

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

DERECHOS REALES Y OBLIGACIONES

SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Congruencia. Acción rescisoria por lesión «ultra dimidium»: Nace en el momento de perfección del contrato. Perfección del contrato de opción.*

Se pactó un arrendamiento con derecho de opción a compra. Se intentó ejercitar ésta. El demandado se opuso alegando estar caducado el plazo concedido para ello. Además, reconvino alegando que, dada la revalorización del terreno, si se ejerciese la opción en el precio convenido, existiría una lesión para el vendedor de más de la mitad del justo valor de los bienes, por lo que el demandante debía elegir entre el pago del precio que resulte justo o la rescisión de la opción.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que, estimando en parte la demanda formulada por don G. F. contra don A. X., declaró el derecho que asiste al señor F. a obligar a cumplir al señor X. lo convenido en el pacto 6.º del documento privado por ambos, suscrito el día 1 de abril de 1954, y en su consecuencia condenó al señor X. a otorgar escritura pública de segregación, venta y continuación de servidumbre, respecto a los elementos de la finca descritos en el primer Considerando de su resolución y tal como se hallan en la actualidad, después de la expropiación forzosa realizada sobre parte de dicha finca y por el precio que se dirá. Y estimando, asimismo, la reconvencción, declaró que el precio fijado para la descrita compraventa de 450.000 pesetas, es lesivo para el vendedor en más de la mitad del justo precio que se estima en 1.281.000 pesetas, condenando en su consecuencia al demandado reconvenicional, señor F., bien a satisfacer el justo precio señalado, bien a desistirse de consumir la compraventa preparada, en el repetido documento de 1 de abril de 1954, sin expresa condena en costas.

La Audiencia confirmó este fallo.

El Tribunal Supremo no accedió a la Casación, en méritos de las siguientes razones:

Considerando: Que es cierto que, según el artículo 359, párrafo 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias deben ser congruentes con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito; pero también es doctrina jurisprudencial que la congruencia no supone que el juzgador haya de atenerse literalmente a las palabras que expresan los pedimentos de las partes, sino que ha de ponerlas en conexión con los antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos que éstas expongan en el cuerpo de sus escritos, por lo que, habiéndose ajustado el Tribunal a *quo* a esta conocida doctrina, al determinar el recto sentido y verdadero alcance de la pretensión reconvenicional formulada por el recurrido al contestar la demanda, acogida en el fallo precisamente con ese sentido y alcance, procede rechazar el motivo 1º.

Considerando: Que la acción rescisoria de la compraventa por lesión *ultra dimidium*, prevista en el libro IV, título I, capítulo II, de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, nace en el momento de perfección del contrato, no necesariamente en el de su consumación, como lo revela con meridiana claridad el último párrafo del artículo 323 en relación con el 2º del artículo 324 de dicho texto legal.

Considerando: Que a ello no puede oponerse. Primero, lo dispuesto en el artículo 325 de la Compilación, en conexión con el 1295 del Código civil, dado que estos preceptos no regulan los requisitos que dan vida a la acción, sino los efectos del éxito de la misma, y no todos los efectos, sino solamente los restitutorios en el supuesto específico del contrato consumado, que en el orden lógico son secundarios respecto al efecto primario—implícito en la Ley, tanto común como especial, pero que es inherente al concepto mismo de «rescisión», consistente en la ruptura o desintegración del contrato sinalagmático y en la consiguiente desaparición de la causa justificante de las recíprocas obligaciones contraídas por las partes, ora estén pendientes de cumplimiento, ora ya estén cumplidas totalmente al declararse la rescisión, efecto primario—, especialmente relevante en el caso de que la rescisión se oponga por el vendedor como excepción o por vía reconvenicional a la *actio empti*, ejercitada por el comprador, que será el único que se producirá en la hipótesis de contrato perfecto e inconsumado, si bien, en obsequio al principio de conservación del contrato, podrá ser evitado por el comprador mediante el pago en dinero al vendedor del justo precio total, sin interés alguno, a cambio de la entrega de la cosa objeto del contrato. Segundo, la inexistencia de lesión para el vendedor en la fase de pendencia de cumplimiento de las obligaciones dimanantes del negocio, porque no puede negarse que, jurídicamente hablando, resulta menoscabado el patrimonio del vendedor desde el instante en que, por la perfección de la compraventa, entra a formar parte del pasivo patrimonial una obligación, cual la de entregar la cosa que con el cumplimiento de la obligación dejará de ser de su propiedad, sin que la carga se nivele simultáneamente en el activo con un derecho de crédito el relativo al precio—de cuantía equivalente—.

Considerando: Que, por otra parte, en el supuesto de formación sucesiva del contrato de compraventa civil mediante el ejercicio del llamado derecho de opción, la perfección de aquel negocio jurídico se produce—salvo en el caso insólito de opción referida a un contrato preliminar de compraventa—desde el momento en que llega a conocimiento del concedente-vendedor la declaración unilateral, por la que el optante exterioriza su voluntad de comprar la cosa por el precio preestablecido, tesis que constituye la verdadera doctrina legal por ser la única reiterada por esta Sala, particularmente en sus sen-

tencias de 10 de julio de 1946 y 22 de julio de 1966, sin que lo sea la que exige la posterior conformidad del concedente, con la declaración de compra del optante, ni la que interpone entre la declaración de voluntad recepticia del optante—y la perfección del contrato de compraventa—un contrato de promesa bilateral de compraventa, perfeccionado con la consumación del contrato de opción y consumado con la perfección del de compraventa.

Considerando: Que, en virtud de las razones hasta aquí expuestas, debe estimarse que la fecha decisiva para el ejercicio de la acción rescisión por lesión *ultra dimidium* y para el cómputo del plazo cuatrienal de caducidad es la de la perfección del contrato de compraventa, y que tal fecha, cuando medió un pacto de opción de compra, es aquella en que llegó a conocimiento del concedente-vendedor la declaración de voluntad recepticia del optante-comprador, como ya declaró esta Sala, aplicando el derecho anterior a la Compilación, en la sentencia siguiente a la de casación de 18 de mayo de 1955, razones que imponen la desestimación del motivo 2.º, que acusa la infracción, por aplicación indebida, del artículo 323, y, por interpretación errónea, del artículo 325 de la Compilación y del artículo 1.295 del Código civil, así como la del motivo 4.º, que denuncia la infracción, por violación, del artículo 300, párrafo 3.º, de dicha Compilación, por entender sin fundamento que el plazo de caducidad debe computarse a partir de la fecha del contrato de opción.

Considerando: Que, en torno a la exclusión del contrato discutido del ámbito de la rescisión por lesión, la única cuestión alegada y controvertida en instancia fue si el precio de 450.000 pesetas, fijado en la cláusula de opción, tenía carácter aleatorio, con perjuicio posible para el concedente-vendedor, porque éste corría el riesgo de que el valor de las fincas se incrementara con el transcurso del tiempo y fuese, en la fecha del eventual ejercicio del derecho de opción, superior al importe del precio fijado en la de celebración del pacto preparatorio, con lo que se suscitaba un interesante tema sobre el carácter aleatorio del contrato de opción de compra, ya apuntado en esta Sala, en su sentencia de 6 de junio de 1959, mientras que la cuestión que se plantea en el motivo 3.º es la de si existe infracción por interpretación errónea del artículo 323, párrafo 2.º, de la tan repetida Compilación, fundándose la tesis afirmativa del recurrente en que el precio tenía carácter aleatorio, con posible perjuicio para el optante-comprador, porque, sujetas las fincas a expediente expropiatorio y a un litigio con la Administración, estaba expuesto a tener que pagar las 450.000 pesetas por la porción no expropiada de las fincas, cuyo valor podría ser muy inferior a tal cantidad, cuestión que por ser nueva se halla excluida del recurso de casación, conforme a la constante doctrina de este Supremo Tribunal.

Considerando: Que, en atención a lo prevenido en el artículo 1.668 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe condenarse al recurrente al pago de todas las costas y a la pérdida del depósito que constituyó oportunamente.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1967—*Servidumbre de paso de corriente eléctrica. Tiene que estar sometida a los artículos 537 y siguientes del Código civil.*

Cuando la finca era rústica se instaló la línea eléctrica sin apoyo en la finca objeto del pleito, por tanto, el discutido gravamen era sólo aéreo. Los actuales dueños de la finca, que la habían adquirido como libre de cargas, se

propusieron edificar sobre ella, e incluso comenzaron la edificación y construyeron un piso. la obra tuvo que paralizarse para no tocar con la línea. Gestiones (anteriores y posteriores) para que la instalación eléctrica se desviara y permitiera seguir la construcción. Buenas palabras..., y, por fin, el pleito.

Se pidió en la demanda que se dictase sentencia, por la que se declarase libre de cargas la finca en cuestión y se condenase a la sociedad eléctrica demandada a estar y pasar por la expresada declaración y a indemnizar a los actores de los daños y perjuicios causados, con imposición de costas a la parte demandada.

La sociedad demandada solicitó la absolución en base a que se había obtenido autorización administrativa, a que la variación del trazado de la línea no podía hacerlo por sí sola la entidad demandada que tenía que obtener rectificación de la concesión, etc.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que, estimando en parte la demanda, declaró que la finca urbana descrita en el hecho 1º de la demanda, se hallaba libre de cargas, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, desestimando las demás pretensiones contenidas en el escrito inicial, absolviendo de las mismas a la demandada, sin hacer especial imposición de las costas causadas.

