la escritura de venta no debió otorgarse, ni una vez otorgada, inscribirse. Tal vez ante la contemplación de estas evidencias, se ha impuesto en las alturas un prudente criterio, con sacrificio de la eficacia y efectos del artículo 35 de la Ley Hipotecaria.

CAPACIDAD JURIDICA DE LOS CONVENIOS, MONASTERIOS Y CASAS RELIGIOSAS para adquirir, poseer y administrar bienes temporales, con independencia de la Orden a que pertenecen (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1969)

Dice esta sentencia:

Considerando: Que la capacidad jurídica de los Conventos, Monasterios y Casas Religiosas para adquirir, poseer y administrar bienes temporales con independencia de la Orden a que pertenecen fue expresamente reconocida, tanto por el Derecho canónico antiguo (capítulo III, sección XXV del Concilio de TRENTO, aprobado por Bula de Pío IV de 26 de enero de 1563 y por Real Cédula de 12 de julio de 1564, integrado en la Ley 13, título I, libro I de la Novísima Recopilación), como por la legislación posterior e incluso la contemporánea, puesto que, con excepción de determinados periodos de vigencia de las Leyes desamortizadoras de 11 de octubre de 1820 (art. 15) y de 1 de mayo de 1855 (artículo 26) de las que se exceptuaron los bienes que pertenecieran al Instituto de Escuelas Pías (Leyes de 5 de marzo de 1845 y 21 de diciembre de 1866), se reguló dicha materia por aquella norma conciliar, ya que, aun cuando los artículos 41 del Concordato de 16 de marzo de 1851 y 3 del Convenio adicional de 25 de agosto de 1859 (ratificados en 1 y 23 de abril del primer año citado y 4 de abril de 1860), atribuyeron semejante facultad a la Iglesia en general, sin aludir para nada a los Entes morales de inferior categoría, ni aun siquiera a las Ordenes en que éstos pudieran estar integrados, criterio que también mantiene el párrafo 2.º del artículo 38 del Código civil, no cabe olvidar, en cambio, que este precepto dispone que el régimen jurídico a que la expresada materia debe someterse se regirá por lo concordado y que el artículo 43 del Protocolo de 1851 agrega que lo referente a personas o cosas eclesiásticas «será dirigido y administrado, según la disciplina canónicamente vigente», es decir, por aquel Concilio, entendiéndolo así el artículo 746 de la Ley civil sustantiva, que reconoció tal aptitud a las Iglesias y a los Cabildos eclesiásticos, y los Cánones 1.495, 1.499 y, sobre todo, el 531 que a tal fin se refieren a las Ordenes, Provincias y Casas Religiosas, a las que se permite administrar sus

Estatutos (Canón 532 del *Codex juris canonici* aprobado por la Constitución Providentísima *Mater Ecclesia* de Benedicto XV de 27 de mayo de 1917 y Real Decreto de 19 de mayo de 1919), criterio que en la actualidad ha sido aceptado por el artículo 4 del Concordato de 27 de agosto de 1953, ratificado en 26 de octubre siguiente. Y como en las cláusulas 7 y 8 del testamento de 19 de diciembre de 1902, aparentemente se legó el usufructo de la finca litigiosa, entre otras personas físicas y jurídicas a «la Comunidad de Padres Escolapios establecida en Alcalá de Henares» y no a la Orden de Clérigos Regulares Pobres de la Madre de Dios de las Escuelas Pías, en cuyo nombre se presentó la demanda que dio origen al proceso de que dimanaban las presentes actuaciones, y como el fallecimiento de la testadora ocurrió en 9 de febrero de 1919, es indudable que al gozar la Comunidad mencionada de personalidad (art. 4 del Concordato de 1953) y capacidad jurídica para comparecer en juicio de acuerdo con lo que dispongan sus Constituciones (Cánones 1.526, 1.649 y 1.653), la circunstancia de que, en lugar de ella, entablara el procedimiento el Padre Provincial de ambas Castillas y de que actuara en nombre de la Orden, y para la misma representación que no le correspondía, por estar atribuida exclusivamente al Preposito General, da lugar a que la interpelación judicial esté viciada de falta de legitimación *ad causam* de la parte actora, que no goza de titularidad sobre los derechos temporales que reclama, lo que por sí solo es suficiente para dictar un fallo desestimatorio, según se infiere del contenido de las sentencias de esta Sala de 7 de julio de 1930 y 13 de noviembre de 1956, y para que prospere el primer motivo del recurso, sin que sea necesario analizar los restantes y sin que a ello se oponga la circunstancia de no apoyarse el motivo en el artículo 533, número 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no referirse la cuestión debatida a la falta de personalidad en el actor, sino a su carencia de legitimación activa.

B M B

II DERECHOS REALES

RETRACTO DE COLINDANTES. PREFERENCIA ENTRE RETRAYENTES. REQUISITOS DEL ARRENDAMIENTO PROTEGIDO. FRAUDE DE LEY. CARGA DE LA PRUEBA VALOR DE LAS CERTIFICACIONES DE LA HERMANDAD DE LABRADORES Y GANADEROS ARTICULO 1218 CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1969).

Doctrina del Tribunal Supremo.—Con referencia al caso planteado, el Tribunal Supremo, en síntesis, mantiene: 1.º Que una certificación de la Hermandad de Labradores y Ganaderos no es documento auténtico por su contenido para resolver problemas jurisdiccionales del arrendamiento. 2.º Que el artículo 83 de la Ley de Arrendamientos rústicos, al hablar de «arrendamiento» en vez de «arrendatario», refiere el requisito del límite de renta para tener la condición de arrendamiento protegido, a cada arrendamiento, prescindiendo de la cuestión de si sumadas las rentas de diferentes arrendamientos que lleva un mismo arrendatario, se supera o no el límite que da el carácter de protegido, pues la renta se refiere a cada arrendamiento aisladamente considerado.

3º Que para que pueda prosperar la alegación de fraude de Ley es preciso que se suministren al juzgador los elementos de hecho precisos para llevar a su ánimo el convencimiento de que con el procedimiento negocial empleado, se pretendió evitar la actuación de las normas dictadas para regular otro negocio, y ello con objeto de lograr, unas veces, un fin ilícito, y otras, una eficacia legal, distinta a la propia de la finalidad de la Ley actuada

Antecedentes.—CASO ALBERICH PLA CONTRA ALBERICH SALVADOR

Se había vendido al demandado una finca rústica de 89 áreas y 52 centiáreas por precio declarado en la escritura pública, de 11.000 pesetas. La finca linda con otra de 9 hectáreas y media, propiedad del demandante. Previamente a la venta, consta que se había ofrecido la finca al demandante en precio de 200 000 pesetas, oferta que fue rechazada por el mismo. Con posterioridad a la venta, el demandante ejerció el retracto de colindantes conforme al artículo 1.523 del Código civil, consignando en el Juzgado la cantidad de 11.000 pesetas y ofreciendo abonar los gastos legítimos. El demandado comprador tenía la condición de arrendatario de la finca, siendo la renta que pagaba inferior a 2 500 pesetas anuales, o sea, inferior a 40 quintales métricos de trigo y trabajaba personalmente la finca.

Frente a la demanda de retracto de colindante, el demandado alega la falta de personalidad del actor, pues la que figuraba como adquirente en la escritura de compra era su esposa y no él, y, además, que no podía prevalecer frente a él, que tenía la condición de arrendatario protegido, el retracto de colindantes.

Solución del Juzgado de Primera Instancia de Vinaroz y de la Audiencia Territorial de Valencia.—Mantuvieron ambos la misma solución:

1.º Se desestimó la excepción de falta de representación del esposo de la compradora.

2.º Se desestimó la demanda de retracto de colindante, sin hacer especial condena de costas.

El recurso y la solución del Tribunal Supremo.—El demandante interpone recurso de casación por infracción de Ley, basándose en los siguientes motivos:

1.º Número 1.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: aplicación indebida del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en su número 12, en relación con el artículo 83 del propio Reglamento, porque el arrendamiento no tenía carácter de protegido, pues sumadas las rentas que el demandado lleva en arrendamiento en término de Benicarló, según certificación de la Hermandad de Labradores, se obtiene la suma de 89 000 pesetas anuales, superior a 40 quintales métricos de trigo, y al no tener el carácter de protegido, tenía derecho preferente el colindante.

2.º Número 1.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Inaplicación del artículo 4 del Código civil, existiendo fraude de Ley, y, por tanto,

nulidad, en el contrato de arrendamiento, pues se concertó con el propósito de burlar el retracto de colindantes que concede el artículo 1.523 Código civil.

3.º Número 7, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Error de Derecho en la apreciación de la prueba, pues la sentencia decía que se había consignado un precio inferior al real, con lo cual la Audiencia hacía caso omiso del artículo 1.218 del Código civil, alegando el recurrente que no hay otra prueba en el caso que acredite que el precio era inferior al que constaba en la escritura de venta.

4.º Número 7, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Error de hecho en la apreciación de la prueba, pues atribuye al arrendatario la condición de rentero por suma inferior a 40 quintales métricos de trigo, siendo que la certificación de la Hermandad, cuya autenticidad no se ha puesto en duda, alude a la posesión de fincas por el arrendatario con una renta total superior a los 40 quintales métricos.

5.º Número 1.º, artículo 1.692: Violación del artículo 1.214 del Código civil, pues los hechos impositivos de la demanda debe probarlos el que los alegue, y, en este caso, el carácter de arrendamiento protegido, alegado, es un hecho impositivo de la acción de retracto, por lo cual correspondía probar su condición modesta al arrendatario, que no lo hace, sino que incluso reconoce que cultiva otras varias fincas.

Visto el recurso siendo Ponente el magistrado don Manuel Taboada Roca, el Tribunal Supremo no da lugar al mismo:

En cuanto al cuarto motivo, el Tribunal Supremo no da valor auténtico a la certificación de la Hermandad, «Considerando: Que... dicho documento no acredita, de manera auténtica, sino que ha sido expedido por el Presidente de la Hermandad, en el lugar y fecha que en él se hace constar, sin que confiera autenticidad, y, por consiguiente, certeza absoluta, a las demás manifestaciones que contiene, que son sólo expresiones recogidas como consecuencia de ciertas averiguaciones practicadas a espaldas de la parte a quien pueden perjudicar: conceder verdadera autenticidad a todas las manifestaciones que en tal oficio se contienen, equivaldría a dejar a merced de esos organismos paraestatales, la solución definitiva de estos graves problemas de propiedad y arrendamiento, que únicamente deben decidir los órganos jurisdiccionales...».

Considerando: Con referencia al primer motivo, «que... conviene destacar que el artículo 83 invocado como infringido, cuando define los arrendamientos protegidos, se limita a afirmar que lo son 'aquellos en que la renta anual se regula por una cantidad de trigo que no exceda de 40 quintales, y además el cultivo se realiza por el arrendatario de modo directo y personal', por lo cual al referirse dicho precepto sólo a los arrendamientos y no a los arrendatarios, no puede sostenerse que haya sido aplicado indebidamente el supuesto que contempla el juzgador, en el cual, la renta pactada era de 2.500 pesetas inferior al valor de 40 quintales métricos de trigo, y, por tanto, se está dentro de un arrendamiento que dicho precepto califica de protegido».

