

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO,
JOSÉ CERDÁ GIMENO
y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON LA LEGISLACION INMOBILIARIA

ACCION REIVINDICATORIA EJERCITADA EN JUICIO DE TERCERIA. Requisitos. Eficacia del documento privado. La prueba del dominio corresponde al tercerista (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1969).

Se instó *tercería de dominio* que no prosperó en ninguna instancia. Tampoco triunfó el *recurso de casación*.

Considerando: Que, antes de proceder al examen de los motivos sustentadores del presente recurso, conviene recordar que, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, para que pueda prosperar la acción reivindicatoria del dominio, ejercitada en juicio de *tercería*, al amparo de las normas contenidas en los artículos 1.532 y 1.537 de la Ley Procesal Civil para reclamar cosas embargadas a instancia de un acreedor, ha de demostrarse *cumplidamente* el derecho de propiedad que al tercerista corresponde sobre tales cosas y la identidad de las mismas, con las que fueron objeto de embargo, presentado a dicho fin, cuando se trata de bienes inmuebles el título en que apoya su derecho, el cual debe ser eficaz para la adquisición del dominio; advirtiendo que es también doctrina de esta Sala propugnada entre otras en las sentencias de 18 de febrero de 1936 y 22 de junio de 1960, que al documento privado presentado en apoyo de una *tercería* sobre bienes embargados, sólo puede tener eficacia frente a terceros desde la fecha que precisa el artículo 1.227 del Código civil, y, por ende, cuando se trata de un documento privado que tenga fecha posterior al embargo por estar incorporado a un registro u oficina pública después de practicada legalmente la preferencia del tercerista debe referirse a un título que tenga realidad en el momento del embargo, que es cuando se verifica el acto contra el cual reclama el tercerista.

Considerando: Que los tres motivos del recurso se erigen al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por lo que la apreciación de las pruebas hechas por el Juzgado de Instancia debe ser íntegramente respetado, y en el primero de los motivos se denuncia por el tercerista recurrente la aplicación indebida del artículo 1.214 del Código civil, en relación—dice—con el 1.277 y el 1.250 del mismo Cuerpo legal, atacándose a medio de este motivo el fundamento 4.º de la sentencia de primer grado, aceptado en la recurrida, en cuanto afirma que, al no haberse autenticado el documento en que el ejecutado cede su derecho de propiedad sobre el chalet en cuestión en favor del ahora recurrente, ha quedado indemostrado uno de los dos términos de la transmisión dominical, o sea, el título, arguyendo en contra que nunca se negó la existencia física del contrato, sino su validez jurídica, por entender que ha habido simulación, y que «si en la propia contestación a la demanda se afirma que el contrato es simulado», «ello es porque se da como existente, y por cierto, la presencia del cedente».

Considerando: Que el recurrente parece olvidar los términos en que se produjo la contestación de la demanda y ejecutante, pues si bien se adujo que el contrato privado de compraventa de 22 de diciembre de 1962 se creía simulado, como también la cesión de 5 de enero de 1963; asimismo, se alegó de manera expresa (hecho 9.º de dicha contestación), que la causa en que basaba su impugnación era «que todos los citados documentos son privados y que no surten efectos legales contra terceros y que no los reconoce como válidos y eficaces a ningún efecto, ni tampoco las afirmaciones que en los mismos aparecen», por no conocer a los firmantes ni aparece reconocidas por ellos ante Juez competente, expresando, además, que, como los contratos privados aludidos no habían sido incorporados a ningún registro público, ni siquiera presentados para la liquidación de derechos reales, ni antes ni aun después del embargo, en cumplimiento del artículo 1.227 del Código civil, dichos documentos, de los cuales negaba la autenticidad, no podían surtir efectos contra la demandada contestante.

Considerando: Que la sentencia recurrida no sólo decide el caso planteado congruentemente (y adviértase que la incongruencia no se denuncia debidamente), sino que aplica rectamente el principio de *onus probendi*, derivado del artículo 1.214 del Código civil, en cuanto del mentado proyecto, que por un texto parece referirse solamente a los derechos de crédito, se deriva la doctrina de que la probanza de los hechos constitutivos corresponde al actor, así como incumbe al demandado la de los hechos impositivos o extintivos, siendo obvio que la justificación cumplida del dominio que alega (sea en el orden reivindicatorio o en el declarativo) corresponde siempre al tercerista; mas la Sala de instancia entiende, acertadamente, que éste no ha cumplido en el caso presente su deber probatorio, pues ni se ha reconocido ni se ha averado el documento básico en que se funda la tercería, o sea, el de 22 de diciembre de 1962, dándose la circunstancia de que ninguna de las personas que lo afirmaron han sido interrogadas en el Juicio, acerca de la autenticidad del mentado documento, el cual tampoco ha sido reconocido legalmente, insistiendo la Sala de instancia en que han quedado sin autenticar las firmas de los que en él figuran, por lo que es claro que no ha sido justificado la adquisición del dominio alegada por el tercerista, y, por ende, faltando la demostración de la existencia real del contrato mismo, huelga hablar de su causa civil de obligar y, en consecuencia, el motivo 1.º debe ser rechazado.

Considerando: Que el motivo 2.º es de todo punto interesante, pues para desecharlo basta decir que el recurrente intenta sustituir la falta de justificación de un título de dominio, sólo a él imputable, por una presunción que él mismo quiere establecer sin otra base que la de que viene disfrutando del chalet a título de dueño (afirmación ésta que hace por su cuenta), y de ello pretende deducir la existencia de un contrato que ampara su situación, lo que resulta por completo inadmisibile, siendo claro que el Tribunal *a quo* no ha infringido por inaplicación, ni por otro concepto, el artículo 1.253 del Código civil, y que no estaba obligado a hacer, más que presunciones, simples conjeturas, en favor del tercerista.

Considerando: Que tampoco puede prevalecer, en modo alguno, el motivo 3.º, en el que se aduce que la sentencia impugnada ha incidido en infracción de Ley, por violación del párrafo 2.º del artículo 609 del Código civil, sosteniendo, en síntesis, que «se daban los dos términos del binomio de la transmisión dominical que nuestro Ordenamiento jurídico exige en el artículo 609 del Código civil, a saber: el contrato y la tradición, el título y el modo», pues, aun prescindiendo de la vaguedad discursiva de este motivo, debe destacarse que la sentencia recurrida, en vista del examen que hace de las pruebas practicadas y de su apreciación, estima lógicamente que el tercerista no ha justificado título suficiente para recabar la propiedad de los bienes embargados, y, por ende, esa falta de justificación equivalente la carencia de título de dominio que ampare su acción, pues no reconocido ni adverbado el documento privado, falta la necesaria base para entender adquirida la propiedad del inmueble, al no estar demostrada la existencia real de la compraventa y cesión en que el tercerista fundamentalmente se apoya.

Considerando: Que, desestimados los tres motivos en que se fundamenta el recurso, debe declararse no haber lugar al mismo, con los pronunciamientos consecuentes con esa declaración.

ARTICULOS 34, 36 y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. FALTA DE BUENA FE EN EL TERCERO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1969).

Se discutió la extensión y límites de cierto cortijo enclavado en un monte propiedad del Ayuntamiento de Guajar Alto. La sentencia de la primera instancia declaró que el monte llamado «Pechos de La Galera», de la provincia de Granada, con el número 40 y descrito en el hecho primero de la demanda, es propiedad del Ayuntamiento de Guajar Alto. Segundo: Que el Cortijo «La Toba» es un enclave dentro del monte «Pechos de La Galera» y está formado por terreno de labor, con una extensión de 24 hectáreas y 70 áreas. Tercero: Que la inscripción registral del Cortijo «La Toba» en favor de don M. M. M., don R. S. M. y don A., doña M del C. y doña M. G. P y don F. y don A. G. P, así como doña C. P. L., no concuerda con la realidad jurídica extrarregistral, por lo cual se ordena su rectificación, en el sentido de que la citada finca tiene una extensión de 24 hectáreas y 70 áreas, y sólo comprende en su perímetro terrenos de labor. Cuarto: Sin hacer especial imposición de las costas.

Fue confirmada en apelación por la Audiencia. El recurso de casación no prosperó.

Considerando: Que existe tal afinidad entre la parte dispositiva de la sentencia impugnada y la súplica de los escritos iniciales del pleito a que aquélla puso fin, así como entre los fundamentos jurídicos aducidos por los litigantes y los razonamientos acogidos por el Tribunal *a quo*; que lejos de violarse por éste el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como al amparo del número 3.º del 1.692, se pretende en el motivo 5.º del recurso, se incidió al formularlo en el vicio de inadmisión señalado en el número 8 del artículo 1.629 de la citada Ley, lo que en este trance procesal provoca su desestimación.

Considerando: Que también debe rechazarse el primer motivo del recurso, apoyado en el número 7.º del mencionado artículo 1.692, porque el error de hecho, que en la apreciación de la prueba atribuye el juzgador de instancia, no puede demostrarse por medio de las tres certificaciones que al efecto se citan, toda vez que el haber sido examinadas y analizadas por la sentencia recurrida, carecen de eficacia a dichos fines (sentencias de 27 de febrero de 1954 y 6 de noviembre de 1962), y únicamente podrían censurarse en casación por el cauce procesal del número 1.º de dicho artículo 1.692, caso de haberse incurrido, al interpretarlos, en la vulneración de alguna de las normas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, y porque lo que en realidad pretende acreditarse en el motivo coincide con alguno de los hechos que el Tribunal *a quo* declara probados, como los de que en 15 de julio de 1955 parte de los demandados fueron puestos en posesión del monte discutido, que en 12 de diciembre de 1957 enajenaron al otro recurrente una mitad indivisa de su finca y que en 9 de octubre de 1963 se desposeyó a todos ellos de aquel terreno.

Considerando: Que, asimismo, decae el segundo motivo del recurso, aducido conforme al número 1.º del expresado artículo 1.692, no sólo porque entre los hechos que en él se expresan y la deducción a que llegó el Tribunal sentenciador, de que los demandados conocían la situación extrarregistral de la finca litigiosa, media el enlace preciso y directo que para la apreciación de la prueba de presunciones exige el artículo 1.253 del Código civil, lo que hace que la misma deba mantenerse, según la doctrina sustentada, en las sentencias de esta Sala de 13 de febrero de 1960 y 23 de junio de 1965, sino porque existen, además, otros hechos que dicho juzgador declara probado y que no han sido combatidos en el recurso, de los que también se llega a la misma conclusión, tales como el escaso precio satisfecho por la compraventa del inmueble, la existencia de la carta que obra unida al folio 202 de las actuaciones y la inclusión del monte en el Catálogo de los de Utilidad pública de la provincia.

Considerando: Que, asimismo, perece el cuarto motivo del recurso, acogido al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, porque, aparte de no expresar cuál sea el párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que estima vulnerado, lo que por sí solo sería suficiente para adoptar esa solución, según sentencias de 5 de mayo de 1953 y 19 de noviembre de 1968, es lo cierto que los demandados que figuran como compradores de la finca discutida, en la escritura de 3 de abril de 1951, carecen de la condición de terceros hipotecarios, según los hechos que el acuerdo judicial impugnado declara probados y que el motivo no respeta, incurriendo con ello en la causa 9.ª del artículo 1.729 del citado Cuerpo legal, y que el otro recurrente tampoco pudo ostentar esa cualidad, puesto que su conocimiento de la situación extratabular del inmueble necesariamente deriva de las mismas circunstan-

cías que la Sala de instancia tuvo presente respecto a sus colindantes, por constar parte de ellas en el asiento provocado por éstos en la Oficina inmobiliaria y ponerlas de manifiesto el propio documento inscrito (art. 9.º, número 5), o exteriorizarse en otros Registros de carácter público, como el Catálogo de Montes, que atribuye la posesión de éstos a favor del Estado o Entidad, a cuyo nombre figura aquél de que se trata (Art. 10 de la Ley de 8 de junio de 1957), además de existir la posibilidad de que en el momento de perfeccionarse el contrato de 12 de diciembre de 1957 se estuviera tramitando el juicio declarativo de mayor cuantía que anuló el procedimiento seguido, al amparo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y la consiguiente diligencia de posesión de 15 de junio de 1955, impidiendo la interrupción, de la que con anterioridad gozaba el Ayuntamiento demandante (núm. 3 del artículo 1.946 del C. c.); de todo lo cual se desprende la ausencia de buena fe, a efectos del repetido artículo 34, en cuanto a *todos los demandantes*, tal y como se dice en la sentencia recurrida, y la imposibilidad de otorgarles la protección registral, por haberse aplicado correctamente por la Sala sentenciadora la doctrina proclamada por las sentencias de 2 de julio de 1965 y 28 de junio de 1966, así como la que se consigna en la de 21 de mayo de 1968, invocada en el acto de la vista.

Considerando: Que la repulsa de los anteriores motivos provoca la de los restantes del recurso, dirigidos por la vía formal del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, porque los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria, a cuya violación se alude en el 3.º, resultan inaplicables cuando, como aquí sucede, no se trata de hacer valer un título no inscrito frente a un asiento registral, sino de demostrar la existencia de un derecho inmemorial adquirido por usucapión (sentencia de 27 de octubre de 1900), los 36 y 38 de la expresada Ley, así como los 460 y 1.944 del Código civil, que, como infringidos se citan en el 6.º, carecen de eficacia a los fines pretendidos, porque, según se declaró en la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1955, la presunción *juris tantum*, que consagra el 38, puede ser destruida por declaración expresa de los Tribunales (art. 1, párrafo 3.º) y la prohibición de usucapir *contra tabulas*, a que se refiere el artículo 36, es inoperante frente a los titulares registrales que carezcan de la condición de tercero hipotecario, sin que una prescripción extraordinaria, consumada en 1948, pueda destruirse por una *possessio de facto*, de año y día, obtenida años después, en 1955 y dejada sin efecto por orden judicial en 1963, con las consecuencias previstas en el número 3 del artículo 1.946 del Código mencionado, y, por último, la vulneración del artículo 17, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria y doctrina legal, a que se contrae el motivo 7.º, constituye una cuestión nueva, no aducida en el momento procesal oportuno, que, como encajable en el número 5.º del artículo 1.629 de la Ley de Ritos, debe rechazarse en esta fase de las actuaciones.

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. Falta de buena fe en el tercero. Error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, «conceptos incompatibles, según el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (SENTENCIA DE 30 ABRIL DE 1969).

Son Considerandos de esta sentencia:

Considerando: Que en el primer motivo del recurso, y al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretende interponer el recurso «por error de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas», con lo cual se mezclan dos conceptos incompatibles con la claridad y precisión que exige el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según copiosísima jurisprudencia que se concreta, entre otras muchas, en las sentencias de 27 de noviembre de 1939, 21 de diciembre de 1954 y 27 de febrero de 1960, y se incurre en la causa de inadmisión enumerada en el número 4.º del artículo 1.729 de la Ley antes citada, lo que, en este momento procesal, ha de acarrear la desestimación.