La Audiencia confirmó dicha resolución, sin hacer expresa imposición de costas.

El Tribunal Supremo no dio lugar a la Casación.

Considerando: Que, a tenor de lo establecido en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el escrito interponiendo el recurso, no sólo se expresará el párrafo del artículo 1.792 en que se halla comprendido, y se citará con claridad y precisión la Ley o doctrina legal que se crea infringida, sino que igualmente habrá que citar «el concepto en que lo haya sido» de entre los diversos que señala el mencionado artículo 1.692, precepto que es forzoso reputar, incumplido cuando, como sucede en los motivos figurados con los números 3, 4 y 5 del presente recurso, el recurrente se limita a denunciar infracción de determinados textos y doctrina legales, sin expresar el concepto de la misma, a causa de lo cual, incurren en el supuesto de inadmisión del número 4 del artículo 1.729 de la Ley procesal que en el actual trance decisorio, lo es de desestimación.

Considerando: Que la carga o gravamen del dominio que aquí se discute, es decir, la de conducción de corriente eléctrica a que la entidad recurrente pretende tener derecho sobre la finca de los recurridos y con absoluta independencia del nombre que se emplea para su designación—ya se diga que es una servidumbre o bien se afirme que se trata de una limitación de la propiedad—tiene necesariamente que estar regulada por las disposiciones contenidas en los artículos 537 y siguientes del Código civil, relativos a los modos o procedimientos de su adquisición, de los que dicho precepto señala dos específicos, que son el título y la prescripción de veinte años, ambos a tener en cuenta por tratarse en el caso a que el recurso se refiere, de una servidumbre o limitación continua y aparente, susceptible, por tanto, de posesión continua y pública que permita el funcionamiento de la prescripción, modos ambos que, lógicamente, necesitan de una indispensable base de hecho—existencia del título, transcurso del tiempo requerido—para que jurídicamente puedan haber dado lugar al nacimiento del gravamen, que la sentencia recurrida declara probada en sentido negativo y en contra de la tesis de

quien ahora recurre, en cuanto que afirma que no se adquirió por prescripción, tampoco se presentó título alguno, del mismo modo que no se intentó acreditar la voluntad de los sucesivos propietarios del fundo que se dice sirviente, ni se justificó el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley de 23 de mayo de 1900 y su Reglamento para su aplicación de 27 de marzo de 1919, en que el recurrente pretende basar su derecho, que no corresponde, sin embargo, con la realidad de las cosas, tal y como resulta de aquellos hechos que dicho recurrente no ha intentado desvirtuar por el único cauce adecuado del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que sus alegatos no pasan de ser simples afirmaciones no probadas, todo lo cual conduce al crecimiento de los dos primeros motivos del recurso en que, por la vía del número 1.º del mismo artículo 1.692 de la Ley procesal, se denuncia, respectivamente, violación por inaplicación del artículo 348 del Código civil y la Ley de 23 de mayo de 1900, y violación de la doctrina legal que cita, siendo por ello obligada la desestimación del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*La responsabilidad de los empresarios, prevenida, en el artículo 1903 del Código civil, es directa, no subsidiaria. Culpa «in vigilando».*

La carga de un camión tropezó con un árbol, se salió de aquél, y fue a caer sobre una furgoneta que circulaba por la misma carretera, causando daños en ésta y la muerte del conductor de la furgoneta.

El conductor del camión fue condenado en Juicio de Faltas a la pena de reprensión privada, multa y pago de costas, reservándose a los perjudicados la acción civil correspondiente para el procedimiento y Juzgado que corresponda.

Los perjudicados instaron procedimiento en vía civil y suplicaron en la demanda se dictase sentencia, por la que se declarase:

A) Que don A. A., sufrió daños en su patrimonio como consecuencia del accidente referido en el hecho 1.º de esta demanda, por un importe de 38.445 pesetas, importe de la reparación de la furgoneta de su propiedad, así como perjuicios por la paralización de dicha furgoneta durante el tiempo preciso para tal reparación, del orden de las 21.555 pesetas. B) Que, asimismo, los hijos, M. del P. y J. N. A., y la esposa, M. del R. A. I., del fallecido don R. N., sufrieron un daño moral y material directo por tal fallecimiento, valorable en 500.000 pesetas o cantidad similar que fije el Juzgado. C) Que el demandado don J. A. P., como propietario del vehículo P-6.396, conducido a su servicio y en el cumplimiento específico de sus funciones por don A. P., causante culposo del accidente referido en el hecho 1.º de la demanda, es responsable y viene obligado a satisfacer a don A. A. la cantidad de 60.000 pesetas, y a los herederos de don R. N. es decir, a sus hijos, M. del Pilar y J. N. A., y a su esposa, M. del R. A., la cantidad de 500.000 pesetas o cifra similar que discrecionalmente fije el Juzgado D) Que la Compañía de Seguros «El Porvenir de los Hijos», con la cual el demandado tenía concertada una póliza, está obligada a responder de los daños y perjuicios sufridos por los actores hasta el límite en dicha póliza. Y, en consecuencia, que se conde-

ne a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y a que satisfagan a los actores la suma de 60.000 pesetas a don A. A., y la suma de 500.000 pesetas a los herederos de don R. N., limitando tal condena respecto a la Compañía de Seguros «El Porvenir de los Hijos», a la suma fijada en la póliza que dicha Compañía tiene o tenía concertada con el demandado don J. A. P., el día que ocurrió el accidente referido en el hecho 1.º de la demanda para responder de los daños y perjuicios que originase el vehículo causante del mismo, propiedad del citado demandado, en el supuesto de que dicha suma fuera inferior a las cantidades reclamadas o concedidas a los actores, o en otro caso que se condene al pago de dichas cantidades al demandado J. A. P. y subsidiariamente a la Compañía de Seguros «El Porvenir de los Hijos», hasta el límite de la suma fijada en la póliza que ambos demandados tienen concertada.

La parte demandada solicitó la absolución.

La sentencia del Juzgado estimó en parte la demanda. Declaró: Que el primero de los demandados sufrió daños en su patrimonio como consecuencia del hecho de autos, en suma de 38.445 pesetas, importe de la reparación de la furgoneta averiada y de su propiedad, sin que haya lugar a conceder suma alguna por perjuicios de paralización de negocio; que la esposa del difunto don R. N. S. E., llamada doña M. del R. A. I., en unión por igual, de sus hijos menores y del muerto, llamados M. del P. y J. N. A., sufrieron un perjuicio material directo por fallecimiento de su padre dicho y esposo de la primera, por importe de 500.000 pesetas, declarándose responsable civil directo en concepto de empresario del conductor del camión, causante del accidente a don J. A. P. L., de todas las dichas sumas; asimismo, declaró que la Compañía Aseguradora «El Porvenir de los Hijos» es responsable subsidiaria hasta la suma de 300.000 pesetas de las cantidades indemnizatorias anteriormente mencionadas, condenando a los demandados dichos a estar y pasar por tales declaraciones y a hacer efectivas en la forma dicha las sumas expresadas, para cada parte actora y entrega a esposa e hijos, su cantidad, por partes iguales, a salvo derechos administrativos propios de la posible patria potestad materna, mientras ésta dure. Todo ello sin expresa declaración en materia de costas.

La Audiencia, en apelación, dictó sentencia, por la que declaró que don A. A. sufrió daños, como consecuencia del hecho de autos, en la suma de 38.445 pesetas que doña M. del R. A. I., y sus hijos, doña M. del P. y don J. N. A., sufrieron un perjuicio material directo por fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, que se fija en 500.000 pesetas, de cuyos daños y perjuicios declara responsable directo, en concepto de empresario del conductor del camión causante del accidente, a don J. A. P. L. y a la Compañía Aseguradora «El Porvenir de los Hijos» la declaramos responsable subsidiariamente hasta la suma de 300.000 pesetas de las cantidades indemnizatorias antes mencionadas, condenando a dichos demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a hacer efectivas, en la forma dicha, las sumas expresadas a don A. A. H. y a doña M. del R. A. I. I., por sí y en representación de sus menores hijos; todo ello sin hacer expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

Se interpuso Recurso de Casación, basado, principalmente, en que no se demandó al conductor del camión, y la culpa del empresario, añadían, no puede ser directa. También se alegaba que en el proceso penal—Juicio de Faltas—se condenó a don A. P., conductor del camión, con reserva de acciones civiles, por entender que la cuantía de la posible indemnización era

superior a la que podía imponer el Juzgado que entendió en dicho juicio, y los demandados, en el proceso civil, eran personas distintas, contra los cuales nada se pidió en el Juicio de Faltas por el Fiscal ni por el acusador particular.

No prosperó el Recurso de Casación.