Pero luego en el Considerando siguiente, como desconfiando de dicha argumentación literal, que va contra anteriores sentencias del Tribunal Supremo, se dice: «Considerando... que la resolución recurrida no advierte que el demandado cultivó por arrendamiento fincas cuyas rentas sumadas excedan de aquella cuantía, ni se ha demostrado—según ya se razonó—que esto debiera ser

proclamado por el juzgador de instancia, se comprende que el motivo de tal supuesto apoyado, tiene que decaer, al no haberse acreditado previamente la realidad de tal evento» Con lo cual, en mi opinión, el Tribunal Supremo insiste respecto al primer motivo en la cuestión de prueba de una certificación de la Hermandad, sin que, por tanto, deba generalizarse, fuera de este caso, aquella argumentación literal. De modo que en el fondo no creo que quede desvirtuada la doctrina anterior del Tribunal Supremo, «que priva de la cualidad de arrendatario protegido a quien cultiva por locación fincas cuyas rentas totalizadas excedan de los cuarenta quintales métricos de trigo», según reconoce y cita la sentencia de este caso.

Respecto al segundo motivo, el Tribunal Supremo considera que «la valoración conjunta de la prueba, en tesis del juzgador de instancia, no arroja» el resultado de fraude «en cuanto a la finalidad civil perseguida, sino que, al contrario, en los autos aparece acreditada la realidad del discutido arrendamiento, sin que ningún acto del vendedor revele su intención de burlar la Ley civil, con tal arrendamiento..».

En relación con el quinto motivo, el Tribunal Supremo dice: «Considerando: que para la desestimación de este motivo, basta tener en cuenta, que la sentencia impugnada por el resultado de las pruebas practicadas al efecto, llega a la conclusión» de que es arrendamiento protegido, «apreciación probatoria, aquella que no se ha demostrado que fuese errónea».

«Considerando: Que al no prosperar ninguno de los otros motivos, resulta intrascendente el tercero», por lo cual el Tribunal Supremo no señala doctrina legal respecto al artículo 1.218 del Código civil, en este caso, limitándose a hacer una aclaración que es más bien un *obiter dicta*: «Aparte de que, tampoco es exacto que no existieran pruebas de las que el juzgador pudiera deducir» que es un precio el de la escritura inferior al real, «pues en autos está acreditado, como ya razonado queda, que el actor ha reconocido que le fue ofrecida previamente la venta de dicha finca en precio de 200 000 pesetas, que le pareció excesivo».

EXTINCION DE COMUNIDAD. INDIVISIBILIDAD DE UN SOLAR (SENTENCIA 24 DE JUNIO DE 1969).

Doctrina del Tribunal Supremo

1.º La infracción de normas procesales no puede servir de base a un Recurso de casación por infracción de Ley, basado en el fondo, sino sólo al de quebrantamiento de forma.

2.º La divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, y sólo cabe impugnar el criterio de ésta cuando se den estos requisitos conjuntamente: a) Que el error de apreciación de la Sala resulte de actos o documentos auténticos; b) y, que, además, tales actos o documentos patenten la evidencia del error, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos ni deducciones.

Antecedentes.—CASO CASAO ABUELO CONTRA CASTILLO PUYUELO.

Demandante y demandado, ambos casados, adquirieron por compra una parcela de terreno, por mitades indivisas, de 510 metros cuadrados, con un frente a la calle de 15 metros y 34 metros de fondo, de forma rectangular, señalada en la escritura y en el Registro de la Propiedad con los números 7 y 9 de policía lindando dicho solar por la derecha con un edificio propiedad del demandado.

Como no llegan a un acuerdo respecto a la extinción de comunidad sobre el solar, se produce el pleito.

La tesis del demandante es: 1.º El solar es indivisible por desmerecer mucho con la división material, enunciando como factores del encarecimiento: las dificultades de realizar los trabajos en un solar tan estrecho en cuanto a carga y descarga de materiales, movimiento de vehículos, imposibilidad de utilizar grandes grúas, etc., pérdida de espacio utilizable con la construcción de dos parcelas, instalación de dos ascensores y dos porterías en vez de una, con el aumento de coste de tales servicios, pérdida también de espacio al tener que formar dos patios de luces interiores en lugar de uno. En una palabra, si se divide el solar en dos, se perjudica el destino del inmueble, que es el de servir a la construcción de viviendas y locales de precio razonable y no enca-recido artificiosamente y sin ventaja alguna. Por tanto, al ser indivisible el solar, se debe aplicar el artículo 404 del Código civil.

2.º Subsidiariamente, para el caso de no estimarse que el solar es indivisible, pide que se divida la finca por peritos, conforme a las normas de la partición de herencia y consiguiente adjudicación por sorteo.

La tesis del demandado es. 1.º El solar es materialmente divisible, y lo revela el señalamiento de dos números de orden de policía, concretamente el 7 y el 9, de la calle Castelli, por lo que la parcela tiene aptitud física para dos edificaciones con fachada a dicha calle. Y respecto a los encarecimientos que alega el demandante, dice que, dada la anchura de la calle de Castelli, el límite de la altura del edificio proyectado es de 15 metros, y para esta altura no se precisa ascensor y, por tanto, tampoco hace falta portería. El único encarecimiento que se provoca al hacer dos casas en lugar de una, es que se precisan dos escaleras, pero ello es consecuencia natural de la división. Y además, no se pierde espacio si se hace un patio mancomunado para las dos fincas.

2.º Se debe extinguir la comunidad sobre el solar, dividiéndolo en dos y adjudicando al demandado la parte que colinda con su edificio, pues tiene respecto a él un signo aparente de servidumbre de luces y vistas (una galería que da al solar en esa parte). Obsérvese que este argumento es desestimado en todas las instancias; y es que carece de base legal, tal criterio de adjudicación.

3.º Como el demandante compró la mitad indivisa del solar, constante matrimonio, la esposa tiene un interés jurídicamente protegido en la mitad indivisa de la finca, y el demandante actúa en su propio nombre, sin dar entrada procesal a su esposa, lo cual no es correcto.

Solución del Juzgado de Primera Instancia, número 4, de Barcelona.

1.º El demandante tiene legitimación activa, aunque no haya dado entrada procesal a su esposa.

2.º El solar es divisible, por lo cual, se dividirá en dos mitades de igual valor y se adjudicará por el sistema de sorteo.

Solución de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

1.º El demandante tiene legitimación activa en el pleito.

2.º El solar es legalmente indivisible, porque su división material le hace desmerecer mucho, procediendo en consecuencia su enajenación en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio obtenido entre ambos partícipes, lo cual se llevará a efecto en periodo de ejecución de sentencia.

El recurso y la solución del Tribunal Supremo.

El demandado recurre en casación por Infracción de Ley, basándose en los siguientes motivos:

1.º Número 1.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Violación por inaplicación del número 2.º del artículo 503, en relación con el 504, ambos de la Ley de Ritos Civiles, ya que el actor adquirió la mitad indivisa de finca objeto de la presente *litis* en estado de casado, y no se da entrada procesal a la esposa.

2.º Número 7.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Error de hecho en la apreciación de la prueba sobre la indivisibilidad, siendo el solar divisible, como se desprende de dictámenes periciales de un Arquitecto y de un informe emitido por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda de Zaragoza. Lo cual es conforme con la asignación al solar de dos números de policía.

3.º Número 1.º, artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Aplicación indebida del artículo 404 del Código civil, al no existir una causa que justifique en forma terminante y clara la indivisión o desmerecimiento de la finca.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, no da lugar al recurso, por las razones siguientes:

«Considerando: Que el primer motivo del recurso debe ser desestimado, porque ni los preceptos legales que se citan como infringidos, ni el 506 de la misma Ley, que también se cita al desarrollar su argumentación, pueden servir de fundamento a un recurso de casación en el fondo, sino al de quebrantamiento de forma, por tratarse de normas de carácter procesal, según tiene declarado reiteradamente esta Sala»

Considerando: Que la determinación de la indivisibilidad de la cosa común o de que desmerezca mucho por su división es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, que sólo cabe impugnar por la vía del número 7.º del artículo 1.692., y el error de hecho ha de resultar de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, es decir, que se ha de justificar con probanzas de esa clase que por sí, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos ni deducciones, patentizan la veracidad de un hecho contrario al afirmado en la sentencia recurrida, y es lo cierto, que los dictámenes periciales no son documentos ni actos auténticos a efectos de casación, y por lo que respecta a la referenciada escritura de compraventa, el hecho de que el solar en cuestión figure en ella con dos números de policía, el 7 y el 9 de la calle de Castellví, de Zaragoza, en nada expresamente contradice la afirmación de la resolución impugnada, desestimación la del motivo estudiado que acarrea la del tercero y último que, fundado en el número 1.º del citado artículo 1.692, denuncia la infracción, por aplicación indebida del artículo 404 del Código civil, toda vez que su viabilidad está subordinada al éxito del anterior, al partir del supuesto de que el solar no es indivisible bajo el punto de vista económico ni se produciría gran desmerecimiento de él por su división».

J. M G G.

IV. FAMILIA.

SEPARACION DE HECHO MUTUAMENTE CONSENTIDA. LA SEPARACION DE HECHO MUTUAMENTE CONSENTIDA Y EL DERECHO A PERCIBIR ALIMENTOS *Condicionamiento o no de tal derecho a la obligación de vivir juntos. El artículo 1.228 del Código civil y las manifestaciones hechas en documentos privados, a los efectos de la casación.* PLAZA C. DIEGO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1969).

Doctrina de la sentencia: La separación «de hecho» libremente consentida entre los esposos no les priva del derecho a recibir alimentos del consorte de un modo genérico y sin atender a las circunstancias personales que concurran en cada caso concreto, siendo reconocido tal derecho cuando la separación sea mutuamente consentida y el solicitante no los hace derivar de una situación ilícita y contraria a derecho provocada por su exclusiva iniciativa.

Antecedentes: I) La demandante había contraído matrimonio canónico con el demandado en 1940, de cuyo matrimonio nació un hijo II) Después del nacimiento del hijo, y en vista de los malos tratos que su marido le infería, la esposa se separó de él por su propia autoridad (así constaba en el escrito dirigido por la actora al Juzgado al solicitar el beneficio de pobreza legal). La esposa había quedado acogida en un Sanatorio Siquiátrico, del que saltó previa la autorización del marido y de la que se hizo cargo el padre de la misma «para atender a su sostenimiento y cuidado y responder de cualquier accidente que pudiera ocurrir por dicha salida» (así, en el escrito dirigido por el marido al Director del Centro): el padre se hacía cargo de ella «como

padre de la misma, la cual sale a mi propia petición y bajo mi exclusiva responsabilidad» (así, en el recibo firmado por el padre) III) La actora hacía constar el abandono en que la tenía su marido, ya que se había comprometido a ayudarla económicamente por carecer de lo necesario para la subsistencia, sin que en los veintitantos años transcurridos hubiese entregado suma alguna de dinero. Acreditaba la posición acomodada del esposo, aparte del sueldo percibido como Maestro.

La demanda termina con la súplica de que se dicte sentencia condenatoria del demandado, a pagar a la actora en concepto de alimentos la cantidad mensual de tres mil pesetas o, en otro caso, la que estime el Juzgado justa, con imposición de costas al demandado.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, alegando la excepción de incompetencia de jurisdicción del Juzgado para conocer de la demanda, pues estando basada en «derecho legal» (sic), la competencia corresponde al lugar del domicilio del demandado (ejercicio de Maestro): por otra parte, afirmaba que él *no abandonó* el domicilio conyugal, sino que fue la esposa la que—en contra de lo dispuesto en la Ley—no siguió al marido en sus respectivos traslados oficiales obligado por su cargo de Maestro, y negaba el hecho de ser propietario de fincas. Terminaba solicitando se estimare la excepción y, subsidiariamente, se declarase no haber lugar a la demanda y, en último supuesto, se fijasen los alimentos provisionales en relación a los únicos medios económicos del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia, desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción y entrando a conocer sobre el fondo del asunto desestimó la demanda.