Considerando: Que también adolece de falta de claridad el segundo motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues alude a la inaplicación, por una parte, de preceptos del Código civil, que definen el contenido del derecho de propiedad —348, 349 y 386—, y, por otra parte, a preceptos de la Ley Hipotecaria, amparadores de aquél que tiene un derecho inscrito a su nombre en el Registro —artículos 1, 3, 9 34 y 38—, concretándose, sin mencionar el alcance en cuanto al recurso de los artículos primeramente mencionados, el desarrollo del motivo a los enumerados en segundo lugar, a cuyo fin se alega; que no ha debido denegar la sentencia su pretensión como tercero y que el desconocimiento de su reivindicación ha debido acarrear la consecuencia de cancelar o modificar la inscripción que fue practicada a su favor en el Registro; y hay que desestimar integralmente el motivo, aparte de su deficiente formulación, porque la instancia razona con perfecta lógica, que la postura de la recurrente, actora en el pleito, no está amparada en el Registro, por no ser tercero de buena fe, al haberse realizado las obras, a sabiendas de que no podían hacerlas y en contra de la prohibición del Ayuntamiento, cuando ella era inquilina del piso antes de comprarlo y, sobre todo, porque la inscripción registral no contradice lo que se declara en la sentencia, ya que el lindero con la calle «Virgen de Loreto» se da, no obstante el retranque que señalan los planos y acoge la sentencia, pues por existir un espacio libre, la realidad es, como dice la instancia, que el hecho de que no lleguen a la línea vertical de la calle lo edificado, no impide obtener luces y vistas sin limitación de esta calle, con la que, por tanto, se ha de considerar que linda.

Considerando: Que no existe, abundando en las razones apuntadas en el Considerando anterior, la contradicción que se denuncia en el tercero y último motivo del recurso, al amparo del párrafo 4.º del artículo 1.692 de la expresada Ley procesal civil; pues la configuración que ha de tener la casa de la actora, según la sentencia, de acuerdo con los planos que sirvieron para su construcción, *no contradice la supervivencia del asiento registral, tal como está extendido*, ya que, si no es exhaustivo, sí contiene los elementos descriptivos suficientes para identificar la finca, señalando incluso una terraza que es una existente en el plano primitivo, y más pequeña, que se ve en los

planos originales, donde consta el retranqueo y que luego fue incorporada a la habitación contigua, lo que ha servido de equivoco, explotado por la actora durante todo el pleito, para hacer creer que se refería a la construida con posterioridad y demolida por el interdicto, no obstante constarle que la terraza a que se refería el Registro era la otra pequeña que constaba en los planos autorizados que rigieron la construcción y que se hizo desaparecer, incorporándola, mediante la obra no autorizada, a la habitación contigua.

ACCION REIVINDICATORIA Requisitos. Tercero hipotecario. La buena fe del tercero hipotecario se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1969).

Se insto acción reivindicatoria, que fue desestimada en ambas instancias. El recurso de casación tampoco prosperó.

Considerando: Que, según reiterada doctrina de esta Sala, para el éxito de la acción reivindicatoria es preciso que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identificación de la misma, y su detentación o posesión por el demandado, bastando la falta de cualquiera de ellos para que la demanda tenga que ser desestimada, siendo tales requisitos hechos, cuya declaración corresponde a los Tribunales de instancia, que únicamente pueden ser impugnados por la vía del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando: Que los cuatro motivos del recurso se amparan en el número 1.º del citado artículo 1692, en su consecuencia, los hechos declarados probados en la sentencia recurrida han quedado firmes, y como entre ellos ésta que la parte demandante no ha demostrado el dominio de las fincas que reivindica, es llano, que decaen los dos primeros motivos, que denuncian la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina legal que cita recaída en torno al mismo, aparte de que la condición de tercero hipotecario que la resolución combatida atribuye a la entidad demandada y recurrida sólo la arguye a mayor abundamiento y para reafirmar la conclusión que obtiene en la esfera del Derecho civil, a lo que cabe añadir que, conforme al propio precepto legal que se cita como infringido, la buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro, presunción cuya virtualidad en este caso reconoce la Sala de instancia, sin que tal apreciación haya sido impugnada adecuadamente en el recurso.

Considerando: Que en el motivo 3.º se acusa la infracción del artículo 413 del Código civil, y en el 4.º y último la del 1.298 del mismo cuerpo legal, los cuales deben ser igualmente rechazados, no sólo por plantear cuestiones nuevas, a los que el artículo 1.729, número 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, veda su acceso a este recurso extraordinario, sino también por partirse en ello del supuesto, que establece por su cuenta la recurrente, que existe fraude, tanto en el convenio en virtud del cual se adjudicó a uno de los coherederos, doña D., la finca que ésta vendió a la entidad demandada, como en dicha venta, y que hay mala fe en el adquirente, siendo así que la sentencia combatida proclama la buena fe de la referida entidad, y que la apreciación del fraude en los contratos es un elemento de hecho que, por tanto, sólo puede

introducirse en el recurso por la vía del número 7.º del mencionado artículo 1.692.

Considerando: Que desestimando el recurso, procede condenar a la parte recurrente al pago de todas las costas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley procesal civil.

ACCION REIVINDICATORIA. DOBLE INMATRICULACION: Habria de resolverse conforme a normas de Derecho civil. Defectuosa constitución de la relación juridico-procesal (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1969)

Se ejercitó acción reivindicatoria sobre «una pieza de tierra» de unas tres vesanas aproximadamente ó 65 centiáreas. Inscrita a favor de la demandante inscripción 2ª. La adquirió por compra a don J. V. E., que había inscrito, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, inscripción que había quedado como «firme y definitiva frente a terceros» por el transcurso del plazo reglamentario sin haberse formulado reclamación.

Se planteó el problema de la identificación de la finca. Se negó a la actora el carácter de tercero hipotecario y se alegó por uno de los demandados que, en todo caso, habría que dirimir la cuestión por normas de Derecho civil, ya que dicho demandado sostenía tener inscrita también a su favor la finca en litigio, formando parte de otra mayor

El referido demandado formuló reconvencción para que se declarase que la citada finca en litigio era de su propiedad, por estar enclavada y comprendida dentro de otra suya

La sentencia, confirmada en apelación, desestimó la demanda y estimó la reconvencción. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación, confirmó la desestimación de la demanda y desestimó también la reconvencción.

Considerando: Que la parte actora ejercita en estos autos una acción reivindicatoria del dominio de una finca, amparándose en el artículo 348 del Código civil, así como las consecuencias derivadas de ésta, oponiendo el demandado parte de la petición absolutoria, por vía convencional, otra acción con el mismo amparo sustantivo sobre declaración de dominio de una finca mayor y la conjunta nulidad de los títulos en que se apoyó el demandante, y así planteado el litigio, la sentencia dictada se ataca en el recurso sin remover los fundamentos fácticos en que se basó la desestimación de la demanda inicial, lo que sólo pudo, en su caso, hacerse a través del preciso cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tal hecho radica en declarar que la parte actora no ha identificado de manera material la finca objeto de la acción, valorando para llegar a esta afirmación, tanto los documentos como la prueba pericial y el reconocimiento judicial, examinado con especial atención la imposibilidad de identificar dos de los linderos sobre el terreno, y al faltar así para el éxito de la acción uno de los requisitos esenciales que, con los del justo título y posesión de la finca por el demandado, exige la doctrina de esta Sala, ello ha de hacer decaer el recurso, en cuanto al éxito de la demanda, materia a la que se refiere el primero de sus motivos, conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites; denuncia la violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al atribuirse la actora la condición de tercero

protegido por dicho precepto legal, puesto que era inexcusable, como queda sentado la identificación de la finca, de manera efectiva, y, por otra parte, al declarar la sentencia como hecho que la finca se encuentra en su caso dentro de una mayor extensión poseída por el demandado, igualmente inscrita a su favor, materia de la acción reconvenzional, nos hallaríamos en el caso de doble inmatriculación, y conforme al artículo 313 del Reglamento Hipotecario, tal controversia habría de resolverse, basándose en normas de derecho civil y no por las hipotecas, cual en este motivo se pretende, lo cual hace decaer la denunciada violación del referido artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina que sobre el mismo se invoca, procediendo, por tanto, la desestimación de dicho motivo.

Considerando: Que el segundo de los motivos del recurso, también seguido por la vía procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, está basado en la violación del artículo 1.303, en relación con el 1.308, ambos del Código civil, y está dirigido contra los efectos de la estimación de la acción reconvenzional, al declarar la nulidad de los títulos de transmisión de la finca objeto de la acción inicial; mas tales preceptos legales, no citados en la sentencia, se refieren a una fase ejecutoria posterior a la resolución, y cabe destacar que la reconvencción comprende varios pedimentos íntimamente ligados entre sí, sin posible separación de los que afectan a la declaración de nulidad, tanto del título por el que don E. M. transmitió la finca a don J. V., cuanto del de éste a la hoy demandante, sin que aquellas personas otorgantes de dichos títulos, los cuales necesariamente habrían de resultar afectados por tales declaraciones de nulidad, hayan sido parte en el proceso, si se da lugar a los pedimentos referidos con las necesarias consecuencias, dándose así, de modo patente, un defecto en la constitución de la relación jurídico procesal, por la falta del requisito de litis consorcio pasivo necesario que, conforme a la doctrina de esta Sala, ha de ser estimado de oficio, dando ello lugar a absolver en la instancia a la parte reconvenida, casando parcialmente la sentencia recurrida, sólo en cuanto a la acción reconvenzional se refiere.

Considerando: Que respecto al último motivo del recurso, seguido por el mismo cauce que los anteriores, ya inoperantes, dados los anteriores razonamientos, debe añadirse que la denunciada violación del artículo 1.251 del Código civil no podría existir, al no haberse dictado una anterior sentencia en qué fundar el valor de la presunción de la cosa juzgada a que se refiere, en suma, se dirige como el anterior a las posibles consecuencias determinantes de dudas y vacilación al pretender ejecutar la declaración de nulidad de los títulos antes citados.

Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, interpuesto a nombre de doña M. P. V. P., contra la sentencia que, con fecha 8 de mayo de 1968, dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, debemos desestimar y desestimamos el recurso, en cuanto a la acción reivindicatoria ejercitada por la referida demandante, y debemos casar y anulamos dicha sentencia en cuanto a la acción reconvenzional que contra ella se ejercita, absolviendo en la instancia a la parte reconvenida; no hacemos especial imposición de costas causadas en el presente recurso y librese al Presidente de la Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos originales que remitió.

NATURALEZA PRIVADA DE LAS AGUAS SEPARADAS DE SU CAUCE NORMAL EN VIRTUD DE CONCESION ADMINISTRATIVA. *Derecho especial similar de dominio. La pesca y demás elementos que en ellos se críen pertenecen al concesionario. Competencia de la jurisdicción civil* (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1969).

La «Compañía de Riegos de Levante, S. A.», demandó al Estado, sentando, en síntesis, lo siguiente:

Que era concesionaria de determinados caudales de aguas para riegos, a derivar del Segura y Azarbes. Para la efectividad del riego concedido, la Compañía adquirió por compra a sus anteriores propietarios los terrenos necesarios, construyendo en los mismos a su cargo una red de canales principales y secundarios, un sistema de elevaciones y unos embalses o depósitos reguladores. Que dichos terrenos eran de su exclusiva propiedad. Que en tales embalses, por medios naturales, se han desarrollado determinadas especies volátiles y acuáticas, cuya caza y pesca, en los períodos y formas autorizadas por las Leyes y sin perjuicio del uso principal de las aguas, ha considerado la Compañía ser de su propiedad, por lo que es libre de disponer de la caza y pesca existentes en las aguas que discurren por sus instalaciones o embalses. Que no obstante ello, en 6 de agosto de 1963, la VI Jefatura Regional de Caza y Pesca publicó en el *Boletín Oficial* de la provincia un anuncio incoando un expediente para la determinación del carácter público o privado de las aguas y la riqueza piscícola y cinegética existente en las instalaciones dichas. Que su mandante compareció a pedir la nulidad de todas las actuaciones cuya petición fue desestimada por la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial; contra dicha resolución se interpuso recurso de alzada ante el Excelentísimo señor Ministro de Agricultura, el cual, en 3 de abril de 1966, desestimó totalmente dicha reclamación, y como quiera que la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, como trámite previo a la interposición de la demanda, en 31 de octubre de 1966, se presentó ante la Jefatura de la VI Región de Pesca Fluvial y Caza, reclamación previa a la acción civil, la cual ha sido desestimada recientemente por el Ministerio de Agricultura, en resolución de fecha 10 de enero último. Después de alegar los fundamentos de derecho que estimó del caso, terminó suplicando se dictara sentencia en su día, en la que se declare que todas las instalaciones, canales y embalses utilizados para la conducción y almacenamiento de las aguas, que en su día fueron objeto de concesión, son de propiedad de la «Compañía de Riegos de Levante, S. A.», y, consecuentemente, las aguas derivadas por las mismas del río Segura y Azarbes, respectivamente, tienen el carácter de privadas, así como la caza y pesca existente en las mismas, siendo, por tanto, un derecho exclusivo y excluyente de mi mandante el aprovechamiento de tales productos existentes en las referidas instalaciones.

Admitida a trámite la demanda y emplazado el señor Abogado del Estado, por el mismo se compareció en los autos y contestó la demanda, alegando: Que no ha dudado el Estado que los terrenos fueran de la propiedad de la demandante, ya que los acuerdos dictados por el Ministerio de Agricultura se limitaron a definir que la riqueza piscícola y cinegética existentes en las aguas públicas, dadas a aquélla en concesión para riego, siguen la condición de éstos, y para ello era necesario determinar la na-

turaliza pública o privada de las aguas separadas de su cauce normal, en virtud de una concesión administrativa. Que todas las obras efectuadas por la demandante han sido ejecutadas en cumplimiento de cuanto se especifica en la Orden Ministerial de 31 de diciembre de 1945, en la que se establece que, transcurrido el plazo de noventa y nueve años, contados a partir del 4 de abril de 1923, pasarán todas aquéllas, libres de cargas y con todos sus derechos, a la Compañía de regantes que se forme, con arreglo a lo que dispone el artículo 188 de la Ley de Aguas. Que era cierto la existencia de especies volátiles y acuáticas, y que la demandante pretende hacer suyas a efectos de caza y pesca, amparándose en un inexistente derecho privado y excluyente de propiedad deducido de dicha concesión, y después de alegar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando se dictara sentencia en su día, en la que se declare incompetente ese Juzgado para conocer de la demanda interpuesta por la citada mercantil por ser asunto de la competencia de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, en su defecto, desestime la demanda en todas sus partes y absuelva libremente al Estado, todo ello con imposición de costas a la demandante.

El señor Juez de Primera Instancia, número 2 de Alicante, dictó sentencia, que fue confirmada por la Audiencia, por la que, estimando totalmente la demanda interpuesta por la «Compañía de Riegos de Levante, S. A.», contra el Estado, representado y defendido por el señor Abogado del Estado y desestimando totalmente las dos excepciones alegadas por la parte demandada, declaró: Primero: Que el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Alicante, al que ha correspondido la demanda inicial de este juicio, por turno de reparto, es competente para conocer y resolver, sobre la misma, procediendo, por tanto, no dar lugar a la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción número 1.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil formulada por la parte demandada. Segundo: Que no existe litis pendencia desestimando la excepción alegada por el Estado, al amparo de lo establecido en el número 5.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tercero: Que todas las instalaciones, canales y embalses utilizados para la conducción y almacenamiento de las aguas objeto de la concesión, son de la propiedad de la «Compañía de Riegos de Levante, S. A.», teniendo su derecho exclusivo y excluyente sobre las mismas. Cuarto: Que las aguas separadas del río Segura, objeto de la concesión, son de dominio privado de la actora, desde que discurren por cauces, canales, etc., propiedad de la misma, sin perjuicio de que, al término de la concesión, pasen a ser, al igual que las instalaciones, propiedad de la Comunidad de Regantes, teniendo sobre las mismas un derecho exclusivo y excluyente. Quinto: Que la pesca existente en dichos canales e instalaciones es patrimonio del dueño de las aguas. Sexto: Que la caza de las aves acuáticas, en terrenos cercados, cerrados, acotados o amojonados propiedad de la parte actora es exclusivamente de la misma. Séptimo: No hacer especial condena respecto al pago de las costas de este procedimiento e instancia, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad sin perjuicio del cumplimiento respecto a los beneficios legales a favor del Estado.