Son Considerandos de la sentencia que lo denegó:

Considerando: Que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración que la responsabilidad exigible a los empresarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1903 del Código civil, por la conducta culposa o negligente de sus empleados que hubiere ocasionado daños a un tercero, no tiene en nuestro Derecho positivo el carácter de *subsidiaria* respecto de la que reconoce el artículo 1902 de la Ley sustantiva, sino el de *directa*, como surgida de la relación jurídica material producida entre el primero y el agraviado, y derivada de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, en que el mismo ha incurrido, distinta de la *in operando*, cuya imputabilidad corresponde exclusivamente al autor del evento determinante de la indemnización reclamada (sentencias de 30 de abril de 1960 y 14 de febrero de 1964). Por lo que para lograr su efectividad ante los Tribunales no es preciso dirigir la demanda contra el último, según, entre otras, indican las sentencias de 9 de marzo de 1957 y 25 de octubre de 1966, y como así lo ha entendido el Tribunal *a quo* al emitir su fallo, estimando la acción emanada de los dos preceptos mencionados, es indudable que no los ha infringido por «interpretación errónea», como al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, se pretende en el primer motivo del recurso. A lo sumo, y en el supuesto de que fueren atinentes al caso controvertido las razones aducidas por el recurrente, habría incidido en la «aplicación indebida» de dichas normas legales, concepto de transgresión, que por no haber sido invocado, no puede acogerse en esta fase del procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que el motivo debe rechazarse sin que a tal pronunciamiento se opongan con éxito la alegación que se hace de la «falta de aplicación de los artículos 19, 22 y concordantes del Código penal y doctrinal legal, que se cita» por no apoyarse la misma en el artículo 1.092 del primer Cuerpo legal mencionado, como sería preciso para su prosperabilidad.

Considerando: Que igualmente decae el segundo motivo, dirigido por la vía formal del anterior, porque, aun cuando sea cierto que a los Tribunales civiles no les es lícito subsanar las deficiencias ni rectificar las omisiones en que sobre la materia aquí estudiada hubieren incurrido los de otro orden (sentencias de 13 de noviembre de 1934 y 9 de febrero de 1961), no lo es menos, que la doctrina legal que se dice infringida, por partir de la base de que por los Organos judiciales de lo penal, se condenó al autor de un delito o falta a la responsabilidad civil que le era inherente, conforme al artículo 19 del pertinente Código, es totalmente inaplicable a la hipótesis aquí debatida, por no haberse adoptado por el Juzgado de Paz correspondiente, decisión alguna en tal sentido, y limitarse a reservar al perjudicado en su integridad las acciones que a dicho fin pudieran corresponderle en la forma que prevén los artículos 112 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo que pasaron a la jurisdicción ordinaria las facultades a que, entre otras, aluden las sentencias de esta Sala de 25 de febrero de 1963, 13 de octubre de 1965 y 15 de junio de 1966.

Considerando: Que tampoco puede prosperar el tercero y último motivo del

recurso, apoyado en el número 7 del repetido artículo 1.692, en el que se acusa al Tribunal de instancia de haber incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, porque ni las diligencias de reconocimiento judicial, ni el informe de un Ingeniero de Obras Públicas, contenido en el oficio que el mismo dirigió a un Juzgado de instrucción, ni el plano que se le acompañaba, que a tal efecto se citan como documentos auténticos, gozan de tal carácter para la casación, ni, en todo caso, dichos elementos probatorios demuestran por sí mismos, y menos de modo evidente, lo contrario de lo que la resolución impugnada afirma.

SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Tendencia a la «Responsabilidad por riesgo». Aplicación del artículo 1.902 del Código civil. La responsabilidad, derivada de la posesión de un vehículo de motor por los daños que el mismo cause al ser utilizado, se considera como una responsabilidad por riesgo; es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión o utilización, prescindiendo de la culpa de la persona que lo maneja.*

La demanda se dirigió contra don V. L., la S. A. de Transporte «La Carretilla» y la Compañía Anónima de Seguros Generales «Plus Ultra», sobre reclamación de cantidad.

Exponía: Que el 10 de julio de 1959, don A. C. R., esposo de la demandante, caminaba por la acera de los pares del Paseo de las Delicias, cuando un camión, propiedad de Transportes «La Carretilla», S. A., conducido por el demandado señor L., que circulaba por dicha calle en dirección a la Plaza de Legazpi, y al llegar a la confluencia con la calle de Tarragona, intentó frenar; pero al fallarle los frenos de pie, se precipitó contra el taxi matrícula M-152.653, propiedad de don J. M. G. G., el cual, a su vez, embistió en su parte trasera al taxi matrícula M-1.523, propiedad de don F. M. V., que, invadiendo la acera, causó lesiones a varias personas y la muerte al esposo de su patrocinada. Los vehículos anteriores se hallaban parados ante un disco o semáforo en rojo, y el camión causante del accidente iba cargado con 3.000 kilos de cemento. Incoado el oportuno sumario por el Juzgado de Instrucción número 15 de los de Madrid, la Audiencia dictó sentencia en 22 de julio de 1960, por la que se absolvía al procesado de los cargos que se le imputaban, en base a que el fallo de los frenos se produjo de forma causal e inopinada. Sentencia confirmada en 10 de mayo de 1963 por la Sala 2.^a de nuestro más Alto Órgano Judicial. Entre las actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado de Instrucción número 15, de los de esta capital, se encuentra el informe de un Perito Ingeniero Industrial, don Antonio Ramos Domínguez, que asegura, sin lugar a dudas de ninguna clase, que la maniobra efectuada por el conductor del camión, en el siniestro origen del mismo, no está justificada bajo ningún concepto, ya que la rotura, aun casual del bombín de los frenos, no determina fatalmente la producción de unos daños de la entidad de los causados. Estimaban que los hechos acaecidos, si bien no pudieran constituir el tanto de culpa necesario para determinar una sentencia penal condenatoria, no es menos cierto que entrañan una deficiencia en la diligencia de un buen padre de familia que debe observar todo conductor que lleva en sus manos un vehículo de la envergadura y peligrosidad del causante del fallecimiento del esposo de la demandante. Se intentó por vía amistosa la compensación de la sensible e irreparable pérdida experimentada por la familia de la actora, sin que se

consienta llegar a un acuerdo, tanto con el conductor del camión como con la entidad propietaria del vehículo o la Compañía Aseguradora, habiéndose intentado el acto de conciliación preceptivo, que no tuvo efecto por la incomparencia de los demandados. Suplicó se dictara sentencia por la que se condenara a los demandados solidariamente a satisfacer a la demandante la cantidad de 204.465 pesetas en concepto de indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la muerte de su esposo, en accidente de circulación, y expresa imposición de costas a los demandados.

La contestación a la demanda decía, en resumen: Que el día de autos, don V. L. conducía, al servicio de Transportes «La Carretilla», S. A., el camión por el Paseo de las Delicias en dirección a Legazpi. El camión iba cargado con 3.000 kilos de cemento y al llegar a las proximidades de la calle Tarragona, su conductor se dio cuenta de que el disco cambiaba a color rojo, por lo cual pararon bastantes coches ante él, en cuyo momento hizo uso de los frenos para parar a su vez, encontrándose con que los frenos no funcionaban, por lo cual el camión seguía su marcha, a pesar de que el procesado intentó frenar con el freno de mano, y procuró aminorar la marcha mediante el cambio de velocidades, sin que pudiera conseguir su propósito, porque debido a la velocidad que iba tomando el camión, no obedecían los mandos. Al no poder pararse, se precipitó contra los vehículos que lo estaban ante el disco, yendo a colisionar con un taxi, que impulsado por el golpe, lo hizo contra otro, y a su vez, dicho primer taxi entró en la acera, donde arrolló al peatón don A. C. R., al que causó lesiones que determinaron su fallecimiento. El procesado había estado circulando con toda normalidad con el camión por las calles de la capital, hasta el momento de ocurrir el accidente, sin que en todo ese tiempo notara algo extraño en el motor y mandos, por lo que el fallo de los frenos se produjo de manera brusca e inesperada, debido a la rotura casual del bombín de los frenos que manda el líquido a las ruedas; por lo que aquéllos quedaron inutilizados. Este fue el relato de hechos que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial dejó sentados como probados por su sentencia de 22 de junio de 1960, y que después la Sala Segunda del Tribunal Supremo dejó invariables. La actitud del demandado don V. L. G. fue en todo momento atemperada a la más estricta y exquisita prudencia. Conformes con que entre las actuaciones sumariales que se llevaron a cabo ante el Juzgado número 15 de Madrid, se encontraba el informe del Ingeniero Industrial, pero también lo es cierto que dicho informe no se refería tan sólo a una interpretación técnica y a una explicación científica de la causa del fallo de frenos del vehículo y a su mayor o menor influencia en el accidente, sino que después, y a lo largo del mismo, el Ingeniero Industrial firmante se dedicaba a suposiciones y aclaraciones sobre la conducta del procesado y sobre la que él consideraba obligada actuación profesional, extremos éstos que además de no ser de la competencia de la pericia del informante, han quedado después suficientemente rebatidos en el resultado de hechos probados de la sentencia que puso fin a la tramitación penal del asunto. Sienta una afirmación tan extravagante como la de que debe ser siempre dueño de la velocidad del vehículo, lo cual estaría bien si el accidente se hubiera producido por un erróneo cálculo de distancias o una maniobra incorrecta, o incluso por no haber tenido tiempo para frenar ante un obstáculo imprevisto o determinado el conductor del camión, pero nunca si yendo a una velocidad moderada se encuentra de improviso su conductor con que el mecanismo con que cuenta para dominar el camión no le responde de modo súbito y que los que le pueden coadyuvar a ello son ineficaces ante la velocidad que va adquiriendo el vehículo