La Audiencia revoca la sentencia apelada y estima la demanda, condenando al esposo demandado a abonar a su esposa en concepto de alimentos provisionales, la cantidad de 1500 pesetas al mes.

El demandado interpuso recurso de casación, articulado en tres motivos, que en esencia vienen a decir:

— En el primero, basado en interpretación errónea de la doctrina legal (de las sentencias que se dirán): Al entender el fallo recurrido que en los casos de separación matrimonial de hecho por mutuo consenso y que perdura a través de los años, sin otros requisitos, procede conceder pensión alimenticia a la esposa fuera del domicilio conyugal (sentencias de 16 de octubre de 1903, 23 de abril de 1956 y 9 de noviembre de 1957), porque si la mujer no justifica que viene viviendo separada del hogar legítimo por culpa o abandono del marido y con el consentimiento del mismo, *no* tiene derecho a alimentos, mientras no entable divorcio o pida el depósito o la intervención judicial (sentencias de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 30 de noviembre de 1917), puesto que en los casos excepcionales *en que se concedió alimentos* a la mujer no bastó la situación de separación de hecho consentida y prolongada, sino que ha sido necesario *algo más*, ha sido necesario que concurrieran circunstancias especiales que matizaran dicha situación, tales como el abandono por el marido, la culpa de éste, los malos tratos que obligaron a la mujer a huir del domicilio conyugal, o una intervención judicial inicial.

— En el segundo, basado en error de hecho en la apreciación de las pruebas. Derivado de documento auténtico, cual es el escrito firmado por la actora y dirigido al Juzgado para pedir el beneficio de pobreza, lo que demuestra un hecho absolutamente contrario a la afirmación del juzgador, ya que la sapa-

ración no fue un simple deseo del marido, sino que fue la propia actora la que se separó por su propia autoridad, o sea, voluntariamente.

— En el *tercero*, basado en error de derecho en la apreciación de las pruebas, violando el artículo 1.228 del Código civil: Ya que los documentos obrantes en autos (carta al Director del Sanatorio y recibo del padre. Ver en apartado II de los Antecedentes) tan sólo expresan un *hecho* momentáneo sin trascendencia, cual el de que fuera el padre quien se hacía cargo de la esposa, sin que expresen un deseo del marido ni un concierto entre el padre y el marido, pactando la separación de hecho.

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

Visto siendo Ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín.

Considerando: Que *no es de estimar el segundo motivo* del recurso, construido con arreglo a lo dispuesto en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque el error de hecho en la apreciación de la prueba, que en el mismo se atribuye al Juzgador de instancia, no puede creditarse a través del escrito unido al folio 1° de las actuaciones, *por carecer de virtualidad a dichos fines*, según sentencias de esta Sala de 10 de abril de 1947 y 2 de julio de 1963, *las manifestaciones* que los litigantes hayan vertido en semejantes documentos y porque, en todo caso, al constar en él «que la separación de los esposos «obedeció a los malos tratos que a la actora infería su marido», no es posible desconectar tal afirmación de las que la preceden, llegando de ese modo a la conclusión pretendida por el recurrente.

Considerando. Que *igualmente decae el tercer motivo del recurso*, dirigido por la vía formal del anterior, porque *al declarar el Tribunal a quo* que «la separación de hecho de los contendientes respondió a un simple deseo del marido, que así lo concertó con el padre de su esposa en 1941, y que desde antes de esa fecha ambos consortes continuaron de mutuo acuerdo en semejante situación», no *hizo* otra cosa que realizar una *labor exegética* respecto al contenido de los documentos obrantes a los folios 92, 93 y 98, que examinó y analizó en relación con el resto del material aportado al proceso; y siendo ello así, no pudo incidir en el error de derecho a que el motivo se contrae y *mucho* menos en la vulneración del artículo 1.228 del Código civil, que no puede servir de fundamento para censurar en casación la interpretación dada por el juzgador de instancia a las relaciones jurídicas sometidas a su decisión, cualquiera que sea la fuerza probatoria asignada a los asientos, registros y papeles privados a que dicho artículo 1.228 se refiere (sentencias de 10 de mayo de 1902 y 16 de febrero de 1965), aparte de que de los enunciados en el motivo no se deduce de forma evidente lo contrario a lo que la Sala de instancia afirma en el acuerdo judicial recurrido.

Considerando. Que *la separación «de hecho» libremente consentida entre los esposos, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que el artículo 56 del Código civil impone*, lo que origina el que *sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles* (sentencias de 19 de diciembre de 1932, 17 de junio de 1949 y 30 de septiembre de 1959), *no por ello les priva* de un modo genérico, y sin atender a las circunstancias personales que concurran en cada caso concreto, *del derecho a recibir alimentos de su consorte*, conforme a las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes del Código mencionado 1.º Porque *ni el artículo 56*, que establece el derecho

de socorrerse mutuamente, *ni el número primero del 143*, relativo a la pretensión (digo prestación) de la deuda alimenticia, *condicionan su exigibilidad al cumplimiento de la obligación de vivir juntos*, a que se refiere el primero de dichos preceptos, *o al supuesto de que la separación se haya decretado judicialmente*, por lo que cualquier limitación que al interpretarlos se adoptare en tal sentido, sería opuesta no sólo al principio general de derecho *Ubi lex distinguit, nec nos distinguere debemos*, sino también a lo previsto en los cánones 1.130 y 1.131 del *Codex juris canonici*, que permiten en determinados casos la separación *por autoridad propia*, y en el artículo 1.434, párrafo 2.º del Código civil, que no supedita a la circunstancia contraria la percepción de este derecho, aparte de que siempre podría el alimentante poner fin a semejante anormalidad, sin más que hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 149 del referido Cuerpo legal. 2.º Porque si *la culpabilidad de uno de los consortes, unida a su residencia en distinto domicilio*, es lo que le *priva de los derechos sucesorios sobre la herencia del otro* (artículos 834, 855 y 913) y de la posibilidad de exigir alimentos *después de declarada la inexistencia de la unión conyugal* (artículo 75, regla 5.ª), *resultaría absurdo prescindir del primero de estos requisitos para negar los últimos al cónyuge inocente* que viviera separado del otro, *mientras persistiera vivo el vínculo con que estaban ligados y se reconocieran al marido los derechos a que se contraen los artículos 59, 60, 61, 1.357, 1.361 y 1.378 del Cuerpo legal indicado*. 3.º Porque *la circunstancia de no acudir a la vía judicial para recabar la separación del matrimonio, no justifica por sí sola la pérdida del derecho* conferido por el número primero del artículo 143, *al poder ser debida a razones tan encomtables como el deseo de evitar el escándalo y perjuicios familiares a que la intervención de los Tribunales pudiera dar lugar*. 4.º Porque, *si bien en casos de cierta analogía con el presente, la jurisprudencia de esta Sala ha negado el derecho a percibir tal prestación a los esposos que hubieran incurrido en adulterio* (sentencia de 10 de diciembre de 1959) o *causa de divorcio* (sentencia de 11 de abril de 1946) o *vivieren separados del otro sin consentimiento de éste y por su exclusiva voluntad* (sentencias de 5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 17 de marzo de 1960), e *incluso a los que no acreditaran la necesidad de recibirlos por gozar de la administración de determinados bienes* (sentencia de 3 de noviembre de 1905), *en cambio lo han reconocido expresamente*, cuando la separación sea mutuamente consentida y no existan méritos suficientes para estimar que quien los solicita los hace derivar de una situación ilícita y contraria a derecho provocada por su exclusiva iniciativa (sentencias de 16 de octubre de 1903, 27 de abril de 1956 y 9 de noviembre de 1957); y como el *supuesto fáctico aquí contemplado coincide exactamente con el contenido de las sentencias últimamente citadas* y la Sala de instancia aplicó dicha doctrina en la resolución impugnada, de ahí que *no haya cometido las infracciones enunciadas en el primer motivo del recurso*, al amparo del número primero del expresado artículo 1.692, y que el mismo *deba ser desestimado*.

Comentario: I. La separación de hecho mutuamente consentida.—Las situaciones jurídicas carentes de regulación legal y a las que la doctrina suele añadir el calificativo «de hecho» presentan una especial *problemática*, cuyo origen reside no tanto en la ausencia de norma aplicable como en la multiplicidad de supuestos que la realidad a diario ofrece. Por otra parte, las dificultades para el intérprete se incrementan cuando tales situaciones jurídicas «de facto» aparecen derivadas de instituciones con encuadre en el Derecho de

Familia, como v. gr.: el matrimonio (uniones maritales de hecho), la separación, la tutela, etc

En cuanto a la separación «de hecho», aun siendo conocida por la doctrina, parece que en nuestro país su entidad material debió parecer de poca consistencia a nuestros legisladores, que la ignoraron por completo. Quizá la causa de ello fue más bien sociológica con trasfondo de tipo religioso, ya que siendo en su gran mayoría católicos los españoles, debieron parecer suficientes las normas de la Iglesia (no codificadas entonces, ya que el *Codex Iuris Canonici* es posterior); por otro lado, la inexistencia casi absoluta de los modernos medios de comunicación hacía casi imperceptibles los contados casos de separación «de hecho» existentes. Sea o no cierta la explicación apuntada, algunos casos sí llegaron a conocimiento del Tribunal Supremo, pero en forma aislada y sin la profusión actual.

No puede, por tanto, extrañarnos que hasta fechas recientes no se hayan ocupado nuestros autores de este tema, ocupando los notarios un lugar relevante en esta enumeración no exhaustiva: GIMÉNEZ ARNÁU (1), FAUS ESTEVE (2), LACRUZ BERDEJO (3), PUIG BRUTAU (4), DE LA CÁMARA ALVAREZ (5), Tampoco puede sorprendernos ni el reciente número de casos ni la enorme difusión del problema: Lo primero, dejando a un lado las posibles causas sociológicas, habida cuenta de la no admisión del divorcio vincular entre nosotros, como agudamente apunta DE LA CÁMARA (6); lo segundo, después del experimento legislativo italiano respecto al tema, con más de 100 años de vigencia, y la temprana—para nosotros—obra de A. FALZEA, a la que siguen estudios de nuestros autores, algunos ya citados

Dentro de las diversas categorías de separación «de hecho», que expone PUIG BRUTAU (7) con su habitual claridad, la *separación objeto de este pleito* es encuadrable entre las llamadas por dicho autor «no reconocida ni regulada» y esencialmente responde a la *idea* que de tal situación se suelen hacer los cónyuges, que no quieren pactos ni régimen ni un claro reconocimiento de los posibles efectos jurídicos de la misma.

Para una mayor concreción, cabría decir que a la separación que es causa de este litigio se llega en base a la arbitraria conducta del esposo, que con sus malos tratos iniciales y el desamparo posterior en que deja a su esposa e hijos quien había provocado esta situación. Por ello es enormemente curioso que el esposo-recurrente en casación—trate en el motivo primero del recurso (que he expuesto con cierto detalle) de hacer especial hincapié en el *abandono* por la mujer del domicilio conyugal, sin acertar a ver que el abandono existe técnicamente no sólo en tal caso, sino en el de la falta de los deberes de asistencia inherentes al estado conyugal (así, en el Código Penal, según la reforma de la Ley de 1942).