El Abogado del Estado recurrió en casación, por infracción de Ley. Consignamos los motivos de casación que formuló. Los estimamos de interés:

Primero.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuicio Civil, por infracción, en concepto de violación, de los artículos 407, párrafo 1.º, del 408 del Código civil y 4.º de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. Y también por infracción, en concepto de interpretación errónea del artículo 98 de la Ley de Aguas y párrafo 2.º del 408 del Código civil. El cuarto pronunciamiento de la sentencia recurrida viene a decir: «que las aguas separadas del río Segura, objeto de la concesión, son de dominio privado de la actora, desde que discurre por cauces, canales, etc., propiedad de la misma». Sería muy interesante que la Sala se pronunciara sobre tan interesante tema, definiendo de una vez si las aguas de dominio público, que son conducidas en virtud de concesión administrativa, por cauces artificiales de propiedad privada, cambian, por tal circunstancia, de condición, y pasan a ser aguas de dominio privado. Las aguas de dominio privado se convierten en aguas de dominio público, porque tal mutación se halla establecida claramente en el artículo 5.º de la Ley de Aguas: Para la transformación del concepto de públicas en privadas, admitida por algunas declaraciones jurisprudenciales, en contradicción con otras, no sólo no existe en precepto parejo, sino que son abundante los que cierran el paso a tan atrevida transformación. Dice el artículo 4.º de la Ley de Aguas y 407 del Código civil, que los ríos son de dominio público. El artículo 408 del Código civil relaciona en cinco apartados las distintas clases de agua de dominio privado. En ninguno de ellos se mencionan las aguas públicas que, en virtud de concesión, se han convertido de aguas privadas, o, en otros términos, las aguas públicas, apartadas de su cauce natural y conducidas por canal o acueducto de propiedad privada. Son *numerus clausus*, esto es, no susceptible de ampliación. La recta interpretación, aislada y conjunta de los artículos 407 y 408, nos lleva a esa conclusión. Las aguas públicas, según el artículo 409, podrán ser objeto de aprovechamiento ganado por concesión administrativa o por prescripción de veinte años. Incluso contrariando lo que con reiteración se nos dice en el admirable Preámbulo de la Ley de Aguas, que las aguas públicas pueden ser objeto de dominio, si seguimos el tecnicismo del artículo 254 de la Ley de Aguas. Pero ello no autoriza a establecer la tremenda afirmación de que las aguas de un río, tan pronto entran en acueducto o cauce privado, por razón de concesión, se convierten de naturaleza pública en privadas. Surge la duda de los vacilantes términos en que está redactado el artículo 98 de la Ley de Aguas, arrastrando, sin enmienda, al párrafo 2.º del 408 del Código civil. Al decirnos que en toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y unas márgenes, serán considerados como parte integrante de la heredad o edificios a que vayan destinadas las aguas, establece el Código un curioso caso de derecho de accesión—*accessorium sequitur suam principale*—no comprendidos en el capítulo 2.º, título 2.º, libro 2.º del Código civil, en el cual, excepcionalmente, unos inmuebles—el agua de un cauce merece esta consideración—se anexionan a otros separados y distintos, sin llegar a la unión física, sino a incorporación jurídica decretada por el precepto legal. Si empleamos el concepto del artículo 409 del Código civil, el propietario de las tierras, comprador del agua, consumidor de ella, ha aprovechado aguas públicas. Si aceptamos por el tecnicismo del artículo 254 de la Ley de Aguas, ha realizado un acto de dominio de aguas públicas. Frente a tan incontestables conclusiones,

robustecidas por los claros conceptos de la Exposición de Motivos, verdadera interpretación auténtica de la Ley, resultaría muy pobre el argumento de que, si lo accesorio sigue a lo principal, el hecho de que el agua sea parte integrante de la heredad que va a fertilizar por su riego, debe ser considerada como de propiedad privada. Que forma parte integrante quiere decir que hay accesión; pero, admitido por la Ley de Aguas (art. 254) el dominio de las aguas públicas, resulta admisible que a una cosa de propiedad privada se le agregue, por accesión, un derecho de aprovechamiento de aguas públicas, derecho que la doctrina moderna, como veremos más adelante, califica de Derecho administrativo y no civil. La finalidad perseguida por el legislador, con el párrafo 2.º del artículo 408, nos la aplica su segundo inciso. Ha pretendido, simplemente, que los dueños de los predios, por los cuales pasa el acueducto, no pueden alegar dominio sobre él ni derecho al aprovechamiento de su cauce. La sentencia recurrida, en el pronunciamiento mencionado, vulnera los artículos 407, párrafo 1.º del 408 del Código civil y el artículo 4.º de la Ley de Aguas, e interpreta erróneamente el artículo 98 de la Ley de Aguas, reiterado en el párrafo 2.º del 408 del Código civil. Casi todas las sentencias que, de contrario se citan, no emplean el concepto de «aguas de dominio privado», sino que se limitan a reiterar el más confuso concepto de «parte integrante de la heredad» (sentencia de 5 de mayo de 1943). Aquellas sentencias también están en contradicción con la sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo de 22 de noviembre de 1908, Real Decreto de 12 de mayo de 1808; 9 de junio de 1896, 10 de octubre de 1918, 9 de julio de 1906 y sentencias de lo Contencioso-Administrativo de 19 de enero de 1919. También resulta infringido y violado el artículo 130 de la Ley de Aguas: «en los canales, acequias o acueductos para la conducción de aguas públicas, aunque contruidos por concesionarios de éstas, y a menos de habérsele reservado el aprovechamiento de la pesca por las condiciones de la concesión, pueden todos pescar con anzuelos, redes o nasas, sujetándose a los Reglamentos especiales de pesca...». Contempla el precepto de las aguas cuando ya se encuentran corriendo por canal artificial o acueducto, y no dice «aguas privadas que fueron públicas», sino que claramente dice aguas públicas. El artículo 254, al regular la competencia de los Tribunales, habla del dominio de las aguas públicas. Contempla, en orden al tiempo, el momento en que, previa concesión y previa la entrada del agua en sus instalaciones, ya se ha operado la adquisición del dominio. No contempla ni, admitimos la tesis contraria, el momento en que las aguas eran públicas, por no haber nacido el dominio que las convierte en privadas. Se refiere, repetimos, a un momento posterior, las denomina aguas públicas. La Exposición de la Ley dedica claros conceptos a distinguir el dominio del aprovechamiento, para tener con ésta en la doctrina consagrada. La concesión para un aprovechamiento determinado, no hacer perder a las aguas su calidad de públicas. A mayor abundamiento, el artículo 128 de la Ley de Aguas dice: «Del mismo modo, en los canales, acequias o acueductos de aguas públicas al descubierto, aunque de propiedad temporal de los concesionarios, todos podrán lavar ropas, etc.». Obsérvese que el epígrafe de la Sección 2.ª, en que está comprendido el artículo 130, está rotulado así: «Del aprovechamiento de las aguas públicas para la pesca». Entre estas aguas públicas figuran en el artículo 129 las que discurren por cauces públicos, y en el artículo 130 las que discurren por canales, acequias o acueductos. Mas tanto en el epígrafe como en el texto del artículo 130, las denomina aguas

públicas, y en tal concepto establece sobre ellas un aprovechamiento común. A seguido, el artículo 133 se refiere a las aguas de dominio privado, pero sobre ellas no establece ningún aprovechamiento, concepto exclusivo de las aguas públicas.

Segundo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, por infracción, en concepto de violación, de los artículos 37 de la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1943 y del artículo 130 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. En el caso de que la Sala decida estimar el primer motivo y considerar que son públicas las aguas conducidas por los canales, acequias o acueductos pertenecientes a un aprovechamiento nacido de concesión, la sentencia, al decidir en el pronunciamiento 5.º que la pesca existente en dichos canales e instalaciones es patrimonio del dueño de las aguas, habrá vulnerado el artículo 37 de la Ley primeramente citada (artículo 37: aguas públicas). «La pesca y demás seres que habitan temporal o permanentemente en masas de agua de dominio público carecen de dueño; son bienes apropiables por su naturaleza, y como tales se adquieren por la ocupación, siempre que ésta se ajuste a los preceptos de la presente Ley». Al ser de dominio público las aguas que discurren por los canales e instalaciones de «Riegos de Levante, S. A.», pertenecen al uso común, incompatible con el pronunciamiento de la sentencia. En la hipótesis de que el motivo 1.º sea desestimado y la Sala llegue a discernir que nos hallamos ante un caudal de aguas privadas, la sentencia ha violado el artículo 130 de la Ley de Aguas, al hacer imposible el aprovechamiento común de las aguas públicas a las que son conducidas por cauces artificiales, abundando en el mismo concepto del artículo 127, situados ambos bajo la rúbrica común del título 5.º: «De los aprovechamientos comunes de las aguas públicas». Es incuestionable que la interpretación de los artículos 127 y 130, situados ambos en un título que sólo comprende aguas públicas, conduce de manera ineludible a aceptar que, para la Ley de Aguas, son públicas las que son objeto de litigio. Pero es que, de aceptarse la posición contraria, lo que no cabe es suprimir de golpe los «aprovechamientos comunes», al socaire de proteger el aprovechamiento especial invocado por la entidad demandante. Ello sería dar al traste con el sistema de la Ley de Aguas, basado en la coexistencia de los «aprovechamientos comunes», de carácter preferente, y los «aprovechamientos especiales», supeditados a aquéllos, como se deduce de la insistencia del legislador para subrayar la prioridad: «... aunque pertenezcan a concesionarios particulares», dice el artículo 127, «... aunque construidos por concesionarios de éstas», dice el artículo 130. Aunque el primer motivo fuera desestimado, la sentencia ha violado el 130 de la Ley de Aguas, habiendo concedido un derecho exclusivo que anula un «aprovechamiento común», establecido por la Ley.

Tercero.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la infracción, en concepto de violación, del artículo 153 de la Ley de Aguas citada. «Artículo 153, Las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse a otro diverso fin, sin la formación de expediente, como si se tratara de una nueva concesión». La Ley de Aguas, en sus artículos 176 y siguientes, regula e implanta, en concepto de aprovechamiento especial, el de aguas públicas para riegos. Y en el artículo 130, antes comentado, instituye, como aprovechamiento común, el de pesca. A menos de habérseles reservado—a los concesionarios—el aprovechamiento de las pescas

por las condiciones de la concesión. La entidad demandante no alega que se le haya reservado el aprovechamiento de la pesca por las condiciones de la concesión. Del documento número 1 de la demanda se infiere la inexistencia de tal reserva. Ello no obstante, el Juzgado, primero, y la Sala, después, en el pronunciamiento 5.º, han venido a adicionar con esa reserva la Orden Ministerial de 31 de diciembre de 1945, que es el título de la concesión. O, en otros términos, se han situado en el lugar de la Administración pública, otorgando, en favor de la Compañía demandante, una nueva concesión administrativa del derecho de pesca. La violación del artículo 153 es palmaria.

Cuarto.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, en concepto de violación, del párrafo 2.º del artículo 408 del Código civil, Dispone este precepto que el agua que discurre por un acueducto se considera como parte integrante de la heredad a que vaya destinada. Y aún añade la falta de derechos sobre el agua, en cuanto a los dueños de los predios atravesados por el acueducto. Pues bien, el pronunciamiento 5.º de la sentencia dice que la pesca pertenece al dueño de las aguas, después de haberse dicho que ésta pertenece a la «Compañía de Riegos de Levante. S. A.», dueña, a su vez, de las instalaciones y canales. Está probado en autos, y así lo establece la sentencia en repetidos pasajes, que las fincas a las que van a parar las aguas de la concesión, o sea, las tierras irrigadas, no pertenecen a la expresada Compañía, sino a una pluralidad de propietarios, que integrarán en su día, si es que no existe ya, la Comunidad de Regantes aludida en el pronunciamiento 4.º y en el Considerando 9.º de la sentencia. La sentencia recurrida invoca, en el Considerando 7.º, el párrafo 2.º del artículo 408 del Código civil, que es el precepto en que se apoya aquella equivocada teoría de que las aguas públicas se convierten en privadas, tan pronto entran en cauce artificial. Es curioso que al conceder la pesca la Compañía demandante, la sentencia viene a hacer todo lo contrario de lo que el precepto ordena, ya que, en vez de considerar el agua como parte integrante de las heredades fertilizadas con el riego, reconoce la propiedad del agua en favor de la Compañía propietaria de los terrenos en que se halla el acueducto, incurriendo con ello en violación del precepto.

El recurso no triunfó. Fue rechazado en mérito de los siguientes Considerandos:

Considerando. Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación por la sentencia recurrida de los artículos 407, número 1.º, y 408 del Código civil y del 4.º de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, así como la interpretación errónea del artículo 98 de la Ley últimamente citada y del párrafo 2.º del Código, por entender el recurrente que las aguas públicas que discurren por el río no pierden tal carácter por pasar a un cauce privado, en virtud de una concesión administrativa, como sucede en el caso que se contempla, ya que lo que la concesión administrativa otorga es simplemente un derecho de aprovechamiento de las aguas, conforme a la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita; y habida cuenta que del estudio de los preceptos invocados, y muy especialmente del último párrafo del artículo 408 del Código, se desprende que, si bien es cierto que la propiedad de las aguas tiene un carácter especial, y como tal la trata nuestro Ordenamiento jurídico

fundamental, al no estar investida, de todas las facultades que al dominio de las demás cosas atribuye, no es menos cierto que la concesión administrativa otorga el disfrute exclusivo y excluyente del aprovechamiento de las aguas públicas al concesionario, tan pronto son separadas de su cauce natural, entrando en canales o cauces artificiales, dándoles la denominación de aguas privadas, lo que constituye un derecho especial similar al dominio, y como tal lo califica el Código y hasta la Jurisprudencia de esta Sala contenida en sus sentencias de 22 de noviembre de 1958, 24 de junio de 1968, y muy especialmente en la de 6 de abril de 1948, dictada en caso análogo al presente; y en su consecuencia, y aun limitado el dominio por los términos en que esté otorgada la concesión y las derivadas de la propia naturaleza del agua que vuelven a ser públicas en las sobrantes y en cuanto salen del cauce artificial y discurren otra vez por las naturales, por lo que la Jurisprudencia alude a la facultad de aprovechamiento exclusivo con todo rigor, en vez de denominarlo dominio, es indudable que tienen el concepto de aguas privadas, están sujetas a un aprovechamiento exclusivo y excluyente por el concesionario y constituyen un derecho especial de propiedad, similar al dominio, como lo califica el Código y no se ha cometido la infracción denunciada y perece el motivo.

Considerando: Que el segundo de los motivos, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la violación del artículo 37 de la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, si se declara que las aguas son públicas, que queda descartado en el anterior fundamento, o la del 30 de la Ley de Aguas, si se estimara que las debatidas son privadas, por entender que, en todo caso, los peces y demás elementos que en ellos se críen, son de dominio público y pueden ser pescados o extraídos por todo aquel que cumpla con los requisitos reglamentarios de la materia, motivo que no puede prosperar, en tanto en cuanto el artículo 38 de la citada Ley de Pesca determina que los peces son patrimonio del dueño de las aguas privadas, llegando el artículo 65 del Reglamento de tal Ley, de 6 de abril de 1943, a prohibir la pesca en tales aguas a quienes no sean dueños o arrendatarios de ellas o cuantas con su autorización escrita, visados por la Guardia Civil o guardería especial.