por efecto de la carga y de la pendiente, circunstancias ambas ajenas por completo a la conducta del demandado señor L. En cuanto a las hipótesis vertidas al final del informe, sobre las posibilidades de encintar el camión al bordillo de la acera del Paseo de las Delicias o empotrarlo contra uno de los árboles allí existentes, entienden que no pueden ser tomadas en consideración, pues ignoran e ignora el Perito, si junto al bordillo discurrían peatones a los que pudiera haber causado el camión perjuicios irreparables e incluso la muerte y si en su trayectoria existía algún árbol contra el que pudiera detener su marcha. La parte actora, en el correlativo de su demanda, deja sentado que los hechos acaecidos entrañan una deficiencia en la diligencia de un buen padre de familia, que debe observar todo conductor que lleve en sus manos un vehículo de la envergadura y peligrosidad del causante del fallecimiento del esposo de la demandante. Pero en cuanto a las razones demostrativas de esa deficiencia, no dice nada. El demandado intentó frenar con el freno de mano y procuró aminorar la marcha con el cambio de velocidades, maniobras ambas que demuestran a ultranza la suficiencia técnica y la actitud delicada del demandado. Ante todo ello, no es extraño que los intentos de obtener en vía amistosa la compensación económica de la irreparable desgracia sufrida por la actora no dieron resultado positivo y tampoco el acto de conciliación intentado a tal fin. Con motivo del fallecimiento de don A. C. R., sobrevivieron al mismo, según se desprende de la documentación aportada al escrito interponiendo la demanda de pobreza, su esposa, hoy demandante, doña T. A. A., y seis hijos. La declaración de herederos *ab intestato*, al haber fallecido sin testamento el causante, era trámite obligatorio para poder invocar por cualquiera de ellos, la condición de herederos; e invocando los fundamentos legales de derecho que estimó aplicables, terminó con la súplica de que en su día, y previos los demás trámites legales y el recibimiento a prueba de los autos, se dictara sentencia por la que en estimación de la excepción de falta de legitimación activa, deducida, o de la prescripción igualmente establecida, se declare no haber lugar a la demanda interpuesta, o bien, entrando ya en el fondo del asunto y en virtud de lo alegado y probado, se dictara sentencia por la que se absolviera de la petición deducida en la demanda.

El Juzgado dictó sentencia desestimatoria de las excepciones alegadas por la parte demandada y desestimatoria también de la demanda, absolviendo, en su consecuencia, a los demandados, sin hacer expresa imposición de costas.

En apelación, la Audiencia dictó sentencia por la que revocando la sentencia apelada y desestimando las excepciones de falta de personalidad de la actora, y de prescripción de la acción, deducidas por las partes demandadas, estimó la demanda formulada por doña T. A. A., y condenó a los demandados don V. L. G., Empresa de Transportes «La Carretilla», S. A., y a la Compañía aseguradora «Plus Ultra, S. A.», a pagar solidariamente a la actora la cantidad de 204.465 pesetas, como perjuicios sufridos por la muerte de su esposo, sin hacer expresa imposición de las costas de ambas instancias.

Se interpuso Recurso de Casación que no triunfó. El primero y principal motivo que el recurrente formuló sostenía:

Primer motivo: Al amparo del número 1º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil, y por interpretación errónea del artículo 1.903 del propio texto legal. El artículo 1.902 del Código civil se integra en dos factores; el supuesto de hecho contemplado por el precepto y la consecuencia jurídica a que el mismo da lugar. Supuesto de hecho «el que por acción u omisión cause daño a otro,

interviniendo culpa o negligencia...»; consecuencia jurídica: «está obligado a reparar el daño causado». El primero se integra en tres requisitos la acción u omisión culposa no negligente, los daños o perjuicios realmente causados, y por último, la relación de causalidad entre ambas premisas. Se ha de partir en primer lugar del análisis de la conducta del recurrente don V. L. G., en el momento de autos La voluntariedad es presupuesto previo para que una acción pueda tipificarse de culposa o negligente. El demandado V. L. fue víctima de circunstancias por completo ajenas a su voluntad, circunstancias reflejadas precisa e inequívocamente en las diligencias probatorias practicadas en autos, conforme ha quedado acreditado en autos, que tanto la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial como la Sala 2.ª de este Tribunal Supremo, consideran que no existía culpa penal alguna en la conducta del entonces procesado. Se estableció y ha quedado ratificado y establecida en los autos que el demandado V. L., cuando conducía el camión propiedad de la Entidad demandada, Transportes «La Carretilla», S. A., por el Paseo de las Delicias con la carga, ni mucho menos excesiva ni inadecuada, de 3.000 kilos de cemento, se dio cuenta de que los frenos no funcionaban, situación que le surgió a escasísimos metros de un semáforo que se encontraba rojo, ante lo cual el demandado intentó frenar con el de mano y procuró aminorar la marcha mediante el cambio de velocidades, sin que pudiera conseguir su propósito, porque debido a la velocidad que iba tomando el camión, no le obedecían los mandos, yendo con tal motivo a estrellarse contra un taxi que había parado, ante lo cual se introdujo en la acera, causando la muerte del esposo de la demandante. La sentencia dictada por el Magistrado Juez de Primera Instancia número 21 de los de Madrid, ilustra y demuestra lo irrelevante de la solución propugnada por el Ingeniero Industrial señor R., en su informe. Efectivamente, tras analizar la diligencia de confesión judicial en que absolvía posiciones el señor L., trae a colación la circunstancia de si la maniobra realizada por el mismo es correcta o pudo detener el camión por otros medios al alcance del demandado, estableciendo tal Considerando que si bien el artículo 215 del Código de Circulación señala que todo vehículo tendrá como mínimo dos mecanismos de frenos independientes, que sean suficientes para detenerlo en las pendientes más fuertes, en la realidad ello no es factible de realizar con un camión con 3.000 kilos de cemento, aludiendo como base de su tesis el informe emitido por el Ingeniero Jefe de Industria en cuanto señala que el freno de mano es un freno puramente de estacionamiento y debe impedir el movimiento del vehículo una vez parado. Está probado que la velocidad en que el camión llegó al punto de colisión la fue adquiriendo a lo largo de su recorrido, una vez averiado su sistema de frenado, quedará acreditado cumplida y suficientemente que no puede tener consideración suficiente a efectos de aplicación de la culpa civil, por lo cual es esto una prueba más de la falta de voluntad del señor L. G., en el accidente que ahora les convoca. Establecido esto, queda acreditado por completo la falta de virtualidad de la argumentación vertida por la Sala de Instancia en el segundo Considerando de la sentencia atacada, pues no existió acción ni omisión culposa, y aunque tiene virtualidad el daño a tercera persona, al no existir el primero de sus elementos, no puede darse la existencia de la culpa contractual o quilliana. No existió posibilidad alguna en la conducta de don V. L. para detener el vehículo que conducía, ante la súbita e inesperada y no anunciada avería de su sistema de frenado. Es irrelevante a todas luces la afirmación contenida en el primer Considerando de la sentencia dictada por la Audiencia Territorial, en cuanto debió tener prevista tal eventualidad al circular con la

carga que lo hacía por la pendiente del Paseo de las Delicias, afirmación que tildan de irrelevante, al no haberse acreditado que la carga fuera excesiva para las características del camión, no puede hablarse de que existió ni siquiera simple negligencia y, por tanto, no puede el conductor tener prevista eventualidad alguna ante la forma súbita e inesperada en que se le averió el sistema de frenado, según se determina y dictamina en la actuación sumarial traída como prueba argumental a los autos. Y en vista de ello tampoco puede hablarse de la diligencia del buen padre de familia que como exculpación valora el artículo 1903 del Código civil, pues esa diligencia ha quedado más que acreditada con la actuación mecánica, técnicamente perfecta, del conductor hoy demandado. En la actuación del señor L no existió negligencia alguna, y antes bien, obró con la diligencia de un buen padre de familia; viene fundamentada en la ausencia de voluntariedad en el accidente que les ocupa y al no existir éste desaparece el factor de hecho del precepto contemplado, esto es, el artículo 1902 del Código civil.

Al resolver, como queda expresado, el Tribunal Supremo que no había lugar a la Casación, rebatió los argumentos del recurrente así:

Considerando: Que el segundo motivo del recurso formulado por error de hecho bajo el amparo del número 7.º del artículo 1.692 e invocando como documento auténtico el informe de la Delegación de Industria de la provincia de Madrid, unida al folio 105 del sumario, no puede ser estimado, porque la eficacia de dicho informe no puede pasar, en el supuesto más favorable de la de una prueba pericial, a las que, una constante jurisprudencia de esta Sala, niega carácter de autenticidad a efectos de casación, presupuesto indispensable para que el motivo pudiera prosperar.