Podemos, pues, terminar diciendo que en el caso objeto de la sentencia la separación, si bien mutuamente consentida sin reconocer ni reglamentar la situación, la impuso el marido con su conducta.

(1) V. en RDNot., XXXIII. *Escrituras de divorcio*, págs. 429 y sigs.

(2) V. en «Anales Ac Mat Not», II, 1946, págs. 289 y sigs., *La separación de hecho en el matrimonio*.

(3) V. *Derecho de familia*, 1963, págs 154 y sigs.

(4) V. *Fundamentos de Derecho civil*, IV-I, págs 242 y sigs.

(5) V. *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, en ADC. XXII-I, páginas 3 y sigs.

(6) V. op. cit., pág. 8.

(7) V. op. cit., pág. 248.

II. *La separación mutuamente consentida y el Derecho a percibir alimentos*.—Dados los términos de nuestra precedente exposición y cualificada la separación en el caso de autos, nos resta aquí ponerla en conexión con la pretensión a la prestación alimentaria (arts. 142 y sigs. del Código civil). No obstante, la clarísima síntesis hecha por el Tribunal Supremo en su Considerando tercero nos exime de una mayor puntualización.

Ciertamente, en los casos en que uno de los cónyuges se separaba por su propia voluntad o autoridad, cabía dudar de si dicho cónyuge tenía o no derecho a la percepción de alimentos: así, en algunas sentencias que el mismo Tribunal Supremo cita (5 de febrero de 1912, 17 de noviembre de 1916 y 17 de marzo de 1960), y en algún autor como LACRUZ (8), si bien no en forma tajante.

Por otro lado, existían otras sentencias de signo diverso, lo que imponía un examen cuidadoso de las circunstancias especiales del caso concreto: este es el gran mérito de la sentencia comentada, ya que la *ratio decidendi* se basa precisamente en la necesidad de no sentar criterios genéricos en esta materia.

Es a esta exigencia de diferenciación a lo que llevaba un estudio detenido de las sentencias todas sobre la cuestión, cual ya habían realizado FAUS ESTEVE y PUIG BRUTAU (9).

Formal y materialmente la decisión de nuestro más alto Tribunal es irreprochable, utilizando en su argumentación diversos medios interpretativos y basándose, en último término, en la idea de *equidad*.

J. C. G.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO MANCOMUNADO ARAGONES EN FORMA OLOGRAFA.—

Sucesión troncal.—Artículos 17 y 29 del Apéndice foral aragonés, 94 de la Compilación aragonesa, 12, 670, 672 y 675 del Código civil (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1969).

Es válido y eficaz el testamento mancomunado otorgado en forma ológrafa en Aragón y por personas aragonesas.

Los cónyuges aragoneses M. G. R. y A. G. B. fallecieron simultáneamente en accidente automovilístico, el 7 de junio de 1963, sin dejar descendientes ni ascendientes, siendo los más próximos parientes de la causante (aportante de los bienes de mayor valor al matrimonio) por línea colateral materna su tía carnal de doble vínculo, que actúa como demandante, apelante y recurrida, E. B. L.—luego, por su muerte, sus herederos—, bajo la dirección, en el recurso, del Letrado don José Luis Lacruz Berdejo, y por línea paterna, sus primos hermanos F. y B. G. L. y L. y P. G. A., quienes, con otros parientes del marido—hermanos—figuran como demandados, apelados y recurrentes, bajo la dirección en el recurso del Letrado don Antonio Hernández Gil.

La última voluntad de los causantes parece consignada en sendos testamentos ológrafos protocolizados, ambos con la misma fecha—16 de marzo

(8) V op cit, pág. 155, y la jurisprudencia que allí cita.

(9) V op. cit págs 252 y sigs.

de 1962—y escritos sin solución de continuidad en un solo pliego de papel, cuyo escrito en su primera parte está escrito de puño y letra y firmado por el marido, figurando también al final de esa primera parte la firma de la esposa, la que escribe a continuación de su puño y letra la segunda parte del escrito, que firma también, mostrando en una de las cláusulas su «conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento (de su esposo), que de su puño y letra ha escrito a mi presencia en este mismo pliego de papel».

Solicitada por la demandante la nulidad del testamento, protocolizado como ológrafo mancomunado, se desestima la demanda por el Juzgado de Primera Instancia de Jaca. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza estimó parcialmente la apelación y declaró: 1.º Que los cónyuges M. G. R. y A. G. B., llamados a sucederse testamentariamente entre ellos, fallecieron simultáneamente en accidente de automóvil. 2.º Que los testamentos de ambos cónyuges no revisten el carácter de un solo testamento mancomunado, sino el de dos testamentos ológrafos y autónomos. 3.º Que son ineficaces por superfluas la firma de doña A. G. B. en el testamento de su esposo y la firma de éste en el testamento otorgado por aquélla. 4.º La nulidad de la transcrita cláusula testamentaria por la que la esposa mostraba su conformidad con las estipulaciones contenidas en el testamento de su marido y la institución de heredero a los designados por éste. 5.º Que procede la apertura de la sucesión intestada de doña A. G. B. Y otros pronunciamientos, natural consecuencia de los anteriores.

La parte demandada y apelada formalizó recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal con base en los siguientes motivos.

Primero. Autorizado por el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La sentencia recurrida, al negar validez y eficacia—revocando la de primera instancia al documento de 16 de marzo de 1962 como testamento ológrafo mancomunado de los cónyuges don M. G. R. y doña A. G. B., estimando que dicho documento hay que entenderlo como expresión de dos testamentos ológrafos y autónomos, infringiendo por violación, el principio general del derecho «*standum est chartae*» (que preside la legislación aragonesa y es aplicable a las disposiciones testamentarias, según lo reconocen, entre otras, las importantes sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1912, y 16 de febrero de 1942 y resulta ahora con claridad de la enumeración generalizadora del principio formulada en el artículo 3 de la Compilación de 8 de abril de 1967; el artículo 675 del Código civil (aplicable como derecho supletorio); y el artículo 17 del apéndice de 7 de diciembre de 1925 (en cuya órbita de vigencia temporal se comprende el caso debatido, si bien por su significado interpretativo y aclaratorio son invocables también los artículos 94 y 95 de la Compilación). Debiendo de significarse, en síntesis, que la razón esencial demostrativa de las infracciones aducidas radica en que, reconociendo la sentencia, como expresamente proclama el pronunciamiento segundo del fallo, que las manifestaciones de voluntad testamentaria procedentes de ambos cónyuges reúnen los requisitos del testamento ológrafo, descarta, en cambio, con vulneración de lo querido y declarado, el carácter mancomunado de tales manifestaciones, siendo así que el documento refleja, en sí materialidad y por lo que dice, la actuación conjunta de los cónyuges, además de un propósito compartido y una recíproca coincidencia y trabazón de las costumbres, según se infiere en particular de

lo expresamente afirmado por la esposa que asevera su presencia en la redacción de la disposición testamentaria del marido en el mismo pliego de papel, su conocimiento o yuxtaposición de las firmas en los respectivos textos, que no genera, como equivocadamente recoge el pronunciamiento tercero del fallo, una ineficacia o superfluidad (siempre sin merma de valor ológrafo del documento, a tenor del propio criterio de la Sala *a quo*), sino que es factor indispensable para armonizar con la forma ológrafa el carácter conjunto y mancomunado del testamento. Que el problema fundamental se contrae a determinar la interpretación y calificación jurídica que corresponde atribuir al testamento. Que el documento está redactado en dos grafías como se reconoce en el Considerando tercero de la sentencia recurrida, con la firma de los cónyuges, los que fallecieron simultáneamente en accidente de automóvil el día 7 de junio de 1963, el Considerando cuarto de la sentencia recurrida aprecia expresamente la conmorienencia. Que la autenticidad del documento quedó demostrada en el oportuno procedimiento y ordenada su protocolización la sentencia recurrida, también reconoce su autenticidad. Que lo pretendido por los otorgantes fue, según expresaron, ordenar conjuntamente una disposición por causa de muerte, actuar de plena conformidad los dos; instituirse recíprocamente herederos universales en sus respectivos bienes y nombrar herederos sustitutos, además de ordenar algunos legados y mandas píasos. Que tal declaración de voluntad constituye una disposición *mortis causa* mancomunada, autorizada por el Apéndice foral aragonés, en sus artículos 17 y siguientes; las sentencias del Juzgado así lo proclaman, pero la Audiencia le niega el carácter de testamento ológrafo mancomunado y hace esta rectificación por estimar que no hay autografía total en ambos testamentos, tampoco existe unidad de acto, falta de declaración conjunta de voluntad. Que para determinar si un documento puede calificarse como testamento y si es válido o nulo no basta operar con los datos formales, sino que ha de penetrarse en su contenido intrínseco. Que la esencia del testamento es la voluntad y el testamento refleja dos voluntades recíprocamente trabadas, una voluntad separada de instituir no existe. Que la voluntad se engendró de una manera mancomunada y recíproca, en dependencia y correspondencia la una con la otra, partiendo los otorgantes de la eficacia de ambas; la sentencia de la Audiencia desconoce totalmente el elemento intencional de los cónyuges e incurre en un error de interpretación. Que se ha dicho por la sentencia recurrida en materia de testamento no se puede aplicar el principio general de la interpretación positiva y de la finalidad de la Ley, tal era el sentimiento común en el pasado, pero nada impide que se sustituya esta concepción por otra más fecunda o más en armonía con el espíritu de los tiempos; las solemnidades testamentarias son, sin duda, indispensables y prescindir de ellas ocasionaría grandes trastornos; las formas jurídicas se imponen, pues el Derecho, no podría vivir sin ellas. Que un precepto legal expreso obliga, pero otras veces la Ley no es explícita ni suficientemente clara, entonces ha de acudir a la interpretación inspirada en el principio voluntad *ante omnia* y aplicarse con un criterio amplio y flexible a condición de que sea completa la certidumbre sobre la voluntad del testador, lo importante es que en el contenido del acto resplandezca la voluntad, y esto lo desconoce el Tribunal *a quo* que centra la cuestión en un mero problema de forma. Que entrando en el aspecto formal del documento, el primer argumento de la sentencia de la Audiencia para negar el carácter mancomunado ológrafo es que no hay autografía total y firme por ambos testadores con expresión del año, mes y día en que se otorgaron los