Considerando Que con la misma sustentación formal se articula un tercer motivo, alegando la violación del artículo 153 de la Ley de Aguas, basado en que las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse a otro distinto sin la formación de expediente, por lo que la estudiada no puede extenderse a la pesca; y como quiera que la concesión administrativa no contiene expresa limitación en la materia, deben ser aplicados los preceptos generales antes estudiados y no puede prosperar el motivo

Considerando: Que, por último, y con el mismo apoyo procesal, se articula un cuarto motivo denunciando la violación en la sentencia impugnada del párrafo 2.º del artículo 408 del Código civil, basado en que el agua no va destinada al demandante-recurrente, sino que el dirigirse a los predios con la que se riegan deben estimarse como parte integrante de éstos, conforme al precepto invocado, y, por ende, no de la propiedad del concesionario, motivo que decae con sólo tener en cuenta que constituye una cuestión nueva no debatida en el proceso, y que al poder originar indefensión de los colitigantes no es aducible en casación, conforme viene declarando reiteradamente la doctrina de esta Sala; pero aun cuando así no fuera, siempre resultaría que la

concesión se otorgó al recurrido, que, a su vez, cede las aguas a los regantes, y hasta que la cesión se produce conserva todos los derechos que aquélla le confiere.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

NULIDAD DE ADJUDICACION DE FINCAS. *«Los llamamientos forestales de la Compilación de Vizcaya no tienen razón de ser en las ventas judiciales, ya que su finalidad está ampliamente conseguida con la observancia de los preceptos contenidos en las Leyes procesales, que son de inexcusable aplicación en todo el territorio nacional»* (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1969).

Antecedentes.—En la demanda, origen del pleito, se ejercitaba acción de nulidad, respecto a la enajenación efectuada en procedimiento judicial seguido para la efectividad de un crédito hipotecario, contra los padres de la actora, de las fincas que se especifican y que, en subasta pública, fueron rematadas por algunos de los demandados en el pleito actual y parte de cuyas fincas fueron con posterioridad vendidas a otras personas, traídas asimismo al litigio en concepto de demandados. El fundamento del derecho que se ejercitaba radica en el hecho de que antes de la enajenación por vía judicial no fueron hechos los llamamientos forales con arreglo a la Compilación vigente y que la parte actora estima necesarios; negada esta necesidad por los demandados comparecidos, y seguido el pleito en sus dos instancias, ha recaído sentencia concorde del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial, desestimando la demanda y fundándose principalmente en que el trámite que se señala como omitido no es de necesidad. Contra el criterio sostenido en las sentencias de instancia se alzan los dos motivos de que el recurso consta, denunciándose en el primero la infracción por interpretación errónea del artículo 58 de la vigente Compilación, y en el segundo, la violación de los artículos 52, 56 y 57 de la misma, planteándose en el recurso la cuestión de resolver de sí en las ventas judiciales tienen o no cabida los llamamientos forales, cuestión que ni antes ni después de promulgarse la Compilación foral de Vizcaya ha sido traída a la decisión jurisprudencial; tema que el Tribunal Supremo resuelve, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto, y en virtud de la siguiente *doctrina*:

«El examen analítico del título VIII de la Compilación, puesto en relación con los motivos integrantes del recurso, lleva a las siguientes conclusiones. A) que no cabe aceptar la interpretación del artículo 58 que se pretende en el motivo primero. habida cuenta, a), que si el legislador hubiera querido que en las ventas judiciales se observaran los llamamientos forales, con carácter previo a los trámites procesales de publicidad establecidos por la Ley rituarial, lo hubiera declarado así, regulando la intervención notarial con carácter previo, complementario o sustitutorio, pues de lo contrario, habría una dualidad de trámites que se revela como innecesaria, complicada, confusa, costosa e inútil, frustrando el propósito, anunciado en la Exposición de Motivos de la Compilación, de prescindir de lo arcalco e introducir los desarrollos técnicos necesarios en la configuración

interna de algunas instituciones, como ésta de los llamamientos forales a que, expresamente, hace referencia; B) que, por el contrario, al regular con evidente separación la materia de la enajenación de los bienes troncales, distinguiendo la «voluntaria» y la «forzosa» por vía judicial, y no hablando de tales llamamientos más que al referirse a la primera, es obvio que lo hizo por estimar que, en las ventas judiciales y según ya se vino entendiendo en el sector doctrinal y realizando en la práctica, es porque, en los procedimientos ejecutivos seguidos ante la Autoridad judicial, la finalidad de aquellos llamamientos está cumplida, notoria y ventajosamente, por los medios de publicidad establecidos en el Ordenamiento procesal y que son de observancia rigurosa en todo el territorio nacional, bien se halle sometido al Derecho común o al foral; C) que, por ello, la alegación hecha en el acto de la vista del recurso, fundándose en lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1.495, en relación con el párrafo 1 del 1.488 de la Ley procesal, de la necesidad de fijar los edictos «en los sitios públicos de costumbre», entendiendo, por tales, en el Derecho vizcaíno, los tradicionalmente fijados para los llamamientos forales, no pasa a ser, a lo sumo, una práctica recomendable, pero cuya omisión no puede producir la nulidad de la venta, por falta de publicidad, si se cumplió con lo dispuesto en la Ley procesal, y menos aún en el caso de autos, en que, como hizo observar la parte recurrida, no podía pasar inadvertida la enajenación a la actora, por ser hija de las personas contras las que iba dirigido el procedimiento de apremio, y, en todo caso, para la eficacia del argumento esgrimido en casación, sería necesaria la prueba de la costumbre que, respecto a esas enajenaciones forzosas, ni siquiera se ha intentado acreditar; D) que, por todo ello, no existe la infracción, por interpretación errónea, del artículo 58 de la Compilación, lo que impone la desestimación del motivo primero, que, a su vez, comporta la del segundo, pues si los llamamientos forales sólo se imponen a las ventas voluntarias, no ha existido, en el caso de autos, la violación de los artículos 52, 56 y 57 que en él se denuncian, por lo que, en definitiva, el recurso no puede prosperar»

DECLARACION DE PROPIEDAD. *«Nada se opone a que una vez adjudicada y cedida una herencia se venda la totalidad de su contenido sin individualizarse los bienes, aun cuando tal práctica no sea razonable, porque la herencia, comprende no sólo derechos, sino a la vez puede contener obligaciones. Las sentencias absolutorias en materia penal no vinculan a la jurisdicción civil salvo en la declaración de que no ha existido el hecho perseguido»* (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1969).

Antecedentes.—En la demanda se alegaba: Que a consecuencia de operaciones particionales protocolizadas tuvo lugar la adjudicación a doña H. V. O. en la herencia de sus padres, determinada finca urbana, y que dicha señora, en su calidad de dueña, la cedió en arrendamiento a los demandados en el año 1944; que en 1948 don M. L. R. adquiere de doña H. V. O., mediante el pago de determinada cantidad, todos cuantos derechos, bienes y acciones resulten corresponderle en las referidas herencias protocolizadas, y finalmente, que los herederos de don M. L. R. venden la referida finca urbana al hoy demandante, que en consecuencia suplica se dicte sentencia declarando que ésta le pertenece en pleno dominio. A tales pedimentos se oponen los demandados alegando que en la fecha de la escritura de cesión de derechos hereditarios ya habían sido partidos los bienes quedados al fallecimiento de los padres

de doña H. V. O., a la que le fueron adjudicados bienes concretos, por lo que la cesión no tenía razón de ser, pero es que además, con fecha anterior a dicha cesión, doña H. V. O. había vendido la casa objeto del litigio a los demandados, realizándose la venta por documento privado y con pacto de recobración por tres años y medio; que por haberse perdido este documento redactaron uno nuevo ratificando la venta anterior, sobre el que recayó sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial en 1956 en causa seguida por el supuesto delito de falsificación de firmas, de donde resulta que el demandante o las personas de quienes trae causa, nunca tuvieron el dominio de los bienes litigiosos y si a lo sumo, en el caso de ser cierta la cesión de derechos, el derecho de retracto de la finca, que por no haberse ejercitado en plazo hace que la propiedad pertenezca exclusivamente a los demandados.

La sentencia de Primera Instancia, estimando la demanda, declara que la finca pertenece en pleno dominio al demandante, y que carece de todo valor y eficacia jurídica el documento que se dice otorgado entre doña S. V. O. y los demandados, los cuales están ligados al actor por el contrato de arrendamiento, con todas las consecuencias legales dimanantes del mismo. Apelada esta sentencia, la Audiencia Territorial confirma la del Juzgado. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por los motivos de haberse producido error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos auténticos; interpretación errónea del artículo 1.907 en relación con el 1.531, ambos del Código civil; ser el fallo contrario a la cosa juzgada; el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo en virtud de la siguiente *doctrina*:

«Que la sentencia recurrida examina, estudia y valora todos los documentos aportados haciendo una exégesis completa de su contenido y fuerza probatoria para llegar a los fundamentos de la sentencia de primera instancia, aceptados íntegramente en la apelación, a una consecuencia opuesta a la del recurrente, lo que ya sería suficiente para desestimar el motivo conforme a la constante jurisprudencia de esta Sala; pero aun cuando así no fuera, siempre resultaría en primer lugar que nada se opone a que, una vez adjudicada y cedida una herencia, se venda la totalidad de su contenido sin individualizarse los bienes, aun cuando tal práctica no sea razonable, porque la herencia comprende no sólo derechos, sino a la vez puede contener obligaciones, y en segundo lugar, porque es constante y reiterada la doctrina de esta Sala declarando que las sentencias absolutorias en materia penal no vinculan a la jurisdicción civil, salvo en la declaración de que no ha existido el hecho perseguido. al presente la falsificación de firma en el documento privado de 9 de octubre de 1944, el estudiar aspectos distintos de un mismo problema y tener que atenerse la civil al resultado de las probanzas y de cuantos elementos suministren las partes para determinar la realidad civil y sus facetas en la resolución que dicte.»

La única cuestión que plantea esta sentencia es la de matizar la doctrina que en ella se contiene de «que nada se opone a que, una vez adjudicada y cedida una herencia, se venda la totalidad de su contenido sin individualizarse los bienes». La venta de una herencia aparece recogida por el artículo 1.531 del Código civil, en el sentido de que, estando abierta una sucesión, el heredero transmita la universalidad de los derechos que puedan corresponderles, quedando únicamente obligado a responder de su cualidad de tal. Es decir, que lo que se vende es el derecho hereditario que corresponde al heredero sobre la masa de bienes del causante. Ahora bien, el efecto primordial de la par-

tición hereditaria es el de hacer desaparecer este derecho hereditario sobre la masa de la herencia y provocar su transformación en titularidades concretas sobre cada uno de los bienes que la componen. Por consiguiente, no debe hablarse de una escritura de cesión de derechos hereditarios una vez realizada la partición y adjudicados los bienes al heredero, sino simplemente, y esto es quizá lo que ha querido decir el Tribunal Supremo, de venta o cesión de un patrimonio que englobe la totalidad de los bienes concretos que fueron adquiridos por su titular por el concepto de herencia.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE *«Es permitido llegar al campo de la casación por el cauce formal del 1.692-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se alega la equivocación padecida al examinar las cuestiones de derecho privadas del contrato, dejando de atribuir a los hechos probados que se sientan, las consecuencias jurídicas que les son propias»* (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1969)

Antecedentes.—El actor dedujo demanda sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas basándola en su cualidad de propietario de una finca independiente vendió a la Corporación demandada, que construyó sobre ella un edificio de siete plantas que tomaban luces y vistas del predio de su propiedad, y por ello suplicaba se la condenase a tapar las ventanas con vistas rectas, así como toda clase de huecos que no se encontrasen a las distancias legales. La parte demandada no sólo contestó y se opuso a la demanda, sino que formuló reconvencción alegando que su conducta había sido aceptada por el actor como propietario del predio sirviente, pues éste consintió la colocación en la finca matriz de un pilar de fábrica que servía de apoyo al edificio construido a fin de facilitar la comunicación interior y directa entre una nave existente en su finca y la de la demandada; que también había prestado su consentimiento al proyecto redactado por arquitecto; que según documento privado suscrito entre ambos, aquél había de contribuir al pago de la nueva construcción por adquirir el pleno dominio de la planta baja de la nueva finca que se le adjudicaba como parte del pago del precio del solar vendido; y finalmente, que no era razonable, por ser ostensibles los huecos de la construcción, no hubiere al menos protestado de dicha servidumbre, lo que evidenciaba su conformidad y aceptación a la obra proyectada, y si dejase su reclamación para después de acabada la finca, ello prescindiendo de que el cierre de los huecos no suponía para el actor ningún resultado práctico, ya que no experimentaba perjuicio alguno en su propiedad dedicada a nave industrial, que no habría de ser modificada por prohibirlo las ordenanzas vigentes, desemboscando la clausura de los huecos en un manifiesto abuso de derecho. En consecuencia solicitaba se le absolviera de la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas ejercitada, y que estimándose la reconvencción se declarara que la casa construida por la reconviente era predio dominante, por lo que tenía derecho a tomar luces y vistas de la finca propiedad del reconvenido, descansando su título no sólo en los contratos celebrados, sino en el consentimiento prestado por el actor al proyecto de la nueva casa.

La sentencia del juzgado de instancia, estimando la demanda, declaró que la finca propiedad del actor se hallaba libre de servidumbre de luces y vistas, así como de todo gravamen en relación con la finca propiedad de la demandada, a la que se condena a tapar las ventanas con vistas rectas y toda clase

de huecos que no se encontrasen a la distancia legal. Interpuesta apelación por la demandada, la Audiencia Territorial estima los pedimentos reconvenionales declarando: que el título del derecho de servidumbre estaba determinado en la voluntad concorde de los litigantes y plasmada en el documento privado celebrado, y condena al demandante reconvenido a estar y pasar por la anterior declaración y a otorgar ante Notario escritura pública constatando la institución de dicha servidumbre.

Formalizado recurso de casación por infracción de ley al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, casando la sentencia de la Audiencia y confirma en sus propios términos la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, en base a la siguiente *doctrina*:

«Incontrovertido en autos el hecho básico de que la parte demandada y recurrida tras de comprar al demandante y recurrente una parcela de terreno segregada de otra perteneciente al mismo, ha levantado una edificación en cuya parte posterior ha abierto treinta huecos que están a una distancia de la colindante de un metro treinta y cinco centímetros y construido una terraza que se encuentra en el mismo punto de colindancia de la finca, sin guardar ninguna separación y no observándose la distancia de dos metros establecida como norma legal de relación de vecindad por el artículo 582 del Código civil, toda la cuestión debatida se limita a determinar si se ha constituido o no una servidumbre voluntaria de luces y vistas.»

«Que las servidumbres de cualquier clase que sean pueden adquirirse en nuestro Derecho en virtud de título —arts. 537 y 538 del C. c.—, entendiéndose por tal todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos*, o de última voluntad, cuya forma ha de estar en relación con la naturaleza del acto, por lo que si se trata de un contrato, será necesario el otorgamiento de escritura pública, aunque no en concepto de requisito que efectúe a su validez —art. 1.280 del C. c. en relación con los 1.278 y 1.279—.»

«Que el problema que entraña la interpretación de los contratos, dada la importancia que reviste el conocer la intención que las partes tuvieron al establecer el nexo que las une, con obligaciones vinculantes y exigibles, permite llegar al campo de la casación por el cauce formal del 1.692-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se alega la equivocación padecida al examinar las cuestiones de derecho derivadas del contrato, dejando de atribuir a los hechos probados que se sientan, las consecuencias jurídicas que les son propias, lo cual ha de hacerse con sujeción a las reglas establecidas en los artículos 1.281 al 1.289, materia que permite que la Sala resuelva con amplia libertad cualquiera que sea la opinión del Tribunal sentenciador.»

«Que la calificación jurídica llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, del material probatorio apreciado conjunta y aisladamente, viola de modo manifiesto los preceptos invocados como infringidos por el recurrente, lo que evidencia por un acto propio posterior del hoy recurrido, la inexistencia del vínculo de gravamen, que pretende se constituye judicialmente a título oneroso, con olvido del principio de contradicción que rige todo el mundo jurídico.»