Considerando: Que el primer motivo, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con alegación de la indebida aplicación del artículo 1.902 del Código civil y la errónea interpretación del artículo 1903 del mismo Cuerpo legal, ha de correr idéntica suerte desestimatoria por las siguientes razones: Primera, porque teniendo en cuenta los estragos que un camión cargado puede producir, dada la densidad del tráfico dentro del casco de las poblaciones, deben extremarse las previsiones normales y en especial las referentes a los frenos del vehículo, que deban ir perfectamente revisados, conforme a las prescripciones del artículo 243 del Código de la Circulación y merece la especial atención del conductor, de tal forma que se consiga la máxima garantía de que, por motivos inherentes a su propio mecanismo, no fallen jamás, y en el presente caso no se ha demostrado ni que se hubiera adoptado aquellas garantías ni que el fallo obedeciese a causas extrañas al vehículo, que es donde se ha de catalogar lo imprevisible. Segundo: Porque ocurrido el evento no se ha puesto de relieve la eficaz diligencia del conductor del vehículo para evitar el estrago; pues el freno de mano no fue accionado y debió de utilizarse; ya que, aunque sea fundamentalmente apto para el estacionamiento, también tiene una misión que cumplir como de reserva. Si se actuó y tampoco respondió, debido a su mal estado, como su mecanismo es totalmente distinto del de pie, ello acusaría una doble imprevisión; aparte de haber podido utilizar las marchas cortas como sistema de frenazo; lo que tampoco se puso en práctica. Tercero: Porque, aunque las anteriores razones configuren por sí solas la culpa civil, la jurisprudencia de esta Sala cada vez va inclinándose más a una situación más objetiva de esta clase de responsabilidad, ponderando factores como el del riesgo profesional, la compensación de beneficios, la inversión de la carga de la prueba, etc., tendencia que no podrá des-

arrollarse plenamente mientras no sean aceptados sus principios en toda su integridad, por la legislación positiva, pero que si algún día lo es, nos llevará, como se ha llegado ya en la legislación laboral, a estimar sólo el factor de la causalidad con abstracción del factor psicológico de la culpa. Entre tanto, y dentro de los límites de lo posible, la tendencia a que aludimos se pone de manifiesto en las sentencias de 8 de abril de 1958; 30 de junio de 1959 y 9 de abril de 1963, esta última citada en la de 15 de junio de 1967, en la que se llega a decir: «Que la responsabilidad derivada de la posesión de un vehículo de motor, por los daños que el mismo cause al ser utilizado, se considera como una responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión o utilización, prescindiendo de la culpa de la persona que lo maneja».

SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Concepto de precario. El hecho de que se paguen determinadas cargas y contribuciones por el supuesto precarista, no excluye su condición de tal.*

Se dijo en el primer motivo del Recurso de Casación que se había aplicado indebidamente el artículo 1.565, 3.º de la Ley Procesal Civil, porque se había estimado en la parte demandada la condición de precarista. La esencia del precario, alegaban, se halla en la gratuidad. Es decir, la tenencia de la finca sin la adecuada contraprestación económica o la asunción de cualquier otra carga fijada con carácter periódico por razón de dicha ocupación. Naturalmente, seguía diciendo el que recurria, si por razón de la ocupación controvertida se paga merced en el sentido de sostener unas determinadas cargas sólo exigibles y sólo asumidas en función de la ocupación, no puede hablarse de precario ni hacer aplicación del referido artículo 1.565, 3.º, doña D. y doña F. R. G. por haberlo así estipulado con doña M. G.—como lo reconoce ésta al absolver la posición 14—, asumieron el pago de las contribuciones y cargas hipotecarias incidentes sobre dicha finca, en función de su ocupación contractual establecida, y así se llevó a término a ciencia y paciencia de todos los contratantes, luego es claro que ni las señoras R. G. pueden ser calificadas de precaristas ni hacerse aplicación, en su contra, del artículo 1.565, tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo que al no hacerlo así el Tribunal *a quo* aplicando, al contrario, el referido precepto legal, incidió en el vicio denunciado.

No hubo lugar a la casación. El primer Considerando de la sentencia del Tribunal Supremo dice:

Considerando: Que la Sala de instancia con plena aceptación de los razonamientos del Juzgado, estimó la demanda al entender con acierto que la parte actora justificó con la presentación de la escritura pública de compraventa del inmueble, inscrita en el Registro de la Propiedad, su derecho a la posesión de la finca discutida como dueña actual, según lo dispuesto en el artículo 1.564 de la Ley procesal civil, así como también que la parte demandada no paga merced alguna, premisas éstas que llegan al Tribunal *a quo* a declarar que habiendo transcurrido el plazo de cuatro años que a las vendedoras demandadas se les concedió en la cláusula tercera de la aludida escritura, para seguir ocupando la finca, al ser requeridas para la dejación del inmueble, sin atenderlo, ostentaban la condición de precaristas de conformidad con el artículo 1.565, número 3.º, de la Ley citada, lo que origina el presente recurso, en cuyo primer motivo se aduce en apoyo de las infracciones que denuncia, que el hecho de pagarse por las demandadas unas determinadas cargas

y contribuciones por razón de la ocupación contravertida, excluye el precario, argumentación ésta inaceptable que origina que el motivo que la sustenta no puede ser estimado, y ello, porque el recurrente no tiene en cuenta, en primer término, que la afirmación de hecho que la sentencia contiene en cuanto al no pago de merced alguna por parte de las demandadas, mientras no sea combatida en forma y con éxito debe ser respetada en casación, y en segundo lugar, porque ya la doctrina jurisprudencial ha sentado reiteradamente que el hecho del pago de la renta o merced que excluye la condición de precarista no está constituida por el abono del importe de la contribución, ni aun por la entrega de dinero, si tales pagos no se hacen a título de merced por arrendamiento constituido o presunto o por cualquier otro que dé derecho al disfrute, y a nombre del que paga, y aun aceptados en tal concepto por el poseedor real, y como ello no consta se estableciera así, se hace indudable que las demandadas, ahora recurrente, no se hallan respaldadas por otro título que la mera condescendencia del poseedor, por lo que la Sala sentenciadora se atuvo en todo caso a los hechos que estimó carentes de prueba por el lado de las demandadas y a los demostrados por la adversa con su título de dominio inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que lleva en sí la inviabilidad del motivo primero.

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1967.—*Retracto de comuneros. Para que el acto de conciliación surta efectos en cuanto al ejercicio de la acción de retracto, ha de ir acompañado de la consignación del precio y demás gastos legítimos. El plazo para ejercitar el retracto de comuneros es de caducidad, no de prescripción.*

Todo el problema debatido en la litis gira en torno a si el acto de conciliación solicitando el retracto, instado dentro de plazo, pero *sin* consignación, prolongaba la viabilidad de la acción de retracto durante los dos meses que duran los efectos de dicho acto de conciliación—tesis del recurrente—.

No triunfó el recurso.

Son Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo:

Considerando: Que el recurrente, en el primer motivo de su recurso, formulado al amparo de igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye a la sentencia que impugna la violación de los artículos 1.518, 1.522, 1.524 y 1.525 del Código civil, y de los 1.619 y 1.620 de la Ley Procesal, así como también de la doctrina legal proclamada en numerosas sentencias que citaba, según las cuales, a su juicio, el simple hecho de que hubiese intentado la conciliación contra el comprador, dentro de los nueve días siguientes al en que tuvo (lugar) conocimiento pleno de la venta, basta para prolongar la viabilidad de la acción de retracto durante los dos meses siguientes a dicha conciliación, aunque en ésta no se hubiese realizado la consignación del precio conocido, y, por tanto, si en ese plazo de los dos meses se presenta la demanda con todos los requisitos legales—incluido el de la consignación del precio—, la acción de retracto tiene que prosperar.

Considerando: Que para que este motivo debiera prosperar sería preciso: en primer lugar, que, por lo menos, dos de las sentencias que el recurrente invoca en su apoyo, proclamaran, de manera clara e inequívoca, esa tesis que él les atribuye; y en segundo término, que, además, tal tesis no estuviera desvirtuada por algunas otras resoluciones de este Tribunal, que el propio recurrente cita y por otras muchas más que, en tal sentido, se han dictado.

Considerando: Que por ello se hace necesario examinar las sentencias que el propio recurrente invoca, para comprobar cuál es la doctrina que sustentan; y en relación a ellas, conviene señalar: a) que la sentencia de 16 de octubre de 1920, se limitó a proclamar «que el acto conciliatorio, aunque era un procedimiento legal adecuado y aun necesario para el ejercicio del derecho de retracto, lo en él convenido sólo tiene eficacia jurídica para las partes convenidas, pero no para terceros que en la convención no hubieran intervenido; por lo que no pudo surtir efecto frente a un segundo retrayente, lo que con el primero había convenido el demandado; b) que la sentencia que se dice de fecha 25 de noviembre de 1920 no aparece publicada en la Colección Legislativa; c) que la de 13 de junio de 1921 recayó en proceso en que previamente a la demanda se había intentado la conciliación *consignando* en este acto *el precio de la venta* y el importe de los gastos legítimos, y proclamó que en el supuesto de haberse consignado y no conseguido avenencia, «aquel acto interrumpe la prescripción de la acción, por el tiempo y en la forma que autorizan los artículos 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.947 del Código civil; d) que la sentencia de 4 de octubre de 1927 no hizo más que reiterar la tesis establecida por la ya citada de 16 de octubre de 1920, porque, al igual que en este caso, en aquél también había habido avenencia en el acto conciliatorio previo, y el interpelado en ella se había conformado con resolver la venta, lo cual no podía perjudicar a terceros que en la conciliación no habían intervenido; e) que la sentencia de 14 de febrero de 1928 puso fin a un proceso en que se ejercitaban acciones derivadas del contrato de transporte, que eran meramente prescriptibles; f) que la sentencia de 30 de abril de 1940 no establece la tajante doctrina que el recurrente la imputa, pues aunque reconoce «que el acto de conciliación es uno de los medios que la Ley concede para el ejercicio de los derechos, entre ellos el de retracto, según de manera expresa tiene declarado esta Sala...», tiene buen cuidado de puntualizar que ese derecho de retracto no era prescriptible, sino «que caducaba al transcurrir los nueve días fijados por la Ley», y si bien proclamó «que por haberse interpuesto la demanda dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación celebrado antes de que hubiesen transcurrido nueve días desde que el actor tuvo conocimiento de la enajenación», había que reputar no caducada la acción, no reconoció que en tal conciliación no se hubiese consignado dicho precio, ni ello se deduce del rollo 320 de 1935, en el que recayó esa sentencia de 30 de abril de 1940, en el que el demandante aparece afirmando—sin contradicción del demandado—que de la certificación que acompaña del acto conciliatorio celebrado sin avenencia «resulta haberse el demandante sujetado al cumplimiento de las demás prescripciones que en derecho fueran procedentes», y g) que la sentencia de 10 de marzo de 1945, de manera rotunda y terminante, sienta la tesis de que, aun admitido por la Sala en sus sentencias de 13 de junio de 1921, 21 de febrero de 1931, 12 de junio de 1936 y 30 de abril de 1940, que la conciliación sirve para ejercitar el derecho de retracto «este ejercicio se hallara desprovisto de la eficacia que persigue, si únicamente se observa en él el requisito relativo al tiempo en el que ha de serlo y *se incumple el de la consignación del precio exigido*, para que se cumpla conjuntamente con aquél, en el artículo 1.718 de la Ley Procesal...» Por tanto, «habiéndose omitido por la parte hoy recurrente la consignación del precio de la venta... hasta que presentó su demanda de retracto después de transcurrido el plazo de nueve días..., aunque dentro del mismo se hubiese celebrado sin cumplimiento de aquel requisito ni avenencia el acto conciliatorio que instó... no incidió la sentencia recurrida