testamentos, afirmando que estos requisitos están incumplidos en ambos testamentos. Que la simple lectura del documento acredita que se han cumplido todos los requisitos, para ello hay que interpretar con un criterio comparativo el testamento de ambos cónyuges y no se puede exigir un criterio al carácter personalísimo del testamento y la prohibición del mancomunado que impone el Código civil, ya que el problema a considerar se plantea en el ámbito del derecho foral aragonés, pues el artículo 17 del Apéndice muestra en el testamento mancomunado un criterio de gran amplitud, hace de la facultad de testar en común una prerrogativa del Estatuto de los aragoneses y no una mera cuestión de solemnidad, que cayese dentro del Estatuto formal consagrado por el artículo 11, en relación con el 14, del Código civil. Que del propio artículo 17, cuando dice que los cónyuges pueden testar en mancomún en el mismo acto u otorgamiento, ora expresen juntos las disposiciones, ora lleve uno sólo la palabra y el otro se limite a aceptar y consentir las manifestaciones, se deduce en el aspecto formal la validez y licitud del testamento ológrafo otorgado por los cónyuges, es ilustrativa a este respecto la posición del Código civil alemán (p. 2.267); al establecer el testamento ológrafo mancomunado, permite que el marido firme en la declaración de la mujer y ésta en la del marido; su finalidad es dotar de efectividad el testamento mancomunado, ya que ambas declaraciones deben ser realizadas con el consentimiento recíproco. Que la sentencia dice que no hay autografía total; es evidente y no se ha puesto en duda por las partes, que tanto el marido como la mujer escribieron por entero, de su puño y letra, fecharon y firmaron las respectivas disposiciones testamentarias sin injerencia de extraño. Que el problema distinto es el de si lo escrito por la esposa tiene un contenido testamentario, pero resulta extraño afrontar como problema de autografía el del contenido testamentario, porque la autografía no es requisito del testamento en cuanto testamento, sino del testamento en cuanto documento. Que la propia sentencia de la Audiencia reconoce el cumplimiento de todos los requisitos de la forma ológrafa, descontando, en cambio, el carácter mancomunado. Que la sentencia en el Considerando séptimo niega este carácter al testamento, porque no hay unidad de actos u otorgamiento en base a que los testadores no han escrito y firmado todo el documento, pero aun llevado a estos extremos tampoco había unidad de acto, es imposible humanamente que dos personas, en un mismo espacio de un pliego, puedan escribir a la vez un texto, necesariamente ha de escribir una antes y otra después. Que el requisito de la unidad de acto no se refiere al orden puramente físico o material, la unidad ha de recaer sobre totalidad del acto. Que el documento está redactado en el mismo pliego de papel, sin solución de continuidad, se entrecruzan las firmas, está fechado en el mismo año, mes y día y hasta en la misma hora hay un sólo acto reflejado en un solo documento, una intervención simultánea y conjunta de ambos cónyuges, unidos para ordenar su disposición por causa de muerte. Que la unidad de este acto como ausencia de interpretación solamente es exigible por la Ley para el testamento abierto y aun ha sido este requisito atenuado por la Jurisprudencia. Que la unidad de acto está referida a las formalidades del documento notarial, más que a la unidad interna del negocio jurídico testamentario; en consecuencia tampoco se ha incumplido este requisito, por el testamento objeto de esta litis, ológrafo, no notarial, único al que se puede exigir esta formalidad. Que la afirmación del uso continuo del pronombre y verbo en primera persona no es correcta; así, se dice: «hemos habitado siempre el matrimonio..», se usa la expresión «en nombre e intención del matrimonio», «firmo en unión de mí es-

posa este testamento». Que doña A. G. B. dice en la segunda parte del documento, que «doy conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que (don M.) de su puño y letra ha escrito en mi presencia»; expresión categórica de la conjunción de voluntades.

Segundo. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida, al reputar nula en el pronunciamiento cuarto la institución de herederos contenida en el testamento de doña A. G. B., infringe por violación, el principio *Standum est chartes* y el artículo 675 del Código civil, ya que del tenor de la cláusula no se infiere incertidumbre en cuanto a la institución, pues, en primer término aparece designado el marido y subsidiariamente los herederos de éste, como, pese a lo que argumenta la sentencia, viene a admitirse en los términos en que aparece redactado el inciso final del pronunciamiento cuarto del fallo. Que la sentencia de la Audiencia, al negar el carácter de mancomunado al testamento se encuentra que ambas disposiciones reúnen las solemnidades fundamentales de los testamentos ológrafos y no puede soslayar la cuestión de que si a la luz de nuestro Derecho positivo, tienen la virtualidad y eficacia propia de los testamentos sucesivos e independientes, lo que equivale a una conversión del negocio jurídico. Que al analizar el testamento de don M. G. no encuentra tacha formal alguna y considera que reúne todas las solemnidades del testamento ológrafo: no lo estima así en cuanto al de su esposa y lo declara nulo, porque hay incertidumbre en quiénes son llamados en sustitución de su marido, ya que en la frase «a favor de mi esposo o herederos directos» hay indeterminación al no saberse si se refiere a los herederos del marido o a los de la mujer. Que esto no es así, porque va contra las normas de interpretación de los testamentos, sentadas por el principio general del Derecho aragonés *Standum est chartal*, por el artículo 675 del Código civil y sus complementarios 1.281 y siguientes y la doctrina sentada por la jurisprudencia. Que gramaticalmente no es correcta la interpretación que la sentencia recurrida da a la frase de institución contenida en el testamento de la esposa, y no lo es, porque las partes de la oración que relacionan unas frases con otras son la preposición y la conjunción; concretándonos a esta última, obsérvese que al estar inserta la condición disyuntiva o entre las expresiones esposo y heredero, relaciona ambos elementos, pero de una manera preclusiva; y si relaciona elementos es indudable que éstos no pueden disociarse; en defecto del esposo, quiso instituir herederos a los que lo fueran de él. Que precisamente la falta de un objetivo determinativo impide que la expresión herederos pueda referirse a los de la esposa: por tanto, no puede existir ni existe, en realidad, duda ni incertidumbre, sobre si la institución sucesoria se refiere a los herederos de la mujer o a los del marido; literalmente esta es la interpretación correcta. Que si el testamento de doña A. ha sido declarado nulo en base de esa incertidumbre, ya que la sentencia admite que reúne todas las demás solemnidades exigidas por el Código civil, es indudable que deba modificarse el criterio del Tribunal sentenciador en el sentido de dar plena virtualidad y eficacia jurídica al testamento ológrafo de doña A. G. B.

Tercero. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida, al declarar en el pronunciamiento cuarto del fallo que es nula la cláusula testamentaria por la que doña A. G. B. otorga plena conformidad a las estipulaciones que se consignan

en el testamento de su esposo infringe, por aplicación indebida, los artículos 660 y 662 del Código civil, ya que de un lado, el carácter personalismo del testamento elevado a requisito esencial por el primero de los artículos citados no extiende su vigencia al Derecho foral de Aragón, y de otro lado, lo dispuesto en la citada cláusula no guarda relación alguna con las memorias. Que la sentencia declara nula la cláusula del testamento en que da su conformidad plena y total a las estipulaciones de su esposo y ello en base de los artículos 660 y 662 del Código civil, pero la mención del artículo 660 es inadecuada, ya que se trata de una persona que tiene la vecindad civil aragonesa, y en el Apéndice foral de esta región se admiten formas testamentarias que no tienen el carácter de personalísimas en los artículos 17 y siguientes y el 29, y también es inaplicable el artículo 662 del Código civil, mencionado en la sentencia, referente a cédulas o papeles privados del testador, pero éste no es el caso de la cláusula testamentaria que se declara nula. Que lo correcto es adecuar la cláusula objeto de discusión a lo dispuesto en el artículo 29 del Apéndice foral de Aragón, dado que la cláusula del testamento implica una encomienda, para que su marido ordene y regule con entera libertad la sucesión de doña A., y conforme a lo que dice el párrafo segundo del artículo 29, valdrá la última voluntad de don M., contenida en el testamento ológrafo declarado válido por la sentencia recurrida, en el que instituye herederos a sus hermanos y ello es así porque dispone de todos los bienes del matrimonio.

Cuarto. Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que en relación con el contenido del motivo anterior, la sentencia recurrida infringe, además, por violación, los artículos 12-2.º y 13 del Código civil, en cuanto extiende a personas y actos sujetos al Apéndice foral, normas propias del Código civil

El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, declara haber lugar al recurso:

Considerando: Que descartado el problema de la premorencia de alguno de los cónyuges respecto del otro, al dar por probada la sentencia de instancia que ambos fallecieron a la vez y no hubo por ende transmisión de herencia entre ellos, que no ha sido combatida en el recurso, el primer problema que el pleito presenta es el de determinar si es o no posible en Aragón y por personas aragonesas el otorgamiento de testamento mancomunado en forma ológrafa; y sin desconocer las teorías doctrinales que niegan tal posibilidad con base en la dificultad de cumplir en el testamento mancomunado los requisitos que el ológrafo requiere conforme a las normas que lo regulan en el Código civil, unido a la falta de existencia y arraigo de tal forma de determinar las sucesiones en el derecho tradicional y en el positivo de dicha región; lo cierto y positivo de que el artículo 17 del Apéndice al Derecho civil correspondiente a Aragón, de 1925, que rige por razón del tiempo el testamento debatido, al regular el testamento mancomunado no limita en modo alguno la forma de su otorgamiento, y en su consecuencia y dado el principio general y básico que sustenta todo el Derecho especial de Aragón de la primacía total de la voluntad de los otorgantes *Standum est chartae*, se debe concluir con la posibilidad del otorgamiento del testamento mancomunado en forma ológrafa en Aragón; máxime si se tiene en cuenta que la nueva Compilación de dicho Derecho de 1967, en su artículo 94, estatuye de un modo terminante que el

testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional, con tal de que sea compatible con los requisitos establecidos, para cada una de ellas en las disposiciones vigentes; y lo mismo sucede en Alemania, de los pocos países cuya legislación admite el testamento mancomunado, que en su Código civil y párrafos 2.265 y 2.267 regula su otorgamiento en forma ológrafa dando plena validez si éste escrito por uno de los cónyuges y si el otro añade la declaración de que deba valer también como suyo, escrita y firmada de su propia mano.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina, surge el problema de determinar si en el testamento en cuestión se han cumplido o no los requisitos que la Ley exige para su validez y más concretamente en el otorgado por la mujer, ya que respecto del del marido no afrece duda ni a las partes, ni a la sentencia recurrida sobre su total eficacia.

Considerando: Que se impugna el testamento de la esposa con base en que no están escritas de su puño y letra aquellas cláusulas de disposición de bienes, salvo en la que nombra heredero universal a su esposo y se limita literalmente a consignar «Y doy conformidad plena y total a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento que de su puño y letra ha escrito—se refiere a su marido—a su presencia en este mismo pliego de papel», firmando ambos cónyuges los dos testamentos como modo de autenticar su contenido; y como quera que el artículo 17 del Apéndice ya citado estatuye que en el testamento mancomunado podrán los cónyuges expresar juntos las disposiciones o llevar uno solo la palabra y limitarse el otro a aceptar y consentir las manifestaciones del otro cónyuge, es evidente que la esposa expresó en la forma más clara y contundente que cabe su conformidad con la disposición de bienes hecha por el esposo, ratificando el contenido de su testamento y procedo declarar la validez y eficacia del mancomunado de referencia en toda su extension: sin que sea obstáculo para ello el párrafo en que la testadora dice: «Igualmente confío a mi esposo o herederos directos la entrega de las modestas joyas que fueron de uso de mi querida madre (q. e. p. d.) a la Hermandad de Santa Orosia según reiterado deseo que ella misma manifestó en vida», ya que en nada contradice la institución de herederos anterior y constituye un encargo de confianza sobre cosas de poco valor, según manifiesta la propia testadora.

Considerando: Que, también, se impugna el testamento de la esposa por existir incertidumbre en la designación de sus herederos, dada la forma en que hace la suya el marido al emplear el pronombre «mio» y el verbo «nombro» en primera persona y en singular, siendo así que de tratarse de testamento mancomunado debió decir «nuestros» refiriéndose a los bienes y «nombremos» en relación a los herederos; y como quiera que, aparte de los defectos de redacción que se observa en casi todos los testamentos ológrafos no otorgados por peritos en derecho, la mujer da en el suyo plena y total conformidad a cuantas estipulaciones se consignan en el testamento de su marido; es indudable que hace suyas las instituciones de herederos y ratifica totalmente sus disposiciones en la forma autorizada en el artículo 17 del Apéndice ya citado.