El razonamiento que se hace en esta sentencia es perfectamente claro. La Corporación demandada carece de todo fundamento para exigir que se declare la existencia de una servidumbre de luces y vistas sobre la finca del actor, ya que existe derecho no se ha constituido expresamente ni puede acreditarse su adquisición por usucapión. Tampoco puede considerarse abusivo el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, ya que para ello sería preciso que la

limitación impuesta a la propiedad ajena no causare daño alguno a su propietario, sin que pueda fundarse el abuso de derecho en la prohibición de edificar impuesta por las ordenanzas vigentes.

E. F. C.

IV FAMILIA

SENTENCIA DE SEPARACION CONYUGAL POR CULPA DEL MARIDO, EN FASE DE EJECUCION.—*Inventario previo a la liquidación de la sociedad de gananciales. Rendición de cuentas respecto al período de administración por el marido. Reclamación de frutos de gananciales y de los de bienes parafernales.*—**COSA JUZGADA.** Cumplimiento de la resolución judicial y actos propios. Pariente c. Santos (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—La cuestión reconventional fue discutida y materialmente resuelta en el pleito anterior entre los mismos interesados. La excepción de cosa juzgada la admite acertadamente la Sala sentenciadora. El recurrente dio cumplimiento a lo resuelto, con lo que ahora no sólo va contra la cosa juzgada, sino contra sus propios actos.

Antecedentes: I) La actora formuló demanda canónica de separación, por adulterio y abandono de deberes conyugales, contra su esposo, antes de 1950. El Tribunal Eclesiástico dictó sentencia en 1955, accediendo a lo solicitado por la actora. II) A principios de 1950, el marido—«como consecuencia de la inesperada demanda canónica... y bajo los efectos de un estado de ánimo de irritabilidad» (*sic*)—vendió simuladamente ante Notario a su hermano parte de los bienes integrantes del patrimonio ganancial. Al tener conocimiento de ello, la esposa promovió contra ambos juicios declarativos de mayor cuantía, solicitando la declaración de nulidad absoluta, por inexistencia y simulación, de dichas escrituras; en dicho pleito, la Audiencia estableció que «procede asimismo, la restitución al patrimonio ganancial de dichas fincas, y de los frutos producidos o debidos producir desde la fecha de las escrituras hasta que el reintegro se efectúe, y cuya cuantía se determinará en período de ejecución de sentencia. III) La esposa solicitó del Juzgado correspondiente la ejecución de la sentencia referida, y contra la resolución del Juzgado acerca de la cuantía, interpuso el marido recursos de apelación y casación, fallando el Tribunal Supremo, con fecha 28 de junio de 1963, y condenando al demandado a la restitución de la Sociedad conyugal, por concepto de frutos o productos líquidos, de una cantidad un poco superior de los 2.000.000 de pesetas. Consignada dicha suma, el Juzgado ordenó la entrega a la actora de la mitad de la cantidad fijada, que fue recibida conforme la oportuna diligencia obrante en autos. IV) Solicitada por la actora la ejecución de la sentencia Canónica de separación conyugal, en cuanto a sus efectos civiles se refiere, el correspondiente Juzgado de Primera Instancia dictó auto, acordando la separación de los cónyuges y la de los bienes de la Sociedad conyugal, ordenando proceder a la formación del inventario de los bienes de la Sociedad de gananciales de los litigantes y demás trámites necesarios para liquidar dicha Sociedad. Dicho auto era acordado en el año 1958. V) La actora precisaba sutilmente que su marido había administrado la Sociedad de gananciales, en cada período de tiempo, en conceptos distintos: hasta 1958, como administrador legal; de 1958 a 1960 (en que

se le nombra al efecto administrador judicial), como administrador de hecho, continuando la administración legal que desempeñaba; de 1960 a 1962 (en que es removido), como administrador judicial. No se habían presentado las cuentas de la administración relativa al período de 1958-1960, y las del período 1960-1962 habían sido impugnadas por la mujer. VI) En ejecución de efectos civiles de la sentencia canónica de separación, el contador, dirimente nombrado, formuló el oportuno cuaderno particional, aprobado por la Audiencia en 1963, en dicho cuaderno se inventariaban bienes gananciales, y los parafernales, refiriéndose a posibles nuevos bienes y frutos, créditos o rentas, no incluidos, a los efectos de la partición complementaria oportuna. No se habían inventariado, por tanto, los frutos y rentas de los bienes gananciales. La esposa demandante los reclamaba, en cuanto al período 1958-1960. VII) El marido alegaba que su esposa había formulado escrito al Juzgado con idéntica pretensión, denegado por providencia de 1964. Y citaba que la sentencia de la Audiencia en 1963 ordenaba «la inclusión, en las operaciones particionales de la liquidación de la Sociedad de gananciales de ambos litigantes, de la cantidad que se justifique como frutos de los bienes parafernales, hasta la fecha de la disolución de la Sociedad conyugal, que es la de la firmeza de la sentencia canónica»

La demanda suplica se dicte sentencia, por la que se condene al demandado a rendir cuentas de los frutos o rentas producidos por los bienes gananciales desde 1958 a 1960, y a practicar la correspondiente liquidación a la actora, con entrega de la mitad de dichos productos o rentas.

El demandado formuló reconvencción, solicitando se condenase a su esposa a abonar al actor reconvenccional una cantidad de algo más de 1.000.000 (la cantidad era la correspondiente a la entrega que el marido hizo a su esposa, en ejecución de sentencia en el pleito sobre nulidad de las ventas al hermano: v. antecedente III) y sus intereses legales, y a que rinda cuentas de los frutos y rentas producidos por los bienes parafernales, y referida tal rendición de cuentas al período entre 1935 (fecha de las donaciones a la esposa) y 1955 (sentencia canónica), y a practicar la correspondiente liquidación al esposo, con entrega al mismo e íntegramente de dichos productos o rentas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda principal formulada por la esposa y la demanda reconvenccional del esposo.

Ambas partes apelaron contra dicha sentencia. La Audiencia dictó sentencia, confirmando en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

El marido demandado interpuso recurso de casación, por infracción de Ley y de doctrina legal, relativas al artículo 1.252 del Código civil sobre la cosa juzgada, por aplicación indebida de la misma.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, sentando la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González.

Considerando: Que el recurso interpuesto se fundamenta en un solo motivo, en el que se denuncia que la sentencia recurrida infringe, por aplicación indebida, el artículo 1.252 del Código civil, en relación con la doctrina legal contenida en las sentencias que, al efecto, se citan; la tesis sostenida en ese motivo único es que *la infracción denunciada la ha cometido la Sala sentenciadora, al declarar que la petición deducida por el actor en la reconvencción había de ser desestimada*, por tratarse de un punto resuelto por resolución recaída en un pleito anterior y que *había de constituir «cosa juzgada» para el presente*, siendo tal pleito uno de los anteriores habidos entre los mismos cónyuges, y que sentenció la Sala Tercera de esta Audiencia Territorial

en 6 de junio de 1952, que, recurrida en casación, motivó la dictada por este Supremo Tribunal en 28 de junio de 1963; siendo en esencia *las razones fundamentales* en que el recurso intenta apoyarse, *la de no existir las identidades exigidas por el artículo 1.052 del Código civil, y la de haberse planteado en la reconvencción deducida en el presente procedimiento una cuestión no tratada en el litigio anterior, cual era la falta de obligación de reintegrar*, por tratarse de frutos percibidos «constante matrimonio», cuya disposición corresponde al marido, sin necesidad de justificarse su inversión, siendo así que *en el pleito anterior sólo se trató de fijar la cuantía de tales frutos*, cuya restitución a la Sociedad conyugal ordenaba el fallo recaído en el pleito, *y de que, en consecuencia, podría haber cosa juzgada en lo «formal», pero no en lo «material»,* debiendo prosperar, por tanto, el recurso interpuesto.

Considerando: Que, para el análisis del mismo, *nada mejor que traer a colación la propia sentencia pronunciada por este Tribunal de 28 de junio de 1963, en el incidente promovido en trámite de ejecución de sentencia, destacando aquellas partes del mismo que guardan relación con el actual recurso*, y, así efectuado, se advierte: A) Que *en el Considerando 3.º se fija cuál fue objeto perseguido en el juicio* y que resolvió la sentencia llevada a casación, en incidente promovido al ejecutar la pronunciada por la Audiencia, declarando que eran simuladas y hechas con ánimo defraudatorio las enajenaciones que hizo el marido a un hermano suyo de una finca rústica y otra urbana, consignando expresamente que *una de las pretensiones deducidas en él era «la declaración de que procedía la restitución al patrimonio de la Sociedad legal de gananciales—o de su estimación en numerario, si ello no pudiera verificarse—de los bienes simuladamente enajenados, así como también la restitución al patrimonio de los frutos producidos o debidos producir, desde el día 3 de abril de 1950 hasta que el reintegro se efectúe, que ha de serlo en los trámites previstos en el Código civil y cuantía que se determinará en periodo de ejecución de sentencia»*. B) En el Considerando 4.º *se detalla la tesis mantenida por el marido recurrente*, quien alega «que no podía condenársele a la restitución *asimismo* de los frutos, ya que, según la sentencia, éstos no habían salido de su poder; que el marido, como administrador de la Sociedad de gananciales, tenía la absoluta y única disponibilidad sobre los frutos de tal Sociedad, sin tener que dar cuenta de ella a nadie; y que mientras subsiste el matrimonio, la esposa *no puede* reclamar los frutos específicos de una finca ganancial, porque hasta que se liquida el haber de la Sociedad, no se sabe si hay gananciales». C) En el Considerando 5.º *se estudian todas las alegaciones deducidas y se proclama su falta de consistencia, consignándose expresamente, como lo que proclama el marido, «de que, por ser el administrador de la Sociedad legal de gananciales, tiene la plena disponibilidad de los frutos de los bienes de ella, sin venir obligado a rendir cuentas, aun en las situaciones anormales del matrimonio, es dar un alcance a los artículos 1.408, número 1.º, 1.412 y 1.413 del Código civil, contrario al que tienen, ya que la generalidad del precepto contenido en el número 1.º del artículo 1.408 aludido, se entiende, según la doctrina científica, restringida a que las obligaciones contraídas por el marido, lo sean en interés de la familia, que es la presunción normal, que, sin embargo, admite prueba en contrario», y que «la afirmación de que, «mientras subsiste el matrimonio, la esposa no puede reclamar los frutos específicos de una finca ganancial, ya que no se sabe si hay gananciales», nada tiene que ver con el caso resuelto, o sea, con la anulación, por simulación, de unas ventas de bienes de la*

Sociedad conyugal que había realizado el esposo, con ánimo de sustraer a tal Sociedad, esos bienes y sus frutos, y se acordó el reintegro a dicha Sociedad, no sólo de los bienes, sino también de los frutos percibidos o debidos producir, hasta que la restitución se verifique cuya acción de impugnación puede ser utilizada por la esposa, desde que se realiza la enajenación tachada de fraudulenta, pues desde entonces puede decirse que existe para la mujer el derecho a demostrar el perjuicio que se le infiere, sin esperar a que se extinga la Sociedad legal, ya por disolución o cuando llegue el caso previsto en el artículo 1.433. D) En el 6.º Considerando se remacha la argumentación diciendo que aceptar la tesis del recurrente conduciría a proclamar la posibilidad de que el esposo sustrajere a la Sociedad legal de gananciales los frutos de los bienes que a ella pertenecían, pues le bastaría simular una venta de esos bienes para lograr que sus frutos dejaran de pertenecer a la aludida Sociedad y no pasaran tampoco a poder del pseudo-comprador, que no llegó a poseer jamás tales bienes, con lo que el referido esposo los haría suyos y no tendría obligación de aplicarlos al sostenimiento de las cargas de la Sociedad de gananciales, si posteriormente no se le obligaba a reintegrarlos a dicha Sociedad».

Considerando: Que todo lo transcrito evidencia que la cuestión reconvenicional planteada fue ya discutida y materialmente resuelta en el pleito anterior, y que la excepción de cosa juzgada la admitió acertadamente la Sala sentenciadora, no incurriendo en la infracción legal que en el recurso se acusa por un «concepto que, en todo caso, sería improcedente», ya que el artículo 1.252 del Código civil es de aplicación forzosa a cuantas cuestiones se planteen sobre la mencionada excepción, sea procedente o no, y sin que a lo expuesto sea óbice el argumento sobre la desigualdad producida en la liquidación practicada, ya que se trata de una parte de los bienes y no de todos los que integran la partición, ya efectuada en firme, y en la que se establece esa solución para el caso de existir más bienes; y, además, el propio recurrente dio cumplimiento a lo resuelto, consignando la mitad de la cantidad fijada como importe de los frutos, y dándose por pagado de su parte, con la retención de la otra mitad, con lo que ahora no sólo va contra la cosa juzgada, sino contra sus propios actos, todo lo que impone la desestimación del recurso, con los pronunciamientos de Ley.

SENTENCIA DE SEPARACION CONYUGAL, EN FASE DE EJECUCION DE-MANDA DE CESE DE ALIMENTOS INTERCONYUGALES. Cuestión acerca de si hay o no incompetencia de jurisdicción. De la Lastra c. Avila (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—Las cuestiones de competencia de jurisdicción, por razón de la materia, cuantía o grado jurisdiccional, sólo tienen acceso a la casación por la vía del artículo 1.692-6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reservando para la del mismo número del artículo posterior cuando se plantea entre jurisdicciones del mismo grado, que sólo difieren por razón del distinto territorio en que actúan. La afirmación de que la materia litigiosa debe formar parte de las actuaciones de ejecución de sentencia de separación, es cuestión ajena al defecto formal determinante de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio, al que se refiere el número invocado...

Antecedentes.—Para una mejor comprensión del «por qué» de este pleito, habría que remontarse más atrás, a las incidencias del proceso de separación conyugal entre ambos litigantes y a los numerosos procesos incidentales posteriores. Puede verse un resumen de todo ello en el extracto de los *antecedentes* de la sentencia de 10 de octubre de 1967, publicado en esta misma sección de la REVISTA (en el núm. 471, pág. 449).

En el pleito presente era el marido la parte actora, y la demanda se refería a solicitar la declaración, contra su esposa, del cese de alimentos a la misma.

La esposa contestó y se opuso a la demanda, alegando excepción de incompetencia del Juzgado, por corresponder a otro de la misma capital su conocimiento, como efecto y en conexión con la ejecución de sentencia de separación postulada; además, formula reconvencción, solicitando que la cuantía se elevara a 30.000 pesetas, en vez de las 15.000 que percibía.

La esposa demandada propuso como prueba la documental pública, consistente en que se libre mandamiento al Notario don... «para que expida copia de todas las escrituras otorgadas por su esposo desde la fecha de la sentencia de alimentos definitivos». El mandamiento judicial pertinente no se diligenció, porque a ello se negó el Notario.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que se desestima la excepción de incompetencia y se estima la demanda, acordando el cese de la obligación de dar alimentos a la demandada.

Interpuesto recurso de apelación por la esposa demandada, ésta solicitó «que se reciba a prueba para la práctica de la declarada pertinente en primera instancia, y que no se practicó por causa no imputable a la misma». La Audiencia dictó auto declarando no haber lugar al recibimiento a prueba solicitado. La apelante interpuso recurso de súplica, alegando que formuló reconvencción para que se le elevara la pensión alimenticia de 15.000 a 30.000 pesetas mensuales, dados el aumento de las necesidades de la vida y del caudal del marido alimentante; precisamente para demostrar este último incremento propuso la prueba declarada pertinente, que no llegó a practicarse. La Audiencia dictó auto, denegatorio de la súplica.