acertadamente desestimatoria de la demanda, en las infracciones de Ley y de doctrina que supone el recurrente..., pues para el efecto interruptor del plazo señalado al ejercicio de la acción de retracto, *no basta*, según los preceptos y doctrina normativos del mismo, *la conciliación*, ni que en la jurisprudencia que también invoca, se halle reconocida la eficacia de aquel acto en casos en los que no se haya debatido acerca del requisito de la consignación».

Considerando: Que ya en este terminante sentido se había pronunciado esta Sala en la sentencia de 12 de junio de 1936, en la que estableció que en el acto conciliatorio que sustituye a los efectos que se persiguen a la interposición de la demanda «debe cumplirse, por parte del retrayente, la obligación ineludible de consignar el precio»; y posteriormente en multitud de sentencias ha vuelto a reiterarse esta doctrina, mereciendo citarse las de 27 de enero de 1950, 21 de febrero, 8 de julio y 30 de octubre de 1953, 30 de mayo y 5 de noviembre de 1955, 4 de febrero de 1957, 11 y 12 de febrero de 1959, 11 de febrero y 3 de junio de 1960, 6 de mayo de 1961 y 31 de octubre de 1965.

Considerando: Que realmente al admitir este Tribunal que el acto conciliatorio es un medio hábil para ejercitar la acción de retracto, viene a otorgar a dicha institución, el carácter que la doctrina científica y la Ley le otorgan, de ser un tipo especial de proceso dirigido a obtener del Juez una actividad de avenencia entre el sujeto positivo de la solicitud que a tal fin se formule, que constituye, salvo excepciones, un presupuesto de admisibilidad de cualquier proceso posterior.

Considerando: Que la circunstancia de que el ejercicio del derecho de retracto se incide mediante intento de acto conciliatorio con consignación y cumplimiento de los demás requisitos legales no altera la naturaleza de la acción, ni la convierte, por tanto, en prescriptible, sino que lo único que sucede es que en tal supuesto el proceso de ese modo incoado sigue su curso normal si la demanda se presenta dentro de los meses siguientes al acto, y, por el contrario, si no se deduce dicha demanda, todo lo actuado pierde eficacia, como si hubiera estado sometido al cumplimiento de una condición resolutoria que, al sobrevenir, hace ineficaz la intentada conciliación, como si no se hubiese efectuado y queda automáticamente extinguida la acción por caducidad.

Considerando: Que en el motivo segundo del recurso se atribuye a la sentencia recurrida incongruencia, que se hace consistir en que aquélla introduce en el pleito la novedad de utilizar para la decisión de él un argumento distinto al que había puesto de manifiesto el demandado señor Calderón, que se limitó a sostener, en su contestación a la demanda, que ésta había sido presentada fuera del plazo de los nueve días contados a partir del en que el retrayente tuvo conocimiento de la venta, sin que nadie hubiese alegado, como base para la tesis absolutoria, que fuese necesario consignar el precio en el momento de celebrar el acto conciliatorio, o si se quiere, dentro de los nueve días siguientes a tal celebración de dicho acto, a pesar de todo lo cual—concluye el recurrente—la Sala tomó como base la desestimación de la demanda, el defecto de la consignación en cuanto al momento en que se llevó a efecto, que fue el de presentación de la demanda inicial del pleito y que tuvo lugar antes de que hubiesen transcurrido dos meses desde la celebración del acto conciliatorio previo.

Considerando: Que también procede la desestimación de este motivo, en primer término, porque el requirente, digo, requisito de la consignación lo establece la norma con carácter imperativo y lo sustrae al principio dispositivo de las partes, cuando ordena en el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil que no puede «darse curso a las demandas de retracto» si no se cumplen los requisitos que allí se señalan; y en segundo lugar, porque el plazo de viabilidad para que el ejercicio de la acción de retracto de comuneros establece el artículo 1.522 del Código civil, en relación con el 1.524 del mismo Cuerpo legal, no es un plazo de prescripción susceptible de interrupciones y que sólo puede estimarse prescrito cuando tal prescripción se alegue por quien salga por ella favorecido, sino que es un plazo de caducidad, como ha declarado esta Sala en multitud de sentencias—30 de abril de 1940, 4 de julio de 1947, 8 de abril de 1948, 7 de abril de 1956, 8 y 20 de noviembre de 1958 y 6 de mayo de 1961—que no puede ser objeto de prórrogas, y que debe ser estimado incluso de oficio.

Considerando: Que la desestimación de los dos primeros motivos del recurso hace ya innecesario el examen y decisión del tercero, porque precisamente se funda en el supuesto—que rechaza la sentencia impugnada—de que la acción de retracto se ejercitó en tiempo y forma, es decir, en que se cumplieron en su ejercicio todos los requisitos que la Ley impone, incluso el de la consignación oportuna; si la sentencia hubiera admitido que dicha consignación no se había efectuado extemporáneamente, entonces en tal supuesto todos los preceptos que el recurrente cita como infringidos en este tercer motivo deberían haber sido aplicados por la Sala sentenciadora, que, al no hacerlo, los violaría, y tendrían que ser tenidos en cuenta por este Tribunal de Casación, al dictar la segunda sentencia que nuestro Ordenamiento—a diferencia de otros—le obliga a dictar; y lo mismo ocurriría si el recurso, por las vías adecuadas, hubiese impugnado y desvirtuado eficazmente con apreciación o calificación que hace la Sala de instancia, respecto a que la simple manifestación del recurrente de que en el acto conciliatorio pone a disposición del demandado-comprador el precio, «no equivale a la consignación que la misma exige»; mas como ello no ha sido así, y esas afirmaciones de la sentencia han quedado inalteradas resulta evidente que, siendo la verdad legal, «que no se realizó la consignación en tiempo oportuno», no podían ni debían ser aplicadas al caso controvertido las normas que imponen la estimación de la acción de retracto, para lo cual era requisito esencial, entre otros, el de consignación dentro de plazo, supuesto de hecho que, como queda reiteradamente expuesto, la Sala de instancia no ha admitido.

Considerando: Que en último término conviene destacar: Primero: Que el demandante, faltando a la obligación que la lealtad procesal le exige, y que la jurisprudencia le recuerda—sentencia de 18 de junio de 1949—, omitió señalar, con claridad y precisión, la fecha concreta en que tuvo conocimiento de la venta que impugna, limitándose a decir, en la demanda inicial, que «he podido averiguar recientemente... la transmisión de la porción de finca objeto de la presente acción... y que cuando ha tenido conocimiento de los antecedentes... promovió con carácter inmediato el oportuno acto de conciliación...», en el que ponía a disposición del señor C. el importe del precio», por lo cual se carece del conocimiento del día preciso en que debió comenzar el plazo de caducidad de la acción. Segundo: Que el propio demandado, con referencia a este esencial extremo le objetó «que no sirve indicación de cuándo tuvo conocimiento el retrayente de la venta», y «que es precisamente, digo, preciso que dicho retrayente concrete la fecha en que tuvo conocimiento de la compraventa...», para que de esta forma pueda determinarse si el cómputo del tiempo pasado le permite o no ejercitar el derecho de retracto. Tercero: Que tampoco en el apuntamiento figura testimoniada la papeleta de conciliación, en la que podía

comprobarse si aparecía concretada aquella importante fecha, ni certificación del día en que tal papeleta se presentó, ni nada de ello se puede deducir de la certificación del acto conciliatorio, en la que se limitan a transcribir las peticiones que se formulan en la súplica, diciéndose—con la misma vaguedad de siempre—que «enterado el demandante *muy recientemente* de todo el proceso ejecutivo que permitió la transmisión de la porción de finca—no fue, realmente, porción, sino participación indivisa—en favor del señor C. se propone... ejercitar el derecho de retracto.