Considerando: Que sentados los anteriores razonamientos, debe prosperar el recurso en su totalidad, estando encuadrados los cuatro motivos en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denunciar la violación del principio de Derecho y artículos citados y del 665 del Código civil al no existir incertidumbre en cuanto a la institución de herederos de la mujer; así como del artículo 12 del mismo Código en sus párrafos 2.º y 13 al

ser los otorgantes personas sujetas al Derecho especial de Aragón; y basado también en la aplicación indebida de los artículos 660 y 662 del Ordenamiento sustantivo, que no son aplicables en dicha región foral conforme a los artículos 17 y 29 del Apéndice.

Y en la segunda sentencia confirma la del Juzgado de Primera Instancia de Jaca, con reserva de los derechos que puedan corresponder a los herederos de doña A. G. B. sobre los bienes de su herencia que tengan carácter troncal y que podrán ejercitar en la vía y jurisdicción que corresponda, al no poder accederse a la declaración de que determinados bienes de la herencia tienen ese carácter, con la consiguiente adscripción a los herederos directos a quienes correspondan, por no haber sido afortunadamente dirigida la petición reconvenzional.

Comentario.—No me parece tan clara ni fuera de toda controversia la admisibilidad del testamento mancomunado en forma ológrafa, ni siquiera bajo la vigencia de la Compilación, y con mucha más razón cuando, como en el caso de la sentencia, se aplica el Apéndice Foral Aragonés. En efecto, el artículo 94, párrafo 2.º de aquélla, establece que «el testamento mancomunado podrá revestir cualquier forma común, especial o excepcional, *en tanto aquél sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas por las disposiciones vigentes*». De aquí se infiere: 1.º Que el testamento mancomunado no constituye una categoría formal *a se stante*, con propia sustantividad, puesto que necesita revestir «cualquier otra forma». 2.º Esta forma es una de las ya reconocidas y admitidas en la legislación, no una forma nueva. 3.º Siempre y cuando tal forma no choque con la propia mancomunidad. Por ello, un riguroso planteamiento debería empezar por preguntarse si la esencia y fundamento de la mancomunidad se opone a la del testamento ológrafo (y advertimos, de pasada, que el precepto de la Compilación va aún más lejos, pues literalmente no exige incompatibilidad esencial, sino sólo con los *requisitos* de la forma testamentaria en cuestión, término el subrayado mucho más amplio). A este fin, sería conveniente distinguir los propios testamentos ológrafos, hechos en escrito separado por cada testador con autografía total, de los impropriamente denominados tales, esto es, los hechos en un mismo escrito con la firma de ambos, que no participaban de la autografía total, ya que:

A) Si la esencia del testamento mancomunado es la simultaneidad en el otorgamiento, ésta es difícil pueda darse en los verdaderos testamentos ológrafos; y nunca podrá tener lugar si se exige la unidad del escrito

B) Si la esencia del testamento ológrafo es la autografía total y exclusiva, ésta no puede darse en el testamento escrito por *dos* personas en la misma hoja o, al menos, firmado por las dos. Tal testamento, o sería nulo, como declaró la sentencia de 21 de enero de 1960 (C. L, núm. 46, tomo LXXXV) para el Derecho común, o se tendrían, al menos, por no puestas la firma o contenido que no alterase el verdadero sentido de la disposición. Luego parece que

C) El testamento escrito por los cónyuges en el mismo documento no puede valer como tal testamento de ambos, pues no es verdadero testamento ológrafo al faltarle la autografía total, ni al amparo de la mancomunidad

puede introducirse una nueva forma testamentaria. Esto nos lleva a preguntarnos si la mancomunidad afecta a la sustancia o a la forma del testamento. En principio, parece que se trata más de cuestión de fondo que de forma (artículos 733 del C. c y 94, párrafo 2º, de la Compilación aragonesa). En resumen: la esencia del testamento mancomunado, como disposición conjunta o simultánea en un solo documento por dos personas, se opone y resulta incompatible con el propio y verdadero testamento ológrafo, que requiere autografía exclusiva y total, sin que sea posible admitir una nueva forma de testar en la que pudiera ampararse dicho testamento mancomunado, a menos de desvirtuar su propia naturaleza o la del testamento ológrafo (vid. FASSI, S. C.: *Testamentos mancomunados o conjuntos*, «Revista Internacional del Notariado», núm. 61, 4.º trimestre, 1963, págs. 13-34; TEXEIRA, A.: *El testamento mancomunado aragonés*, «Temis», núm. 3, 1958, págs. 137-156; IBÁÑEZ, A.: *El testamento mancomunado*, «II Semana de Derecho Aragonés», Jaca, 1943, págs. 251-257).

Lo que realmente parece fuera de lugar es la invocación del B. G. B. para admitir la solución contraria, pues las normas de dicho Cuerpo legal extranjero no coinciden con el supuesto de autos.

A lo más que podría llegarse es a admitir la validez de un testamento mancomunado bajo forma ológrafa, siempre que *todo él* esté escrito dos veces y datado de puño y letra de ambos cónyuges, sin que pueda admitirse que el texto se escriba por uno de ellos y que el otro escriba la declaración de que hace suyo el texto antecedente como expresión de su voluntad (que es lo ocurrido en la sentencia comentada). En este sentido se manifiesta un autor de tan gran autoridad en la materia, como es nuestro compañero FRANCISCO PALA MEDIANO, quien añade: «El testamento mancomunado no es una forma de testar con solemnidades especiales, sino un testamento distinto con distintos requisitos de fondo» (*Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, año VII, núm. 26, 1 de julio de 1967, página 131).

F. C. L.

2) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LOS TERRENOS DESTINADOS A VIALES ANTE EL ARBITRIO DE PLUS-
VALIA Y LAS EXPROPIACIONES URBANISTICAS

SENTENCIAS DE 5 Y 11 DE NOVIEMBRE DE 1969

I. INTRODUCCION

Los viales constituyen una de las modalidades de suelo urbano que distingue el artículo 63, párrafo 2, de la Ley del Suelo. Lo que presupone la clasificación de suelo urbano. Al ser una de las modalidades de éste, ha de estar comprendido en uno de los supuestos que enumera el propio artículo 63, párrafo 1, a saber:

- a) Los comprendidos en el perímetro que defina el casco de la población, conforme al artículo 12.
- b) Los que estén urbanizados.
- c) Los que, aún sin urbanizar, se hallaren enclavados en sectores para los que ya existiere aprobado Plan parcial de ordenación

El artículo 8, al referirse a los planes provinciales, dispone que forman parte del mismo «las normas urbanísticas para la defensa de las comunicaciones (apartado e); el artículo 9, sobre planes generales de ordenación municipal o comarcal, descende un poco más y exige que en ellos se determine el «trazado y características de la red general de comunicaciones e indicación de las que se hayan de conservar, modificar o crear», y el artículo 10, al referirse a los planes parciales, exige que contengan el «señalamiento de alineaciones, nivelaciones y características de las vías y plazas que se deban conservar, modificar o crear» (párrafo 1, apartado b). El artículo 65 de la Ley especial del Municipio de Madrid dispone: «Los planes parciales determinarán obligatoriamente los parques, jardines, zonas de aparcamiento y, en general, los espacios libres al servicio de cada sector de acuerdo con la proporción mínima establecida en el apartado g), del párrafo 1, del artículo 3º de la Ley del Suelo y sin necesidad de que estén previstos en el Plan general». En idéntico sentido, el artículo 49 de la Ley especial de Barcelona.

En el sistema de la Ley del Suelo los propietarios deberán ceder gratuitamente los viales, en justa compensación a los beneficios que la ejecución de la urbanización habrá de reportarles (arts. 114, 116 y 129 de la Ley del Suelo) (1).

(1) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 399.

De las especialidades que ofrece el régimen jurídico de los viales, dos sentencias recientes se refieren concretamente a dos aspectos: su sujeción al arbitrio de plusvalía y su justiprecio a efectos expropiatorios.

II. ARBITRIO DE PLUSVALÍA

1. *Sujeción al arbitrio.*

En principio, están sujetos al arbitrio todos los terrenos situados dentro del término del Municipio, con las excepciones previstas en el artículo 510 de la Ley de régimen local. A tenor de este precepto, están exentos del arbitrio los terrenos en los que concurren estas dos circunstancias (2):

- a) Estar destinados a explotación agrícola, forestal, ganadera o minera.
- b) Además, que no tengan la consideración de solares.

Basta que falte uno de estos requisitos para que no sea admisible la excepción, y el terreno se sujete al arbitrio.

Según un elemental principio de hermenéutica, cuando gramaticalmente los términos de un precepto no ofrecen dudas, no cabe acudir a otro procedimiento de interpretación.

Pero, además, es que cuando se trata de normas tributarias, el principio tiene especial aplicación. Pues es de sobra sabido que en materia tributaria rige el principio literalista. De modo que:

— No se aplica un arbitrio a supuestos distintos de los contemplados por el legislador.

— Ni exenciones o bonificaciones no previstas.

Por tanto, el problema está en si los viales excluidos encajan en la excepción.

Es evidente que los viales no son solares (los solares son otra modalidad de suelo urbano, según el artículo 63, párrafo 2, de la Ley del Suelo), pero no son terrenos destinados a una explotación agrícola, forestal, ganadera o minera. Por lo que, a tenor de una interpretación gramatical, no pueden considerarse exentos.

A primera vista parece absurdo que un terreno destinado a vial pueda estar sujeto a un arbitrio municipal, concretamente el arbitrio de plusvalía. Y, efectivamente, lo es. Cuando un terreno *es vial* no puede estar sujeto al arbitrio. Pero tampoco puede ser objeto de transmisión que pueda determinar la obligación de contribuir. Lo absurdo es que un particular venda a otro un terreno que tenga la consideración de vial.

De aquí que el problema radique en determinar en qué momento un terreno ya es vial, a efectos de arbitrio. Esto nos permitirá enjuiciar la jurisprudencia sobre el tema.

(2) COSTAFREDA: *Plusvalía y tasa de equivalencia*, Barcelona, 1962, págs. 10-16; RODRÍGUEZ MORO: *Impuesto municipal de plusvalía*, Madrid, 1965, págs. 30-43; GONZÁLEZ PÉREZ: *La excepción del arbitrio de plusvalía de los terrenos afectos a explotaciones agrícolas, forestales, ganaderas o mineras*, en «El Consultor de los Ayuntamientos», 1967, págs. 629 y 55.

2. *El proceso para la constitución de un vial.*

Cuando un terreno está previsto en un Plan general para calle, no quiere decir que sea calle. Ni que llegue a serlo realmente. Falta nada menos que:

- Plan parcial.
- Proyecto de urbanización.
- Ejecución de la urbanización.
- Cesión de viales.

Por ello ese terreno que se prevé para viales en un Plan general, todavía no lo es. Está en el tráfico jurídico. Tan esta, que es objeto de compraventa, de donación, de sucesión *mortis causa*.

Y cuando se vende, se fija un precio a la totalidad de la finca. No se vende sólo una parte, a la que se fija un precio, y se excluye la otra. Se vende todo.

Luego puede no llegar nunca a vial el terreno que así está clasificado en un Plan general de ordenación urbana.