Tras estas actuaciones procesales, la Audiencia resolvió el recurso de apelación, dictando sentencia por la que confirmó totalmente la sentencia apelada.

La demandada recurre en casación, por quebrantamiento de forma, basada en un único motivo, fundamentándolo en que la sentencia recurrida desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada; porque el auto ya firme de la correspondiente Audiencia atribuyó a un Juzgado de Instancia, distinto del que conoce aquí, el conocimiento de los efectos de la sentencia de separación por adulterio y sevicias interconyugales *en cuanto* a la pensión alimenticia, y acordaba que la petición del marido de cesar en el pago de alimentos debía sustanciarse en el correspondiente juicio declarativo ordinario, lo que lleva a la conclusión rigurosa de que la acción del marido para cesar de pasar alimentos—objeto de la presente litis—debió plantearse ante el Juzgado de Instancia al que se atribuyó el conocer de los efectos de la ejecución de la sentencia canónica de separación.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso, con la doctrina siguiente:

Visto siendo ponente el Magistrado don García Monge y Martín.

Considerando: Que conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, *las cuestiones de competencia que afectan a la jurisdicción propiamente dicha*, bien

por razón de la materia, cuantía o grado jurisdiccional, es decir, por no estar sometida la resolución a su autoridad, sólo tienen acceso a la casación por la vía del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reservando para la del mismo número del artículo posterior cuando se plantea entre jurisdicciones del mismo grado, que sólo difieren por razón del distinto territorio en que actúan, y al someterse el litigio a juzgado o Tribunal, que, sin perjuicio de tener jurisdicción sobre la clase de asunto, no sean el adecuado en razón al territorio; ello da lugar a la infracción de la norma de derecho que constituye la base para la aplicación del referido número sexto del artículo 1.693 de la Ley procesal civil, de acuerdo, entre otras, a sentencias de 14 de noviembre de 1945, 13 de mayo de 1947, 15 de febrero de 1950, 11 de marzo de 1955 y 27 de enero del mismo año, y supuesta esta clara y constante doctrina, el motivo aquí formulado, conforme al número tercero del referido artículo 1.693 de la Ley de Trámites, no se funda ni en la carencia de jurisdicción del Juzgado al cual se sometió el pleito, en razón a su materia, ni en afectar al territorio en el que actúa, pues en suma, tanto el Juzgado en que se formuló la demanda, como aquel que el recurrente estima es el adecuado para conocer de tal cuestión, tienen idéntica jurisdicción y territorio, basándose su competencia relativa en fundamentos ajenos al ámbito territorial, sino por afirmar que la materia litigiosa debe formar parte de las actuaciones de ejecución de sentencia dictada por el Tribunal eclesiástico, de las cuales conoce otro Juzgado de esta capital, por lo que considera que debe declararse incompetente aquel en que se plantea el pleito, que el Juzgador considera es materia ajena a la referida ejecución de sentencia; mas tal cuestión ha de considerarse como ajena al defecto formal determinante de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio, al que estrictamente se refiere el número invocado, de acuerdo a la doctrina inicialmente sentada; todo lo cual conduce al perecimiento del recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y habiendo hecho el recurrente la protesta formal de interponer recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, conforme a lo ordenado en el artículo 1.768 de la citada Ley, procede se entreguen los autos al mismo para que, en el término preciso de veinte días, que empezarán a correr desde el siguiente a la notificación, formalice dicho recurso de casación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil.

DEMANDA DE NULIDAD DE MATRIMONIO, PENDIENTE ENTRE LAS PARTES. SOLICITUD DE ALIMENTOS PROVISIONALES Y DE LITIS EXPENSAS PARA LA ESPOSA. Procesos cautelares y sentencias definitivas. Fijación y cuantía de los alimentos: entrega de cantidad en documento privado como capitalización del interés anual de la pensión; renuncia a reclamar la pensión. Litis expensas y éxito de las pretensiones aducidas. Lago c. Suárez (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1963).

Doctrina de la sentencia.—La LEC determina con cuidado las resoluciones contra las que cabe el recurso de casación por infracción de ley. La resolución recurrida recayó en un proceso cautelar que tramita la Jurisdicción Ordinaria en auxilio de la eclesiástica, y tiene un carácter meramente interlocutorio y provisional, sin que ejerza influencia alguna en el proceso principal del que el cautelar es un mero auxiliar. Los autos de inadmisión del recurso de ca-

sación por infracción de ley no sólo no pierden su eficacia por no haber sido apreciados en la fase previa del recurso, sino que la continúan desplegando plenamente también en la fase de decisión, convirtiéndose entonces en causas de desestimación.

Antecedentes.—Los hechos que forman el substrato de este litigio son sustancialmente idénticos a los ya consignados en esta misma Sección respecto de la sentencia de 31 de enero de 1968, entre las mismas partes (v. el núm. 470, de enero-febrero, págs. 200-201). La diferencia es que *allí* se trataba del recurso de casación por quebrantamiento de forma y *aquí* se trata del recurso de casación por infracción de ley; pero ambos recursos se formulan contra la misma sentencia.

Quizá hubiera sido deseable una mayor precisión en la exposición de los hechos, sobre la pretendida causa de nulidad del matrimonio aducida por el marido—...«la condición de presente: puesta y no cumplida por la mujer»—. Lo importante es que tanto el Tribunal Eclesiástico Metropolitano como el de la Rota declararon no haber lugar a la nulidad del matrimonio pretendida por el marido.

En los hechos del presente litigio se recoge literalmente el contenido del documento privado suscrito por los mandatarios de ambas partes, que quedaba meramente aludido en los antecedentes expuestos en la sentencia de 31 de enero de 1968. Interesan las dos estipulaciones principales: una sobre la entrega a la esposa de la suma de 300.000 pesetas como capitalización del interés del 5 por 100 anual de la pensión que anualmente percibía la esposa, y otra, que la esposa «renuncia expresamente, cualquiera que fuera el pleito de nulidad de matrimonio pendiente, a reclamar pensión alimenticia alguna a su esposa, renunciando asimismo a pedirle mejora de pensión, aunque éste viniera a mejor fortuna, toda vez que la cantidad que ahora se le entrega es suficiente para ponerle a cubierto de cualquier eventualidad o necesidad futura»...

El recurso por infracción de Ley lo articulaba el demandado en tres motivos, basado: en error de hecho en la apreciación de la prueba, demostrado por documento auténtico (certificación literal de la Sentencia del Tribunal de la Rota), que evidencia que tal resolución canónica es definitiva, por lo que ha concluido con ella el proceso canónico; en la infracción, por no aplicación del artículo 146 del Código civil; en infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.900-*in fine* LEC, norma materialmente substantiva, aunque formalmente encuadrada entre las adjetivas, ya que equivale a la contenida en el artículo 1.902 del Código civil, infracción consistente en imponer las costas al demandado cuando éste, con su oposición, obtuvo la reducción de las pretensiones de la actora, por lo que no se le puede considerar vencido totalmente.

El Tribunal Supremo rechaza igualmente el recurso, sentando la siguiente doctrina:

Visto siendo Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros.

Considerando: Que dada la naturaleza y finalidades del recurso de casación por infracción de Ley—carácter extraordinario y función defensora de la norma y unificadora de la jurisprudencia—se comprende que los Ordenamientos jurídicos que lo regulan restrinjan su admisión en armonía con su naturaleza y finalidades.

Considerando. Que por ello nuestra *Ley de Enjuiciamiento Civil* tiene *buen cuidado de determinar*, con carácter limitativo, en el artículo 1.689, *las resoluciones contra las cuales cabe el recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal*, señalando, entre ellas, «las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias», agregando, en el artículo siguiente, que «además de las sentencias que terminan el juicio, tendrán también el carácter de definitivas, a los efectos de aquel artículo, las resoluciones interlocutorias dictadas en los procesos especiales que relaciona» y «las que, recayendo sobre un incidente o artículo, pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación».

Considerando: Que *la resolución objeto del presente recurso, ni es de las comprendidas en el párrafo primero del artículo 1.689, ni tampoco puede estimarse incluida en el precepto general del párrafo primero del artículo 1.690, ni en los incidentes especiales* que dicho párrafo relaciona, pues no sólo no ha sido dictada en ninguno de éstos, sino que *recayó en un proceso cautelar que tramita la jurisdicción ordinaria en auxilio de la eclesiástica*, que es la que conoce del principal de nulidad de matrimonio canónico, y *tiene un carácter meramente interlocutorio y provisional, susceptible—en cuanto a la fijación del importe de la pensión alimenticia—de ser modificada* tantas veces cuantas sean las que se alteren las circunstancias del alimentista, o del obligado a prestarla, *sin que, además, ejerza influencia alguna en el proceso principal* del que el cautelar es un mero auxiliar, ya que, lo mismo en el supuesto de que se otorgue la pensión que en el que se deniegue o se modifique su cuantía, no pone término al aludido pleito principal, ni hace imposible su continuación.

Considerando: Que *lo mismo cabe afirmar del proceso cautelar segundo también ante la jurisdicción ordinaria*, en el que, como medida «provisional» decretada en auxilio de la jurisdicción eclesiástica, se conceden *litis expensas* a la mujer casada que se encuentra separada provisionalmente de su marido, por haber éste entablado, ante los Tribunales Eclesiásticos, demanda sobre nulidad de matrimonio que lo unía, *ya que tampoco pone fin al proceso canónico, ni hace imposible su continuación*.

Considerando: Que los autos de *inadmisión del recurso* de casación por infracción de ley, *no sólo no pierden su eficacia* por la circunstancia de que no hayan sido apreciados en la fase previa del recurso, *sino que la continúan desplegando plenamente también en la fase de decisión*, convirtiéndose, entonces, en causas de desestimación, como reiteradamente tiene proclamado esta Sala.

Considerando: Que dados los razonamientos que quedan expuestos, *ya resulta improcedente entrar a examinar las cuestiones de fondo* que el recurso plantea, a saber: a) Trascendencia que, en la apreciación de la prueba, pueda tener la invocación de una copia de la sentencia del Tribunal de la Rota Española, que confirmó la sentencia canónica de segunda instancia, que declaró no haber lugar a la nulidad del matrimonio postulada por el demandado; b) si la sentencia recurrida hacía o no la debida apreciación del caudal del que deba prestar los alimentos y de las necesidades del alimentista, para dictar sentencia condenatoria, y c) si, por no haberse otorgado a la actora la totalidad de las cantidades que reclamaba en su demanda, para alimentos y *litis expensas*, ya no puede considerarse que haya sido vencido el demandado y consiguientemente, al imponerle a éste las costas del proceso en primera instancia, se infringe el artículo 1.900 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que

dispone que «las costas del procedimiento. . correrán a cargo del litigante vencido».

BIENES PARAFERNALES Y TERCERIA DE DOMINIO. METALICO ADQUIRIDO POR MUJER CASADA: prueba de la adquisición y de la pertenencia de los bienes PRESUNCION DE GANANCIALIDAD. Poder otorgado por una hija a favor de su madre «para disponer de cantidades de la cuenta corriente de la hija». Donación de metálico y artículo 632 del Código civil. TERCERIA DE DOMINIO Y ACCION REIVINDICATORIA, Diéguez c «Cinematográfica Española Americana, S. A.» y Rivas (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1968).

Doctrina de la sentencia.—La solución al problema debatido en el pleito depende de una pura cuestión de hecho, cual es demostrar que la presunción del artículo 1.407 del Código civil, *iuris tantum*, no es aplicable al caso de autos, por tratarse de dinero adquirido a título lucrativo durante el matrimonio. Los documentos alegados no evidencian el error judicial, pues ni son los únicos elementos utilizados, ni son la base de la decisión, ésta se basa en que el poder «para disponer...» no puede identificarse con la figura de la donación. Al no haberse podido constatar que tales cantidades entraron en el patrimonio de la recurrente por la vía gratuita de la donación, queda incólume la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil. Y al no demostrarse la cualidad de propiedad exclusiva de las cantidades, no hay base fáctica ni jurídica que pueda autorizar la tercera de dominio.

Antecedentes: I) La Entidad «Cinematográfica Española Americana, S. A.» (demandada) resultaba acreedora del señor R. por una cantidad de algo más de un millón de pesetas. La deuda era de 1951, y el deudor había sido condenado a pagar dicha cantidad por sentencia del correspondiente Juzgado, que fue firme en 1963 al resolver el Tribunal Supremo el recurso de casación con fecha 14 de junio de 1963 y rechazar dicho recurso. En fase de ejecución la entidad ejecutante había trabado embargo de un crédito por valor de más de 200 000 pesetas, correspondiente a la señora D. (la actora, casada con el señor R., también aquí demandado). La retención de tal crédito se realizaba sobre la base de entenderlo como crédito de la sociedad de gananciales R.-D. II) El crédito a favor de la señora D. derivaba de un préstamo por ella otorgado en 1957 a favor de la también entidad cinematográfica «Unión Films, S. L.», representada por el señor H. La demanda presentada por la acreedora, acreditando el abono del impuesto de derechos reales y timbre a nombre del deudor, fue acogida en ambas instancias. El deudor interpuso recurso de casación, desistido la víspera del día señalado para la vista, por lo que quedó firme la sentencia recurrida. Al instar la actora la ejecución de la sentencia, se decretó el embargo correspondiente y el deudor consignó la suma adeudada. En ese momento procesal, la entidad «Cinematográfica Española Americana, Sociedad Anónima» solicitó, en ejecución de la sentencia dictada a su favor, el embargo del crédito que la señora D. tenía contra el señor H.

III) La actora señora D. había contraído matrimonio hacia algunos lustros con el señor R., matrimonio que se regía conforme a la sociedad legal de gananciales. En el año 1955, una hija del referido matrimonio residente en el extranjero, otorgó a favor de su madre poder notarial «para disponer

en su propio beneficio de las cantidades existentes en la cuenta corriente de su hija» ., cuyo poder otorgaba en estado de soltera. Posteriormente, ya casada, compareció, junto con su marido, ante la representación diplomática española y otorgó un acta ratificando lo hecho y declarando que realmente era una donación el poder o mandato para disponer de los fondos de la mandante.

La actora finalizaba su demanda solicitando que se declarase que el dinero, embargado como de la propiedad del señor R., lo era de la demandante, y que, en consecuencia, se alzase el embargo y retención sobre el mismo trabado y se dejase a la libre disposición de su dueña.

La Entidad demandada contestó y se opuso a la demanda, alegando era uno más de los ardis dilatorios del deudor, y solicitaba se desestimase en todas sus partes la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se desestima íntegramente la demanda de tercera de dominio interpuesta y absolvió a los demandados.