B. M. B.

SUCESIONES

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1967.—*Testamento en peligro de muerte. Capacidad del testador. Su valoración, como cuestión de hecho, corresponde al Tribunal «a quo». Artículos 662, 663, número 2.º, 664, 666, 700 del Código civil.*

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón, confirma la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Pola de Lena, en base a los siguientes razonamientos:

«Que por ser el objeto de discusión en las actuaciones que dan lugar al presente recurso de casación, la validez de un testamento otorgado en peligro inminente de muerte, del que se impugna la capacidad mental de la persona que lo otorgó, es necesario—como declara la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1966—partir de las normas contenidas en el Código civil que con carácter genérico regulan la materia, de las cuales resulta que, según el artículo 662, “pueden testar todos aquellos a quienes la Ley no lo prohíbe expresamente”, que se complementa a estos efectos con lo establecido en el número 2.º del 663, a cuyo tenor “están incapacitados para testar. los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio”, regla ésta que debe ponerse en relación con lo preceptuado en el 664, según el que “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”, y en el 666, donde decide que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”, reglas todas ellas que, como ya dijo la jurisprudencia de esta Sala—especialmente en las sentencias de 18 de diciembre de 1958 y 19 de enero de 1960—, implican una cuestión de hecho, cuya valoración es de la competencia exclusiva de la Sala sentenciadora, a cuya apreciación ha de estarse, sin que contra ella pueda prevalecer otra impugnación que la, fundada en el número 7.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, determinando los preceptos legales infringidos referentes a la prueba, si se alegare error de derecho, o los actos o documentos auténticos reveladores de la evidente equivocación del juzgador al apreciar la prueba, si el alegado error es de hecho.»

«Que en el caso de autos, declarado por el Tribunal *a quo* como resultado de un ponderado y conjunto análisis probatorio, que los antecedentes relativos a las facultades mentales de la testadora, con referencia a los cuales la prueba testifical, unánime y conteste practicada a instancia de la parte actora, acredita un evidente extravío psíquico, concretado en un largo periodo de

tiempo que abarca casi su vida entera—aunque permanezca en la nebulosa su estado de razón en la niñez—, en numerosas acciones anormales que van desde hacer la instrucción con una escoba, hasta reirse a carcajadas en la Iglesia, pasando por decir que todo lo que se alcanzaba con la vista era el marquesado y ella era la marquesa, aseverativa de que aquélla no estaba en su cabal juicio, hasta el extremo de merecer el calificativo de “loca de la Fuente”, con que se la conocía, probanza ésta no destruida con virtualidad bastante por los testigos propuestos por el demandado, que incluso reconocen la existencia de tal apelativo demencial, así como el hecho también revelador de que nunca vieran a la testadora verificar ninguno de los actos normales en la vida de relación, sobre todo en la rural, tales como realizar pagos o cobros, compra o venta de artículos, etc., por lo que la presunción *juris tantum*, favorable a la capacidad para testar de toda persona que no ha sido declarada judicialmente incapaz, cede en este caso por la prueba cumplida y convincente en contrario, desplegada en el procedimiento (Considerando 2.º de la Audiencia), el motivo 5.º, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de derecho en la apreciación de las pruebas con violación del artículo 662 en relación con el 666 y 1.250 del Código civil, que no puede prosperar por no tener ninguno de los preceptos invocados el carácter de normas de valoración de prueba, como sería necesario para que en ellos pudiera fundarse el error alegado.»

«Que la firmeza en casación de los hechos declarados probados acarrea la inexcusable desestimación del motivo primero, máxime cuando la ausencia de Notario—por cierto, tampoco justificada—priva al testamento de la presunción derivada de la fe notarial, en cuanto a la capacidad de la testadora, corriendo la misma suerte el motivo segundo, ya que al estimar el Código civil válidos y eficaces los testamentos otorgados en la forma y solemnidades que establece, presupone la capacidad legal del testador, y concretamente, tratándose de testamento en peligro inminente de muerte, las facilidades que concede el artículo 700, en el motivo invocado, no excluyen, como indica la doctrina contenida en la jurisprudencia dictada por esta Sala, iniciada desde la sentencia de 5 de mayo de 1897, y reiterada después en las de 3 de febrero de 1952, 4 de octubre de 1957 y 10 de junio de 1966, que se dé cumplimiento a los demás requisitos esenciales que para el acto de disponer de los bienes se exigen en la Sección del Código, dedicada al testamento abierto, siempre que sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, a fin de que no pongan en peligro su autenticidad, por una posible confabulación exterior, lo que ocasiona la desestimación del recurso en su totalidad.»

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1967.—*Interpretación de disposiciones testamentarias. Legado. Testamento ológrafo. Artículo 675 del Código civil. Ha de estarse al sentido literal de las palabras empleadas, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, casa la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, aceptado en la segunda los fundamentos de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cangas del Narcea, que da por reproducidos.

«Considerando: Que todo el problema litigioso se circunscribe, conforme establecen las dos sentencias de instancia, y se centra en el recurso, a determinar la interpretación del testamento ológrafo de doña B. F. de A., causante de ambas partes litigantes, la que dueña de las minas denominadas "Valmayor Segunda" y "Piedra Preciosa Segunda", construyó el cable-tolva litigado, que utilizó por sí o por sus arrendatarios para la explotación de ambas minas, y que ordenó por dicho testamento ológrafo, en párrafos separados, que a su fallecimiento, entre otras disposiciones que no interesan a los fines del pleito, la mina "Piedra Preciosa" la legaba a su hermana doña S., y que la mina "Valmayor", con sus instalaciones—en un 75 por 100 al pertenecerle ya el otro 25 por 100—, a su otra hermana doña D., añadiendo en párrafos separados, y como cláusula independiente de las anteriores, la siguiente: "La mina "Piedra Preciosa Segunda", que dejo a doña S., es también con su instalación, y solamente tendrá que pagar la contribución de Utilidades de lo que percibe sin que le atañe lo anterior, por no haber disfrutado de su renta. La instalación es de cable-tolvas".»

«Considerando: Que es norma de interpretación de los testamentos, como ordena el artículo 675 del Código civil, complementado por lo dispuesto en sus 1.281 y siguientes, la de que deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; y como quiera que, según queda antes expuesto, doña B., en su testamento, estatuye los legados a favor de sus hermanas totalmente diferenciados, y en párrafos separados, a manera de cláusulas distintas, dejando a doña D. la mina "Valmayor" con sus instalaciones, y a doña S. la "Piedra Preciosa", añadiendo, en párrafo o cláusula distinta, que esta última mina es también con su instalación, aclarando en el mismo párrafo o cláusula, separado únicamente con el signo de punto y seguido, que la instalación es de cable-tolva; aparece evidente que, ateniéndose al sentido literal y sintáctico del testamento, el cable-tolvas lo adscribió la testadora a la mina "Piedra Preciosa", y lo legó con ella a su hermana doña S.»

«Considerando: Que no hay elemento alguno en los autos por los que pueda deducirse que la intención de la testadora fuera otra y distinta al sentido literal de las palabras que empleó en su redacción, ya que, de lo contrario, al hablar del legado de la mina "Valmayor" con sus instalaciones, hubiera hecho también la aclaración de que éstas consistían también en el cable-tolvas, o, por lo menos al reseñar éste, hubiera empleado el término instalación en plural, al referirse a ambas minas, y no en singular, como lo hace, y además porque si su voluntad hubiera sido que ambas minas utilizaran el cable-tolvas, lo lógico y natural es que así lo hubiera hecho constar expresamente, y hasta hubiera regulado su aprovechamiento conjunto, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que, con anterioridad y durante la vida de la testadora propietaria de ambas minas, se beneficiaran las dos del cable debatido, por ser ello lógica consecuencia del dominio que ejercía, y que le permitió separar y atribuir a una sola de las minas el mecanismo en uso de su propiedad y de su libertad de testar.»

«Considerando: Que, en consecuencia de todo ello, procede declarar que el cable-tolva de referencia fue legado con la mina "Piedra Preciosa" a doña S., sin participación en su propiedad de la mina "Valmayor", legada a doña D.; por lo que la sentencia recurrida, al entender lo contrario, infringe los preceptos citados por el concepto de violación, como se denuncia en el primer motivo del recurso encauzado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, y procede casarla y anularla en el extremo estudiado, sin necesidad de entrar en el examen del segundo de los motivos articulados.»

«Considerando: Que sentada la anterior doctrina procede declarar haber lugar al tercer motivo del recurso, ya que si el cable-tolvas pertenece a los cemandantes y ha sido utilizado contra su voluntad por los demandados, éstos deben resarcirles del beneficio obtenido y del perjuicio experimentado por aquéllos, en virtud del principio de derecho; “a nadie es lícito enriquecerse en perjuicio de otro” sancionado por la doctrina de esta Sala, contenida, entre otras muchas, en las sentencias de esta Sala de 12 de abril de 1955 y 28 de enero de 1956, alegadas en el recurso.»