En la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo existen dos sentencias que no son contradictorias, sino que se complementan. La sentencia de 26 de junio de 1965 (Aranzadi, núm. 3618), que declara que no hay que deducir el terreno destinado a viajes (que reitera la doctrina de la sentencia de 10 de diciembre de 1956). Y la sentencia de 11 de julio de 1966 (Aranzadi, número 3493), que declara que sí hay que deducir el terreno vial.

Sin embargo, no existe contradicción.

La primera de dichas sentencias contempla el supuesto de terreno que, aún cuando estaba ya ordenado por un Plan, que destinaba a viales una parte, no existía todavía *proyecto de urbanización definitivamente aprobado*. Estaba aprobado inicialmente. Y dice: «El legislador no atiende a las intenciones de los adquirentes de esos terrenos, sino a la condición jurídica que dichos terrenos tengan en el momento de su transmisión, que es aquél en que el devengo del arbitrio principia».

La segunda sentencia, por el contrario, contempla el supuesto en que ya existía proyecto de urbanización aprobado.

3. *La sentencia de 11 de noviembre de 1969.*

Esta sentencia, de que fue ponente don Fernando Roldán Martínez, sentó la siguiente doctrina en su primer Considerando: «Que aún siendo evidente que la condición de solar sea inoperante para la procedencia de la imposición del arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos, ya que este arbitrio grava, con independencia de la calificación que merezcan con arreglo a la Ley del Suelo, a todos los terrenos sitos dentro del término municipal, por el aumento de valor experimentado en el tiempo que media entre una transmisión y la anterior, rescatando las plusvalías originadas por causas ajenas al esfuerzo o trabajo de sus propietarios, con excepción de aquellos dedicados a unas determinadas explotaciones que el legislador no ha querido expresamente someter a este tributo, pero no es menos evidente que cuando por la propia actuación municipal en su actividad urbanística afecta determinada superficie o franja de terreno, por cesión gratuita, para ser destinada a calle, tal destino vial lo corriente en un bien de dominio y uso público municipal desapareciendo por

esta causa el objeto de este arbitrio que consiste en el incremento del valor, que es de apreciar no existe en relación a los 505,036 m/2 de terreno objeto de discusión por acreditarse del informe del Arquitecto Municipal del Ayuntamiento de Palencia ser esa la extensión de terreno de la demandada que está destinada a vía pública en virtud del Plan de ordenación y alineaciones vigente desde 1889, sin necesidad de que se apruebe un Plan parcial ni Proyecto de urbanización por figurar ya hecha la alineación de la calle nueva en el Plan general de ordenación y urbanización de Palencia, por lo que el supuesto que aquí se contempla es análogo al que fue resuelto por esta misma Sala en sentencia de 11 de julio de 1966 por ser equivalente a la existencia de un Proyecto de urbanización aprobado, aquellos casos en que como el presente esta última fase sea innecesaria por haberse efectuado en el Plan de ordenación vigente, por lo que habiendo sido apreciados correctamente por la Sala de instancia los hechos y los preceptos atinentes al caso de autos, procede la desestimación de la apelación y que sea confirmada en todas sus partes la sentencia recurrida por estar ajustada a Derecho».

III. JUSTIPRECIO DE TERRENOS DESTINADOS A VIALES

1. *El artículo 90 de la Ley del Suelo.*

El artículo 90, párrafo 1, apartado b), de la Ley del Suelo, dispone que se tasarán con arreglo al valor inicial *los viales*. Esta norma supone la existencia de terrenos con aquél destino que hayan de ser expropiados, ya que carece de sentido respecto de los de cesión obligatoria. Se aplicará, por tanto, respecto de aquellos terrenos que hubieren de ser cedidos, pero que superan el porcentaje en que, según los casos, la cesión es gratuita. Así, sentencias de 15 de enero y 26 de febrero de 1966.

El precepto tiene una excepción: la del artículo 97, es decir, cuando hubiesen de valorarse terrenos destinados a viales o a parques y jardines a efectos de reparcelación o a los sustitutivos de indemnización (3).

2. *La jurisprudencia.*

La jurisprudencia dictada en aplicación del precepto citado no ha dudado en aplicar a los viales el valor inicial. Así, una sentencia de 13 de noviembre de 1967 sienta la siguiente doctrina: «Que el valor inicial que a los viales corresponde, a tenor del artículo 90 de la Ley sobre régimen del suelo, es el de 20 pesetas el metro cuadrado, según se consigna en el folio 2 del expediente del Jurado, por lo que los 182,42 metros cuadrados objeto de expropiación, incluido el premio de afección, arrojan cantidad ligeramente inferior a la de 4.254,40 pesetas, que se consigna en la hoja de aprecio de la Administración Municipal expropiante, y esto hace que deba prevalecer el resultado de dicha hoja, reproducido, por otra parte, en la súplica de la demanda, y el mismo argumento del carácter vinculante que para el Jurado de expropiación primero,

(3) *Comentarios a la Ley del Suelo*, cit., pág. 554

y para los Organos Jurisdiccionales después, tienen las cantidades limites establecidas en la pieza administrativa de valoración, obliga a prescindir de la petición adicional sobre la cesión gratuita de la parcela, porque si el Ayuntamiento estimaba procedente imponerla, no debió iniciar expediente de expropiación, pues una vez comenzado esto, se hace inexcusable el cumplimiento del requisito que toda expropiación supone, cual es el de la consiguiente indemnización».

Otra de 17 de diciembre de 1968 se refiere a la «constante y repetida jurisprudencia de esta Sala, a través de múltiples sentencias que confirman esta inequívoca interpretación, entre otras las sentencias de 4 de marzo y 6 de abril de 1968».

3. *La sentencia de 5 de noviembre de 1969.*

Esta sentencia (de que fue ponente don Pedro Martín de Hijas), en cuanto se aparta de la doctrina jurisprudencial dominante y aplica a unos terrenos destinados a viales valor distinto del inicial, tiene una trascendental importancia.

En efecto, en su único Considerando, establece: «Que en la sentencia recurrida se expresan con todo detalle, los motivos a virtud de los cuales, en atención a las especiales circunstancias del caso que concurren y se ponen de relieve en sus Considerandos, es acertado el criterio de valoración seguido en los acuerdos del Jurado rechazando el valor inicial pretendido por el recurrente, para obtener el valor real de la parcela, así como el error en que se incurre en tales acuerdos aplicando un índice inadecuado, lo que lleva a la conclusión de reducir el precio señalado en los repetidos acuerdos—extremo que no ha sido discutido, por cuanto la apelación del propietario ha sido declarada desierta—, y a virtud de tales fundamentos, como solicitó el Abogado del Estado en el acto de la vista, procede, previa desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento, la confirmación de la sentencia recurrida, sin que existan motivos que justifiquen la imposición de costas».

Y la sentencia apelada había, a su vez, sentado los Considerandos siguientes:

Considerando. Que según dichas características de la parcela, el Jurado intuyó con fina percepción la radical injusticia que podía suponer el tasarla por su valor inicial en un expediente dirigido exclusivamente a la apertura de la vía y que afectaba únicamente a aquel terreno privado puesto que de este modo se hacía recaer sobre un solo particular, dícese sobre un solo propietario toda la carga de la cesión del suelo necesario a precio de finca rústica mientras todas las plusvalías derivadas del proyecto se incorporaban a los terrenos próximos; por consiguiente, y pese a que, como viene dicho, no pudiera calificarse anteriormente esa parcela como solar, sino como suelo urbano sin urbanizar, lo que fundamentalmente merece analizarse es si el criterio valorativo del Jurado se ajustó o no a las prescripciones legales; a este efecto conviene recordar que si bien a tenor de los artículos 61 y 70 de la Ley del Suelo (en relación con los 2, 3, 9, 10, 63, 66, 69 y concordantes) es posible afirmar que uno de los principios generales del régimen urbanístico de la propiedad consiste en la consideración de las plusvalías que pertenecían al valor originario del suelo como una consecuencia del planeamiento en función de las posibilidades de aprovechamiento que de él derivan, no resulta menos cierto

que la propia Ley se apoya en otro principio incluso expresamente formulado y es de la distribución equitativa de las cargas de urbanización y sus beneficios (Preámbulo, título I, párrafo 5.º, título III, párrafo 2.º, c) y párrafo 8.º; artículo 3, apartado 2.º, b) y d), apartado 3, b), artículo 70-3: 77-2, b); etcétera; principio este último que resultaría infringido si en el caso de una actuación expropiatoria para la apertura de un vial singularmente dirigida (como es el caso presente) a los terrenos afectados por su trazado la valoración de éstos se tomase aisladamente y, en función de su destino de tales, por aplicación literal de los artículos 85 y 90-1, b), se tomarán por su valor inicial de finca rústica atendiendo exclusivamente a que la afección pública en el Plan la privaba para el futuro de toda posibilidad de aprovechamiento urbanístico; en tal supuesto la consecuencia sería, obviamente, la de hacer recaer la carga de la urbanización (en el aspecto de cesión minusvalorada de parcelas) sobre alguno o algunos de los propietarios para atribuir sus beneficios a los demás, próximos en forma de mayores plusvalías, lo que pugna con el principio expuesto; cierto es también (y el recurrente lo ha alegado) que el propietario afectado tiene la facultad de pedir la reparcelación a tenor del artículo 81 de la Ley y que es éste el medio principal arbitrado por ella de lograr la equitativa distribución de beneficios y cargas de la urbanización, pero no es menos exacto que el dejar en todo caso la aplicación de tal principio supeditada a la solicitud de los afectados, supone arrojar sobre ellos la nueva carga (en el sentido rigurosamente técnico-jurídico) de la incoación del oportuno expediente con todas sus consecuencias y eludir, en cambio, la Administración su obligación de orientar rigurosamente la propia actividad en el sentido adecuado para que aquel principio se cumpla, idea que no constituye simplemente un argumento interpretativo, sino que se apoya en el apartado 4, del artículo 4, del Reglamento de 7 de abril de 1966, según el cual la «reparcelación será preceptiva (es decir, de inexcusable adopción de oficio y no sólo obligatoria) y no podrá aplicarse el sistema de expropiación a una o varias fincas de un polígono o manzana, en perjuicio de determinados propietarios y beneficio de los demás, salvo cuando se halle determinado como sanción », lo que puede significar una prohibición de aplicar la expropiación forzosa exclusivamente a los terrenos destinados a viales cuando, como en este caso, los propietarios de esas parcelas hayan de soportar solos el sacrificio íntegro de su derecho; no obstante, y pese a la irregularidad de este modo de aplicar la potestad expropiatoria, según el antiguo sistema de la Ley de régimen local, sin poner en marcha paralelamente de oficio una reparcelación (u otro sistema de actuación) que probablemente tendría tan sólo efectos económicos por hallarse edificadas las parcelas inmediatas, es lo cierto que aquella actuación administrativa llegó a consumarse sin oposición, y es imposible en este proceso atender a otra cuestión que no sea la del justiprecio, más por esa misma razón debe ser el mismo contemplado con la perspectiva expuesta, puesto que la literal aplicación del criterio de artículo 90-1, b), supondría la violación del principio aludido, aunque hipotéticamente pudiera más tarde corregirse a través de la parcelación a instancia del afectado.