La Audiencia dictó sentencia confirmando íntegramente la apelada. De entre sus consideraciones (extraídas de citas en el escrito de recurso de casación) merecen resaltarse las siguientes: que era precisa la autorización marital para existir una donación de la hija a su madre; que la donación ha de ser expresa; que tal donación era inoficiosa; que es plenamente aplicable la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 del Código civil. (Hago notar aquí la conveniencia de disponer, en ciertos asuntos litigiosos, de todos los elementos de hecho que se produjeron, para así evitar que las referencias a la fundamentación de la decisión de los juzgadores de instancia tengan que ser necesariamente vagas o imprecisas)

La representación de la parte actora formuló recurso de casación por infracción de ley, articulado en cuatro motivos, que paso a resumir brevemente como sigue: por error de hecho en la apreciación de las pruebas derivado de documentos y actos auténticos que evidencian la equivocación del juzgador, cuales son el poder notarial de 1955 y el acta ante el representante consular español, de los que el juzgador deriva conclusiones que están en pugna con la ley, al afirmar lo contrario de lo que el documento dice, pues el poder se hizo en estado de soltera y ello hace innecesaria la licencia marital; por infracción, por violación, de los artículos 632 y 636, en relación con los 618 y 622, todos del Código civil, pues la donación de cosa mueble no precisa ser expresa (conforme al art. 632), bastando la simple entrega de la cosa, entrega *que resulta* del amplio poder dispositivo otorgado y del acta —decía en ésta que «todos los actos de disposición los ha considerado siempre como puras donaciones para que su madre pudiera vivir como siempre deseó que lo hiciera»—, y al hacerse en estado de soltera enerva la inoficiosa señalada por el juzgador; por infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.407 del Código civil, y por no aplicación de los artículos 1.253 y 1.396-2º del Código civil, pues las mismas reglas del criterio humano, probado el hecho base de la realidad de la cuenta corriente y los actos dispositivos de la hija, llevan al conocimiento del *origen* del dinero embargado y ese origen es ajeno totalmente al caudal ganancial; y por infringir los artículos 348, en relación con los 349, 430 y 440 del Código civil, por su no aplicación, pues acreditada la procedencia parafernial del dinero objeto del préstamo, corresponde a su dueño el ejercicio de la acción reivindicatoria en el procedimiento de tercera, por lo que se debió ordenar alzar el embargo decretado.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso y sienta la doctrina que sigue:

Visto siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Considerando: Que *todo el problema debatido*, en el pleito que da lugar al presente recurso de casación y en este mismo, *consiste realmente en dilucidar las verdaderas naturalezas jurídicas de los bienes, y concretamente de las cantidades de dinero que fueron consignadas en favor de la actual recurrente* como consecuencia del litigio anterior y *después trabadas de embargo* en pro de la entidad que ahora figura como recurrida: *es decir, si son gananciales*, a virtud de la presunción general establecida en el artículo 1.407 del Código civil, o, *por el contrario, constituyen bienes privativos o parafernales*, como dicha señora firma, lo que justificaría el ejercicio de la acción reivindicatoria intentada en la correspondiente tercera de dominio, *cuya solución depende de una pura cuestión de hecho, cual es la de demostrar que aquella presunción, dada su índole de «iuris tantum», no es aplicable al caso que aquí se contempla, por tratarse de dinero adquirido a título lucrativo durante el matrimonio*, al modo previsto en el número 2.º del artículo 1.396 del propio Código; *intento que no consigue el escrito de recurso*, porque, al hacerlo en el motivo 1.º por la vía correcta procesalmente del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error de hecho en la apreciación probatoria, *se limita a aducir en apoyo de su alegato dos documentos*, como son una escritura de poder de la hija de la recurrente a su madre, que tiene fecha 20 de enero de 1955, y un acta posterior extendida ante la representación diplomática española en México, en la que el esposo de dicha hija ratifica el mencionado poder, *ninguno de los cuales, dado el uso y valoración que de ellos se ha hecho en el pleito, sirve a los pretendidos fines de la casación civil y, además, porque tampoco evidencian error judicial alguno* ni nada contrario sustancialmente a lo sostenido por el Tribunal a quo, *pues el hecho de que éste hable de «que se requiere la autorización del esposo para la validez de la donación de una mujer casada o de la redacción de aquel poder», ni es el único elemento utilizado por la sentencia que se recurre, en cuanto pone en primer lugar la exigencia de que la donación tendrá que ser «expresa», según preceptúa el artículo 632 del Código, ni es la base de la decisión propiamente dicha*, ya que ésta se justifica con el argumento legal incontrovertible de que el tantas veces citado poder lo es tan sólo «para disponer por la madre de cantidades de la cuenta corriente de la hija», que *en manera alguna puede identificarse con la figura contractual de la donación* que, según el artículo 618 del mismo texto legal, «es un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta», todo lo cual conduce a la desestimación de este motivo.

Considerando: Que *al no haberse podido constatar que las cantidades objeto de debate entraren en el patrimonio de la recurrente por la vía gratuita de la donación, queda inválida la presunción de ganancialidad* del artículo 1.407 y *carecen de la necesaria base de hecho los motivos 2.º y 3.º*, donde—en ambos por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—se denuncia: en un caso, violación de los preceptos relativos a la donación, junto con aplicación indebida del 636, todos del propio Código civil; y, en otro, se alega igualmente aplicación indebida del 1.407, y no aplicación del 1.253 y número 2.º del 1.396, también de nuestro primer Código sustantivo, los cuales, por tanto deben ser desestimados, porque están haciendo supuesto de la cuestión discutida.

Considerando: Que *todo lo que antecede está poniendo de relieve que no existe base alguna, ni fáctica, ni jurídica, que pueda autorizar la tercera de dominio referida, al no haberse demostrado* tampoco, y como lógica consecuencia, la *cualidad de propietaria exclusiva* que hubiese permitido a la hoy recurrente el ejercicio de la acción reivindicatoria de los artículos 348 y 349 del Código civil, y justificar una posesión en concepto de dueño con igual carácter excluyente, amparado en los artículos 430 y 440, también del Código civil, como se pretende en el 4.º y último de los motivos formulados, que tiene asimismo que ser desestimados con los obligados pronunciamientos del artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

J. C. G.

V. SUCESIONES

HEREDAMIENTO CATALAN. FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS HEREDANTES (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1968).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, desestima el recurso dirigido a obtener la pretendida nulidad por simulación de la compraventa, cuya finalidad era, según el actor y apelado, privarle de sus derechos como heredero contractual de sus abuelos catalanes, como sustituto vulgar de su padre premuerto, conforme a los razonamientos que siguen:

Considerando: Que el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 359 de dicho Cuerpo legal, que se dice cometida, porque, habiéndose solicitado en el súplico de la demanda, como petición independiente, la de «que se declarase que el demandante, por ser heredero de su padre don I. R., ostenta la calidad de heredero contractual de sus abuelos don V. R. y doña F. V., en sustitución de su padre, por cuyo motivo ostenta legítimos derechos a la herencia de los mismos», y habiéndolo reconocido la propia sentencia recurrida en el segundo de los Considerandos, sin embargo, no refleja esa declaración en el fallo, en el cual revoca totalmente la sentencia apelada

Considerando: Que aunque es cierto que la sentencia recurrida, en ese segundo Considerando, proclama que no se puede «desconocer que el demandante ostenta la calidad de heredero de sus referidos abuelos, por virtud del heredamiento instituido en los capítulos matrimoniales, en sustitución de su fallecido padre, y que también es cierto que ese derecho del demandante no lo recoge, de manera expresa, en el fallo; sin embargo, no es exacto que tal sentencia no se pronuncie sobre él, puesto que, en su parte dispositiva, al absolver totalmente de la demanda deducida, viene a resolver negativamente todas las pretensiones en ella postuladas, entre las cuales figuraba la declaración de ese derecho, que en aquel segundo Considerando entendía no se podía desconocer; el rechazar en el fallo, una pretensión procesal, de las varias que se postulaban, no puede calificarse de incongruencia, sino de fallo adverso, aunque en algún caso, como en el presente, resulte una inconsecuencia, ya que se razonaba que no podía desconocerse ese derecho, y, a pesar de ello, en el referido fallo, lo desconoce y desestima.

Considerando: Que el motivo segundo, formulado con apoyo en el párrafo 7.º del referido artículo 1.692, atribuye a la sentencia recurrida error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del artículo 1.218 del Código civil y de la doctrina legal proclamada por las sentencias que en dicho motivo se indican; en tesis del recurrente, el Tribunal sentenciador infringe aquel artículo, porque, aunque en la escritura notarial en que se instrumentó la compraventa litigiosa, se hacía constar que «las 100 000 pesetas, los vendedores las recibían de manos del comprador, quien las entrega en buenos billetes del Banco de España, que aceptan como efectivo, contados y admitidos ante mí el Notario, que doy fe de dicha real entrega»; sin embargo, la verdad es que «las partes tenían otro propósito, al llevar a cabo la escritura litigiosa»—como la propia sentencia reconoce en el Considerando 5.º—, y, consiguientemente, no debía reconocérsele validez y eficacia a esa escritura de compraventa o ésta era ilícita.

Considerando. Que tal manera de argumentar ya indica claramente que no se imputa a la sentencia recurrida vulneración de la norma valorativa de prueba contenida en el artículo 1.218 invocado, sino que se quiere enervar la eficacia de ese documento público, por otras causas ajenas que lo desvirtuarían si fueran verdaderas; y, por tanto, el motivo, así sustentado, tiene que claudicar.

Considerando: Que en el tercer motivo del recurso, y por el cauce del número 1.º del mencionado artículo 1.692, se denuncia la violación del artículo 1.253 del Código civil, en relación con los 1.215 y 1.249 del propio Cuerpo legal; y para defender la procedencia de él, se argumenta «que entre los hechos probados... que la sentencia recurrida reconoce..., y la deducción a que llega la resolución impugnada, no existe un enlace preciso y directo, al no haberse sujetado la deducción a las reglas del criterio humano, resultando aquélla absurda, ilógica e inverosímil»; es decir, que se viene a sostener que la Sala sentenciadora, partiendo de los hechos admitidos por ella y por el Juez, llega a deducir que se ha verificado una compraventa válida y eficaz, cuando lo que debía haber hecho era llegar a la presunción contraria: que tal compraventa era simulada.

Considerando Que la verdad jurídica es muy otra, ya que la sentencia impugnada, teniendo en cuenta la prueba directa constituida por la escritura pública en que se instrumentó la compraventa, proclama que ésta reúne los elementos suficientes para estimar la concurrencia de causa en el contrato y que ésta es lícita, correspondiendo al demandante acreditar la simulación que alega, la cual no ha demostrado, porque «en el caso presente—dice la Audiencia—los hechos probados que la sentencia apelada analiza en el quinto Considerando, en modo alguno llevan a la conclusión de que sea inexistente o ineficaz la compraventa en disputa, cuando la misma reviste todos los caracteres de un acto jurídico válido»; o sea, que la Sala sentenciadora, para llegar a proclamar la existencia y validez del contrato litigioso, tiene en cuenta la prueba directa constituida por el documento público, en que se instrumentó, y no utiliza la prueba subsidiaria de presunciones, por lo que no se puede sostener fundadamente que haya desembocado en una presunción absurda, ilógica e inverosímil, ya que no desembocó en ninguna.

Considerando: Que lo que el recurrente viene verdaderamente a propugnar con este motivo es que, sentados los hechos que se han acreditado y que la propia Sala vino a admitir, debía haber obtenido de ellos, por ser su consecuencia natural, la conclusión de que la compraventa había sido

simulada, y que, al no haberlo hecho así, infringió, por violación, el aludido artículo 1.253 del Código civil invocado; pero olvida el recurrente que ese precepto se limita a disponer que, «para que la presunción sea apreciable como medio de prueba, es indispensable que, entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir, haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano», sin obligar, empero, al juzgador, a utilizar ese modo supletorio de prueba siempre y en todo caso, ya que, como ha declarado esta Sala en su Sentencia de 29 de octubre de 1964, no puede imponerse al juzgador de instancia que haga uso de la prueba de presunciones cuando estime oportuno no valerse de ellas, por fundamentar su fallo en otras directas—sentencia de 19 de mayo de 1961—, ni es posible infringir el artículo 1.253, cuando la sentencia impugnada no se apoyó en esa prueba—sentencias de 20 de febrero de 1932, 15 de noviembre de 1961 y 12 de abril de 1962—, pues ese artículo indudablemente contempla el caso de que el juzgador establezca la presunción y no el que se abstenga de formularla—sentencias de 27 de enero, 17 de febrero y 16 de marzo de 1966—.

Considerando: Que el motivo 4.º del recurso no puede prosperar, porque se construye haciendo supuesto de la cuestión y sustentándolo, precisamente, sobre el éxito del anterior—que ha fracasado—, en el cual se pretendía demostrar que el contrato discutido había sido simulado, pues en él—se decía—, no medió precio, por lo que, al no proclamarlo así el Tribunal de instancia, violó los artículos 1.261 y 1.275 del Código civil; es decir, que el recurrente viene a sustituir, con su particular criterio, el de la Sala sentenciadora, sin haber demostrado previamente, y por la vía oportuna, que el de ésta era equivocado.

Considerando: Que lo mismo acontece con el motivo 5.º, en el que se denuncia otra vez la violación del artículo 1.275 del Código civil, siquiera se invoque en relación con varios preceptos de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña; en defensa de tal motivo se alega que la causa del tan repetido contrato de compraventa es ilícita, pues tuvo, por fin, privar al demandante de su derecho derivado del heredamiento pactado en las capitulaciones matrimoniales de sus abuelos; es decir, se vuelven a contradecir las afirmaciones de la sentencia impugnada, sin haber demostrado previamente que eran erróneas, y se hacen citas de autores respecto a los supuestos en que el heredante haya vendido injustificadamente su patrimonio o lo haya transferido por ventas simuladas para burlar al instituto, lo cual no ha ocurrido en el caso de autos, según proclama la Sala sentenciadora.

Considerando: Que igual suerte tiene que caberle al motivo 6.º, en el que se acusa la violación del referido artículo 1.275 del Código civil, en relación con los 806 y 815 del mismo Cuerpo legal, referentes a los herederos forzosos y a su legítima; para darle cierta consistencia al motivo, vuelve a hacerse supuesto de la cuestión, sosteniéndose que, con la compraventa discutida, se hicieron intencionadamente insolventes los abuelos, privando así al nieto de la legítima que le correspondía por la premortuaria de su padre, o sea, que se torna otra vez a sostener que tal compraventa fue simulada y en fraude de los derechos del heredero, lo cual no lo admite la sentencia, ni se ha demostrado, por la vía procedente, que hubiera sido cierto.

Considerando: Que el motivo 7.º achaca a la resolución impugnada, infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1.274 y 1.277 del Código

civil, porque, en tesis del recurrente, el contrato, tantas veces atacado, «no sólo carecía de causa al faltar el precio de la compraventa, sino que, además, aquélla era ilícita, ya que fue otorgado en fraude del heredamiento y en perjuicio de los derechos legítimos del heredero»; pero como la Sala sentenciadora sostiene precisamente lo contrario, y entiende que la compraventa fue válida, pues medió en ella el correspondiente precio, de cuya entrega dio fe el Notario autorizante, y, además, no admite que los hechos probados «lleven a la conclusión de que sea inexistente o ineficaz», el motivo así formulado queda sin base, y tiene que ser desestimado.

RESERVA ORDINARIA. HIPOTECA LEGAL. VALORACION DE LOS BIENES. *Artículos 977 y 978 del Código civil (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1968).*

Ha de tenerse en cuenta el valor real de los bienes reservables, no el asignado a los mismos en el cuaderno particional.

El haberse adjudicado indiscriminadamente al viudo bienes en pago de su haber ganancial y del legado del tercio libre, no impide el nacimiento de la reserva ni la constitución de la hipoteca legal.

Demandado el padre bínubo por las tres hijas habidas de su primer matrimonio para que constituya hipoteca legal por los bienes reservables heredados de su primera esposa, con cargo al tercio libre, conforme al valor del inventario traducido al valor real, y habiendo obtenido sentencia favorable en ambas instancias del Juzgado número 18 y la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el viudo, demandado y apelante, conforme a lo siguiente:

Considerando: Que la sentencia recurrida no cometió error de hecho al apreciar la prueba constituida por la escritura de protocolización de las operaciones particionales practicadas al fallecimiento de la primera esposa del impugnante, puesto que, situándose en el terreno puramente fáctico, reconoce (Considerando 1.º de la sentencia del Juzgado, aceptado sustancialmente por la apelada) que los bienes muebles y el inmueble que se adjudicaron al viudo en dichas operaciones, lo fueron en pago indiscriminado de su mitad de gananciales y del legado del tercio de libre disposición, tal y como se estableció en el cuaderno particional, lo que no es óbice para que el juzgador, situándose ya en el terreno de la extensión objetiva de la obligación de reserva, surgida al contraer aquél segundo matrimonio, se planteó y decida (Considerando 4.º de la sentencia de primer grado, también aceptado sustancialmente en la recurrida) el problema de la imputación de pagos, consistente en deslindar qué bienes o cuotas de los mismos adjudicados al viudo debe imputarse al pago del haber de éste por su mitad de gananciales y cuáles al pago de su haber por el legado del tercio de libre disposición, problema que notoriamente desborda el de mera apreciación de la prueba y cuya solución no puede, por tanto, ser objeto de censura al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como pretende el recurrente en el motivo 1.º, el que, en consecuencia, ha de ser desestimado.