Considerando: Que con esa conclusión es preciso partir de la base de que, ante una actuación expropiatoria como la expuesta, el repetido principio de distribución equitativa de los beneficios y cargas de la urbanización daba en estos casos tener adecuada proyección también en el aspecto del justiprecio, que es donde resultaría infringido con daño exclusivo de los propietarios afectados; y en este punto cobra relieve la consideración de que el Ordenamiento

juridico constituye un todo armónico que, por serlo, postula una aplicación de sus preceptos con criterio unitario y no la fragmentaria y literal de alguno de ellos, con cuya idea rectora es posible advertir: en primer lugar que los artículos 85 y siguientes de la Ley del Suelo, si bien establecen unos criterios de valoración legales que desenvuelven rigurosamente el principio de que los valores de terreno urbano se deben al planeamiento y la actividad urbanizadora, son al mismo tiempo criterios generales a aplicar dentro del sistema propio de dicha Ley cuando la Administración actúa coherente y completamente en su propio ámbito, pero no prescripciones que puedan tomarse siempre de modo aislado y singular respecto de actuaciones expropiatorias concebidas al margen de aquel sistema, y por otra parte, que si el régimen general expropiatorio establecido por la Ley de 16 de diciembre de 1954 instrumenta la cuantía de la indemnización como equivalente económico del sacrificio patrimonial impuesto según el principio del precio justo (capítulo XXX, en su rúbrica y la formulación de sus preceptos), este principio informa también la Ley del Suelo, y no sólo a través del antes aludido de la equitativa distribución, sino en los propios preceptos reguladores de los criterios valorativos.

Considerando: Que en cuanto a este último, es fácil advertir que la Ley del Suelo se limita a establecer unas normas según las cuales el precio justo será el resultante de la efectiva incorporación al patrimonio de los propietarios de terrenos de las plusvalías derivadas del planteamiento y la urbanización, criterio que no es rigurosamente aplicado más que en el caso de suelo efectivamente rústico (artículo 90-1) ya que en los demás los artículos 91, 92 y 93 tienen en cuenta, como determinantes del valor expectante, urbanístico y comercial, circunstancias ajenas al Plan, pero que en la realidad han determinado plusvalías urbanísticas que, con anterioridad al mismo, ya estaban efectivamente incorporadas al valor de los terrenos (los cuales puedan provenir de la vigencia de plan anterior, de la proximidad a la zona urbana, situación interior al casco, y hasta de ciertas actuaciones irregulares; para comprobarlo, basta confrontar los diferentes apartados de esos artículos), de aquí que, cuando se trata de interpretar el apartado b) del artículo 90-1 salta a la vista que la razón de aplicar el valor inicial de finca rústica a los terrenos destinados a viales, parques y jardines, que no es otra que la de que el Plan al atribuirles ese fin los ha privado de toda posibilidad de aprovechamiento urbano y, por tanto, de toda plusvalía para el futuro, no es rigurosamente cierta más que en el caso de que dicho Plan se haya formulado por primera vez respecto de terrenos que hasta entonces no podían tener otra consideración, pero quiebra cuando antes del mismo ya existían plusvalías urbanísticas, y en este sentido tal precepto no solamente se opone al del artículo 93-1, a), sino a todos los de los artículos 91 y 92, puesto que lo que en modo alguno puede tener la formulación del Plan es un efecto confirmatorio con respecto a valores ya existentes y que la propia Ley respeta, sin perjuicio, naturalmente, de su decisiva virtualidad en orden a determinar la ordenación y posibilidades de utilización de los terrenos; ello demuestra el aserto del Considerando anterior, o con el de que los criterios de valoración de esta Ley constituyen normas generales a aplicar dentro de su régimen de actuación atemperándolas a la efectiva eficacia del principio de distribución equitativa de las cargas y beneficios, es decir, no criterios singulares que en todo caso determinan el valor de tasación de un concreto terreno afectado por una expropiación, sino criterios de medida que, según los distintos sistemas de actuación sirven para fijar el valor de los bienes pero sin que ello signifique que siempre sea con el precio concreto a

abonar como equivalente del sacrificio impuesto por la expropiación, ya que éste vendrá determinado, para cada propietario en particular, por los efectos de una reparcelación que, en algún supuesto, llega a ser preceptiva como se dijo, y puede tener efectos exclusivamente económicos (la única diferencia es que parte del valor será abonado por los beneficiados), dicese (será abonado o compensado por los beneficiados), interpretación que se comprueba al advertir, que, si el artículo 90-1, b) como criterio genérico señala el valor inicial para los terrenos destinados a viales, no es este el único de la Ley, puesto que el 97, ya en relación concreta con la conversión del derecho de propiedad, señala como valor, y el 67-3, a), en general, y en especial los 114-1, 113-1 y 129-1 se refieren, en cambio, a la obligación de cesión gratuita de los viales, lo cual puso una vez más de relieve el simple carácter de genérico criterio límite del 90-1, b), por una parte, y, por otra, que cuando la Administración, actuando al margen de los sistemas de la propia Ley que postulan y permiten su aplicación de aquel modo, están singularmente para expropiar tan sólo los terrenos destinados a vial a fin de lograr su apertura y ello tiene lugar respecto de unos propietarios sin afectar en proporcional medida a los demás, solamente esta actuación no puede originar la privación a los afectados de las plusvalías ya anteriormente incorporadas; por tanto, los principios expuestos obligan entonces a indemnizar, no según la calificación de vial que el Plan que se aplique otorga, sino por el justo valor alcanzado antes por el terreno afectado en virtud de las expectativas urbanas ya efectivamente incorporadas; lo cual es coherente con el sistema general de la Ley, puesto que una cosa es la privación o limitación de facultades de aprovechamiento urbano para el futuro (función normal del Plan) y otra distinta el sacrificio de la titularidad de terreno al precio resultante de la ablación de esas expectativas, y de aquí que, en cuanto a aquella limitación en el aprovechamiento pueda dejarse al arbitrio del particular el promover la distribución de cargas mediante la reparcelación, mientras que si la Administración actúa directamente para expropiar deba reparcelar de oficio para que la contraprestación sea justa o bien, si omite esa actuación preceptiva, esté obligada a tasar el terreno singular por el precio justo: de ahí también la presente incompatibilidad entre reparcelación y expropiación establecida por el antes citado artículo 4-4 del Reglamento de parcelaciones.

Considerando: Que en este caso, careciendo la parcela afectada según se vio del carácter legal de solar, no podía, evidentemente, ser tasada según el valor comercial, únicamente aplicable a solares, según el artículo 93, más por hallarse situada en el casco con anterioridad al Plan que se ejecuta, es también obvio que su valor justo al aprobarse al mismo era ya valor urbanístico a tenor del artículo 92-1 a) en relación con el 63, 1, a), o, al menos, valor expectante según el 91 y, por consiguiente, al hacerse objeto la misma de expropiación singular para apertura de la Avenida, afectando exclusivamente a su propietario y sin considerar otro modo de compensarle este gravamen, debe la Administración indemnizar en su justo valor, o sea, uno de aquellos, sin perjuicio de las ulteriores disposiciones que pueda aceptar para redistribuir la diferencia; la dificultad estriba, sin embargo, en que (tal como se alegó en la vista) no existen aprobados en el Puerto de la Cruz los índices municipales de valoración del suelo, no obstante, lo prescrito en el artículo 2 (e incluso el 3) de la Ley de 21 de julio de 1962, ni tampoco se ha traído el expediente constancia respecto de los datos necesarios que, a tenor del Decreto de 21 de agosto de 1956 (anexo de coeficientes de valoración urbanística) podrían servir para

determinar los elementos valorativos de los artículos 87 y 88 de la Ley del Suelo; estas omisiones que acaso en algún supuesto podrían determinar una anulación formal (ya que en rigor impiden de modo absoluto aplicar los criterios legales de valoración constituyendo en el fondo una falta de la hoja de aprecio productora de indefensión) y que, indudablemente, hubieran justificado decisiones del Jurado encaminadas a la taida de aquellos datos, pueden, no obstante, llegar a analizar la decisión valorativa de éste, desde el punto de vista de los extremos expuestos, pues de estimarse ponderada, según los mismos con los solos datos tenidos en cuenta, un elemental principio de economía procesal induciría a decidir el fondo evitando una nulidad basada en motivos formales, siempre dilataria y perjudicial para los dos intereses en juego, criterio que, por otra parte, halla apoyo jurisprudencial en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1963 (Sala quinta), según la cual «al no ser posible aplicar con aciertos los criterios establecidos por la Ley del Suelo, en relación con el Decreto de 21 de agosto de 1956, es preciso acudir a la Ley de Expropiación..., pues ambas tienen como finalidad esencial obtener un precio justo y real respecto a las fincas expropiadas, y al no poderse obtener..., tal precio atendiendo a los criterios establecidos en la Ley del Suelo debe acudirse a la Ley de Expropiación.

Considerando: Que en dicha línea, el Jurado en este caso (sin recurrir al artículo 43 de la Ley de Expropiación) aplicó simplemente el criterio del 38-1, tasando la parcela estrictamente en el valor asignado por la Corporación a efectos del arbitrio de plusvalía aumentado en su 10 por 100, o sea, en total, a razón de 440 pesetas metro cuadrado, según los índices aprobados para aquella zona, tal como resultaba de la certificación recabada al respecto; cierto es que, como se dijo, el terreno no merece la calificación de solar a efectos de la legislación urbanística, pero lo es igualmente que la Ley de Expropiación, no utiliza el término en ese estricto significado como lo prueba el hecho de no existir en ella valoración intermedia entre la de solar y la de finca rústica (artículos 38 y 39) y hacer referencia a un tributo (el arbitrio de plusvalía), que según el artículo 510 de la Ley de Régimen Local, no grava solamente solares en la acepción restringida; por consiguiente, y dados los términos en que el Jurado fundamentó su decisión, tanto en el acuerdo primitivo, como al desestimar el recurso es fácil advertir que, en realidad, trataba de instrumentar la argumentación sobre un principio general de justicia que impedía tasar el terreno por el valor inicial, dadas sus circunstancias, y con esa idea, ante la falta de otros datos en el expediente de los que poder inferir el valor expectante y urbanístico, adoptó precisamente la misma valoración atribuida por el Municipio a los terrenos expropiados a efectos del arbitrio de plusvalía, consciente, sin embargo, al hacerlo de que aquella no representaba el valor real en venta o valor comercial, sino otro mucho más bajo y no sólo por ser ello un hecho sabido, sino porque el Jurado, en su actuación como órgano pericial tiene fundadas razones para conocerlo y aún más, porque la propia jurisprudencia reiteradamente ha afirmado la falta de proporción de estos índices con los valores reales (sentencia de 6 de octubre de 1959), los cuales suelen desbordarlos rápida y ampliamente por motivos urbanísticos (sentencia de 30 de enero de 1960) o que el justiprecio, de finarse según aquellos índices, sería notoriamente inferior al valor real de la finca (sentencia de 14 de octubre de 1960), de aquí que la estimación del Jurado deba tomarse en el exacto sentido derivado de todos los argumentos que la apoyan, es decir, no como aplicación del criterio basado en el valor en venta como solar de la

parcela afectada, que es el que pugnaría con el artículo 93-1 de la Ley del Suelo, sino como una estimación conscientemente inferior, en mucho, al valor comercial que, ante la ausencia de otros datos que competía proporcionar a la propia Corporación expropiante, puede ser tomada como representativa del valor justo de aquélla, según los criterios del valor expectante o comercial de la propia Ley del Suelo; en consecuencia, es procedente declarar que la misma se ajusta a Derecho, puesto que constituyó el único medio lícito y posible para evitar la infracción de los principios de distribución de cargas y del pago del justo precio al expropiado que antes se han citado, como base de esta argumentación.

J. G. P.