Considerando: Que el segundo incide en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 de la citada Ley, pues al invocar simultáneamente dos conceptos de infracción antitéticos, cuales los de «violación» o «interpretación errónea», falta a la precisión y claridad exigidas imperativamente por el ar-

tículo 1.720, párrafo 1.º, de la propia Ley; causa de inadmisión que en este periodo decisorio del recurso actúa como de desestimación, todo ello de acuerdo con la copiosísima doctrina de esta Sala.

Considerando: Que el motivo 3.º y último acusa como infringidas por violación, en el sentido negativo de inaplicación, los artículos 977 y 978 del Código civil, refiriéndolos a una serie de cuestiones, cuales son las concernientes al deber de formar inventario de todos los bienes reservables y de tasar los muebles y a la determinación judicial de la validez o invalidez de las enajenaciones de dichos bienes, que no fueron debatidos en el pleito, las que también han de quedar al margen de la casación, habida cuenta de lo prevenido en el número 5.º del citado artículo 1.729; subsistiendo en pie únicamente el problema relativo a si la fijación del valor de los repetidos bienes ha de hacerse conforme al que tengan en realidad o con arreglo al que se les asignó por las partes en el cuaderno particional antes aludido, problema resuelto acertadamente en el primer sentido por el juzgador de instancia, toda vez que cuando se aprobó el referido cuaderno todavía no había nacido la obligación de reservar; razones todas que abonan la desestimación de ese motivo y con él, la de la totalidad del recurso, con las consecuencias señaladas en el artículo 1.748 de la Ley procesal.

Comentario.—No se dice expresamente si se trata de valores reales de *entonces* (cuando se realizó el inventario) o *de ahora* (cuando nace la obligación de reservar), aunque del contexto de la sentencia se desprende esto último, lo que está acorde con la imposición al viudo de hacer inventario o tasación por el artículo 977 del Código civil *al repetir matrimonio*, que es cuando nace la obligación de reservar. Por otra parte, en última instancia, todo conduce a ver en el objeto de la reserva la restitución de un valor, que ha de fijarse conforme a bases reales, so pena de quedar la institución inoperante en la práctica (ctr. para la reserva lineal, VALLET, J.: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del C. c. II: El art. 811 como norma a integrar*, Madrid, 1960, separata, págs. 358-359). Problema análogo—y con mayores dificultades—se plantea en la colación, que la mejor doctrina resuelve en este mismo sentido, como deuda de valor (R. NÚÑEZ LAGOS: *La colación: historia y crítica de los problemas de valoración*, «R. G. L. J.», 1946 págs. 712 y sigs; MARÍN MONROE: *La colación historia y crítica de los problemas de valoración*, «R. C. D. I.», 1946, págs. 319 y sigs.).

TESTAMENTO ABIERTO. NULIDAD. Artículos 687 y 695, párrafo 2.º, del Código civil (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1968)

Es nulo el testamento abierto en el que no consta la declaración del testador de no saber o no poder firmar y hacerlo a su ruego otra persona.

Don R. Y. M., hospitalizado en un sanatorio a consecuencia de las gravísimas quemaduras sufridas, que le afectaban entre otras partes del cuerpo a su mano derecha imposibilitándole firmar y de cuyas resultas murió en el mismo día de su ingreso, a las pocas horas del mismo y de haber otorgado testamento notarial abierto en el que el notario da fe, en lo que ahora interesa, «de firmar por sí y por el testador el primero de los citados testigos por la razón de que el otorgante no lo puede hacer debido a las lesiones que padece».

Solicitada la nulidad del testamento por defectos formales, entre ellos carecer de firma del testador ni haber éste rogado al testigo que se dice lo hizo por él, que tal efectuase, por los más próximos parientes perjudicados frente al favorecido por el testador—que carecía de legitimarios—el Juzgado de Primera Instancia de Chantada declaró la nulidad pretendida, siendo revocada su sentencia por la de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Interpuesto recurso de casación por la parte actora y apelada, el Tribunal Supremo en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu declara haber lugar al mismo, casando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado.

Considerando: Que conforme viene reiteradamente declarando la jurisprudencia de esta Sala, por no ser de tráfico los negocios jurídicos *mortis causa* tiene carácter eminentemente formal, exigiéndose, por tanto, en su constitución de determinados y preceptivos requisitos cuya inobservancia provoca su nulidad absoluta sin posibilidad de ulterior convalidación (sentencia de 24 de octubre de 1963), requisitos que la de 24 de mayo de 1927 califica de esenciales, la de 19 de junio de 1958 de preceptivos e inderogables, determinando la de 5 de octubre de 1962 que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos restrictivamente, supeditando la sentencia de 28 de octubre de 1965, su validez al exacto cumplimiento de las solemnidades legales, todo ello en perfecta observancia de lo ordenado por el artículo 687 del Código civil, que claramente estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observaran las formalidades establecidas y como quiera que el artículo 695 del mismo cuerpo legal señala como requisito de tal otorgamiento, entre otros que no hacen al caso, que si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos instrumentados u otra persona, dando fe de ello el notario, es evidente que tales requisitos son preceptivos e inderogables y su omisión acarrea la nulidad del testamento, sin que sea obstáculo para ello el contenido de la sentencia de esta Sala de 30 de abril de 1909, ni la de 23 de noviembre de 1904 por referirse a defectos de expresión subsanables por su propia lectura y sin que ofreciera duda la conocida voluntad del testador y la segunda que afecta a la unidad del acto en casos en que no significa su rotura real, sino pequeñas interrupciones para la ingestión de medicamentos o auxilios urgentes al enfermo, máxime que por tratarse de resoluciones únicas no constituyen jurisprudencia, y pugnan con la más uniforme y recientemente sentada, como queda expuesto, y con más precisión, en relación al caso estudiado en la de 10 de febrero de 1956, determinante de que para que firme un testigo a ruego del testador es preciso que éste manifieste no poder o no saber hacerlo y que ruege al testigo lo haga en su nombre, formalidades externas que es preciso consten bajo fe del notario.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina y acreditado totalmente por el estudio del testamento debatido, como se reconoce en la resolución impugnada, que aun cuando el testador no podía firmar por las lesiones que sufría, no declara que no sabía o no podía hacerlo, ni consta que rogara al testigo que lo hizo en su nombre que así lo verificara según se desprende de la propia fe del notario autorizante, es indudable que se han omitido los requisitos esenciales reseñados en el razonamiento precedente y el instrumento es nulo, y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida ha inci-

dido en violación de los preceptos y jurisprudencia citada, como se denuncia en el único motivo del recurso, encauzado procesalmente por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y procede declarar su anulación y casación, con los pronunciamientos legales subsiguientes.

PAGO DE LEGADO LIBRE DE IMPUESTOS. EFECTOS SUBSTANTIVOS
(SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1968).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de los de la misma capital, en mérito de los antecedentes que se desprenden del primero de los considerandos que siguen.

Considerando: Que la cuestión litigiosa se dirige, fundamentalmente a decidir si los demandados, como herederos de doña P. H. T., están obligados a pagar al demandante la suma que éste ha satisfecho en la Hacienda Pública, por razón de la transmisión al mismo de los bienes procedentes de dicha herencia, que fueron legados, en primer lugar, en concepto de usufructo a otras personas, respecto a los cuales el actor tiene la condición de nudo propietario, y ha recibido los procedentes de una de las usufructuarias por el fallecimiento de ésta, aplicando al efecto la cláusula contenida en el primero de los testamentos en vigor de dicha señora, que ordenaba la entrega de los legados a los legatarios, libres de gastos e impuestos, o si bien debe atenderse exclusivamente al contenido del último testamento, que modificó parcialmente el anterior, el cual, al establecer los legados de usufructo, con prevención para la designación de la persona que ostentaría la nuda propiedad de determinados bienes, ha de estimarse que éste quedó desposeído de aquel derecho, materia que es contravertida atendiendo a la interpretación de las cláusulas de ambos testamentos, siendo decidida en la sentencia hoy recurrida en el sentido de que la voluntad de la testadora, según el recto sentido de ambas disposiciones testamentarias, que no cabe a su juicio contemplar separadamente, fue la de que el referido nudo propietario, hoy recurrente, disfrutaria del mentado beneficio, debiendo recibir los bienes libres de gastos e impuestos, aparte de apoyar su decisión en la partición efectuada por los albaceas testamentarios, que reconoció el mismo de manera expresa a favor del nudo propietario, entonces indeterminado, y para garantizar en su momento el pago de tales impuestos, constituye una hipoteca sobre finca de los herederos, en cuantía de 100.000 pesetas, y estima que la aceptación del mismo contenida en la partición sólo cabía desvirtuarla acudiendo a la acción de nulidad de las particiones, fundamento este último que no es atacado en el recurso, y por tales razones la demanda, a la que la parte demandada opuso exclusivamente la petición absolutoria, es estimada en la resolución recurrida.

Considerando: Que así planteado y decidido el pleito se alza el recurso, cuyo primer motivo se ampara en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basándose, como documentos auténticos al efecto, en los dos testamentos controvertidos, el primero de 6 de agosto de 1924 y el último de 21 de abril

de 1926, y en el acta notarial de entrega de legado, motivo al que deben oponerse las siguientes razones: a) Que el cauce procesal aquí elegido es apto exclusivamente para combatir las afirmaciones fácticas contenidas en la sentencia, oponiendo estos otros hechos que se evidencian, ya por documentos de carácter auténtico a los fines de este motivo, o bien por la infracción de preceptos legales valorativos de determinada probanza, quedando excluido, por tanto, del contenido limitado de esto, cuando se refiere a sustentar derechos, como a combatir la interpretación de documentos o actos jurídicos, y así la doctrina de esta Sala lo proclama reiteradamente, sentando en las sentencias de 23 de marzo de 1945, 1 de noviembre de 1946 y 17 de abril del mismo año, la diferencia que existe entre el error de hecho y la interpretación de documentos, pues ésta sólo puede ser combatida con el amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de trámites, y no por el del número 7.º de dicho precepto legal; y a su vez la de 17 de marzo de 1948 afirma que no puede decirse que comete error de hecho que pueda ser denunciado conforme al número 7.º del artículo antes referido, cuando lo que se ataca en la declaración de la Sala sobre cuál fue la voluntad, fijando el sentido y alcance de ésta, ya que ha de acudirse en tal caso al número primero del mencionado artículo, y por último, la de 8 de julio de 1915 declara que lo contenido en testamento válido es precepto legal a discutir y aplicar, pero no punto de hecho sometido a la apreciación de la prueba, y aplicada esta doctrina al examen del referido motivo ha de notarse que éste no roza el contenido fáctico limitado del número invocado, sino que atiende a establecer cuál fue la voluntad de la testadora, en cuanto el extremo debatido, haciendo al efecto el análisis de las cláusulas de los dos testamentos, basándose en no contener el últimamente otorgado aquella en que se ampara el actor, por lo cual queda dicho motivo fuera del campo preciso que le corresponde, y b), porque como declara la constante doctrina de esta Sala, sólo tiene el carácter de documentos auténticos a efectos de este motivo aquellos que no han sido ya tenidos en cuenta y valorados en la resolución que se recurre, y es evidente que los hoy esgrimidos lo fueron por el Juzgador, que basa en la interpretación de dichos testamentos su resolución y tampoco la aludida acta notarial puede proporcionar elemento alguno fáctico en contradicción con los hechos declarados por el Juzgador de instancia, razones que conducen a la desestimación del motivo examinado.

Considerando: Que el segundo de los motivos, seguido por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, alega la interpretación errónea del artículo 665 del Código civil, en relación con el artículo 281 del mismo texto legal, y de la doctrina que cita, debiendo excluirse como carentes de eficacia en el recurso el precepto y doctrina últimamente invocados, por cuanto no se denuncia su infracción por alguno de los motivos que establece el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, incumpléndose, por tanto, en cuanto a dicha invocación se refiere, lo ordenado en el artículo 1.720 del mismo texto legal, que exige la cita clara y precisa de la Ley o doctrina legal que se considere infringida y el concepto en que lo ha sido, quedando por ello limitado al motivo a la denuncia de la infracción del precepto legal primeramente citado artículo 675 del Código civil, y ha de establecerse la fundamental diferencia que existe entre la interpretación errónea de un precepto legal y la contradicción que existe entre el mismo y lo resuelto en la sentencia, pues sólo cabe incurrir en el primero de dichos vicios, cuando el juzgador efectúa la exégesis de la norma legal

y, consecuentemente, le atribuye un sentido que esté en contradicción con el que, conforme a las reglas gramaticales sistemáticas o de la lógica, sea el que rectamente le corresponde, y en el caso actual al Juzgador de instancia, partiendo de la incontestable eficacia y sentido del citado precepto, lo aplica para establecer cuál fue la voluntad de la testadora, según el sentido literal de sus palabras, el cual, de no ser conforme a sus términos, hubiera dado lugar a la infracción, por el concepto de violación del artículo invocado, que como queda sentado, no es el vicio denunciado en este motivo, por lo que este carecer de virtualidad, a lo que debe de añadirse que el segundo fundamento esencial del fallo, la eficacia de la partición efectuada, no es combatida en el recurso, lo que determina el parecimiento de este segundo motivo.

Considerando: Que el motivo tercero, seguido conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la existencia de error de hecho en la valoración de la prueba, basándose en documentos que, en concepto de auténticos, cita, con mera referencia a los autos, cartas de pago y actas de requerimiento, los que aparte de haber sido tenidas en cuenta en la sentencia recurrida, privándoles así de carácter de auténticos a estos efectos, tienden, como en el motivo primero, no a combatir hechos declarados en la sentencia sino a proclamar derechos de recurrente en este caso para limitar la cuantía de las obligaciones de pago, de no prosperar la petición absolutoria, por entender que la cantidad satisfecha y reclamada en el pleito fue muy superior a la que correspondía, debido a culpa o negligencia del actor, retraso en su abono o por acudir al medio de fraccionamiento del pago; mas atendiendo a la petición meramente absolutoria, debe, de una parte, declararse que el motivo no afecta estrictamente a hechos, y de otra, que tal reducción, basada en culpa o negligencia, debió formularse adecuadamente en el pleito, y siempre partiendo de la base fáctica precisa, el desconocimiento por los demandados del hecho que dio lugar a la adquisición de los bienes antes de haberse producido los alegados recargos y ser éstos consecuencia de la conducta negligente del legatario demandante, razones determinantes del parecimiento de este motivo.

Considerando: Que el último de los motivos de recurso se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se basa en la violación por inaplicación de los artículos 1.158, 1.195, 1.889, todos del Código civil, y ha de sentarse que la exigencia del artículo 1.720 de la Ley de Trámites, de citar con claridad y precisión la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto de la misma, no se limita y detiene a la simple anunciación del concepto en que se base, sino que exige la concreta expresión del sentido en que ésta se ha cometido respecto a cada uno de los preceptos que se alegan, y es patente que ésta no existe respecto a los invocados artículos, debiendo añadirse que el partir este motivo de la eficacia del anterior, ha de decaer si aquél no obtuvo el éxito pretendido, razones que conducen a su desestimación.

F. C. L.