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1967.—*Interpretación de disposiciones testamentarias. Artículo 675 del Código civil. Corresponde a los Tribunales de instancia fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias. Sustitución vulgar. Facultades dispositivas «mortis causa» del instituido.*

Doña R. A. A. murió bajo testamento, en el que dispuso: «Instituyo heredero mío universal y libre a mi esposo S. T. V., con sustitución vulgar para el caso de que por premorirme o por cualquier otra circunstancia no llegara a heredarme, en favor de mi hermano don J. A. A., o, en su caso, en el de sus descendientes en su representación. Esta sustitución se dará también con respecto a los bienes de mi herencia de que no haya dispuesto mi heredero en su fallecimiento.» El marido heredero, don S. T. V., murió nombrando heredero a sus hermanos, la actora doña P. T. V. y don R. T. V., representado éste por sus hijos, doña B., don S. y don E. T. M., asimismo demandantes. Los actores suplican, frente a don J. A. A. y la hermana donataria del mismo, doña D. A. A., se declaren ser de su propiedad los bienes que don S. T. V. había heredado de su esposa, por estimar que se trata de una sustitución vulgar, y subsidiariamente, para el supuesto de que se considerase que don S. T. V. no era más que fiduciario de los bienes de su esposa, se condenara a los demandados a satisfacer a los actores, en concepto de cuarta trebellánica, la suma de 75.000 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia de Tarrasa desestimó la demanda; sentencia que fue revocada por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, al declarar la propiedad de tales bienes a favor de los actores. El Tribunal Supremo, en ponencia del excelentísimo señor don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelados, en virtud de las siguientes consideraciones:

«Que la cuestión debatida en el pleito radica en la interpretación de una cláusula del testamento de doña R. A. A., por virtud de la cual instituyó heredero universal y libre a su esposo don S. T., con sustitución vulgar para el caso de premorir a la testadora o por cualquier otra circunstancia no llegara a heredarla, en favor de su hermano o descendientes, agregando que esta sustitución se dará también con respecto a los bienes de su herencia de que no hubiera dispuesto su heredero en su fallecimiento, cláusula que este segundo extremo fundamental es interpretada con criterio opuesto por los litigantes, limitándola al uno al supuesto de disposición de bienes por actos *inter-vivos*, y entendiéndola la otra en el sentido estimado por la sentencia

recurrida a toda clase de disposición, incluso la hecha por el testamento que otorgó el heredero, y que conduce a que los bienes que, por virtud de dicho testamento dispuso, hayan de pasar a los actores señores T. y no al hermano de la testadora, señor A., o descendientes de éste, y esta interpretación, con las consecuencias que quedan señaladas, es objeto de impugnación en el recurso, cuyo primer motivo, seguido por la vía procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por interpretación errónea y aplicación indebida, del artículo 675 del Código civil, y de la doctrina legal que cita, incurriendo tal planteamiento en el vicio formal que previene el artículo 1.720 de la Ley procesal civil, al acumular, respecto al mismo precepto y doctrina, dos conceptos de infracción que tienen carácter de independiente, lo que conduce a la causa de inadmisión 4.ª del artículo 1.729 del citado texto legal, y en este momento a la desestimación del aludido motivo, más independizados ambos conceptos de infracción, atendiendo a los razonamientos desarrollados en el motivo, debe notarse que el primero, interpretación errónea del precepto y jurisprudencia que se citan, ha de limitarse, conforme a la doctrina constante de esta Sala, a la exégesis de dichas normas, según el sentido gramatical y lógico que deba atribuírseles, que a juicio del recurrente no se ajuste al que les asigna el juzgador, sin posible confusión, como en este caso ocurre, con la interpretación del negocio jurídico, al cual ha sido dicho precepto aplicado, sin plantear, por tanto, cuestión alguna respecto al propio sentido que al precepto corresponde, interpretación que cabe combatir por la violación de las normas legales pertinentes, en este supuesto las del citado artículo 675 del Código civil, a las que es aplicable la doctrina de esta Sala, que, en sentencias de 1 de diciembre de 1944, 11 de enero de 1950 y 29 de enero de 1955, expresa que la interpretación de los negocios jurídicos, en cuanto toma como punto de partida los indiscutibles términos, modo o forma en que ha sido hecha la declaración de voluntad, y tiende a investigar su sentido o significación, es cuestión censurable por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo, asimismo presente, la doctrina de esta Sala, que proclama que corresponde a los Tribunales de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo su criterio prevalecer sobre el del recurrente, siempre que no aparezca evidenciado el error de aquéllos, en términos que contraríen la voluntad expresa del testador (sentencia de 10 de junio de 1954), que ésta es equivocada por contrariar de modo manifiesto dicha voluntad (sentencia de 21 de mayo de 1942), y que dicho error se patente de modo claro y manifiesto, circunstancia que no concurre cuando se ponen en pugna dos criterios defendidos con razones muy atendibles (sentencia de 10 de octubre de 1951), de todo lo cual ha de concluirse, que el concepto de infracción que se denuncia, limitado a la interpretación del precepto y doctrina en que se apoya, no encuadra en la de la cláusula testamentaria debatida, y, en segundo término, que, tratándose de un problema de interpretación de cláusulas testamentarias, es evidente la adecuación, para resolver dicha cuestión del citado artículo 675 del Código civil, sea cualquiera la conclusión que de ésta hubiere de deducirse, por lo que no cabe estimar que no es este precepto el aplicable para decidir dicho problema, sino otra norma legal distinta, razones que hacen decaer el motivo que se examina.»

«Que el segundo de los motivos, articulado conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, alega la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, señalando como norma interpretativa in-

fringida al mismo artículo 675 del Código civil, base del anterior motivo, más afectando éste, como aquél, a la interpretación de la cláusula testamentaria debatida, el problema tiene, según ya se señala anteriormente, un contenido estrictamente jurídico, y no de fijación de hechos, y su adecuado encaje dentro del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, pues no se trata de una declaración fáctica en contradicción con el valor que a determinada prueba le sea atribuida por una disposición legal, sino de la indagación de la voluntad de la testadora, conforme al recto sentido de las cláusulas del testamento, cuyo contenido no se discute, lo que hace inadecuado el cauce elegido en este motivo y da lugar a su desestimación.»

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1967.—*Revocación de testamento ológrafo.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto con la de la Audiencia Territorial de Las Palmas, que entendió quedaba revocado el testamento ológrafo de fecha de 1 de agosto de 1949 por la nota autógrafa puesta en el margen superior izquierdo del mismo, consistente en «Anulado 6-6-61. A. Velázquez S.», procediendo la apertura de la sucesión intestada.

«Considerando: Que aparte de los problemas de índole procesal concretados en los pedimentos primero y segundo de la demanda origen del pleito que ha motivado el presente recurso, la única cuestión suscitada dentro de la fase preclusiva de alegaciones, propia del periodo expositivo de la primera instancia, quedó centrado en la autoría de la nota escrita, que dice: «Anulado 6-6-61. A. Velázquez S.», y que figura en el ángulo superior izquierdo del testamento ológrafo otorgado por el causante, con fecha de 1 de agosto de 1949, a favor de sus cuatro sobrinos, cuestión que dividió a las partes en ambas instancias, pues mientras el actor sostuvo insistentemente que tal nota era auténtica y puesta de puño y pulso del testador, don A. V. S., tesis que, en definitiva, fue acogida en la sentencia recurrida, la parte demandada, y hoy impugnante, se limitó a alegar la falsedad civil de la referida anotación, siendo las demás peticiones formuladas por las partes simples consecuencias jurídicas de la discutida genuinidad de la nota.»

«Considerando: Que, en cambio, la cuestión planteada en el único motivo de este recurso, sobre la base ya no discutida de la autenticidad de la anotación desvaloradora, gira exclusivamente en torno a su validez y eficacia, alegándose por el recurrente que es nula e ineficaz para revocar el testamento citado: nula, a causa de ser incompleta e informal la declaración de voluntad que contiene, e ineficaz, en razón a no haber sido protocolizada, dividiendo, a su vez, la alegación relativa a la insuficiencia de la declaración de voluntad, en dos subcausas: una, que apunta a la ausencia, en la nota mencionada, de toda disposición positiva concerniente al destino *mortis causa* de los bienes del difunto, y otra, que se refiere a la pretendida inexpresión del objeto de la "anulación".»

«Considerando: Que el mero anunciado de las cuestiones suscitadas en instancia y en casación, muestra con evidencia la falta de identidad entre ellas y que la que se plantea ahora es una cuestión nueva e inatendible, de acuerdo con la uniforme doctrina de esta Sala y con lo prevenido expresamente en el

número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en orden a la inadmisión del recurso, causa que llegados ya a la presente fase decisoria, se convierte en fundamento de desestimación, sin que a ello pueda oponerse que los problemas apuntados en el único motivo ya fueron contemplados en el apartado IV del escrito de conclusión de la parte demandada y en la actualidad recurrente, pues también es doctrina jurisprudencial contante que los escritos de tal clase son instrumentos romos e inhábiles para transformar o sustituir lo que venía siendo objeto principal del pleito, así como tampoco puede aducirse en contrario que el Tribunal *a quo*, cediendo, sin duda, a la sugestión oratoria de la parte apelada y adherida a la apelación, aluda, en los Considerandos de la resolución recurrida a uno de los temas tratados intempestivamente en aquel apartado del escrito de conclusión de la misma parte, pues es de sobra sabido que con arreglo al artículo 359 de la expresada Ley la sentencia que ponga fin a la instancia no puede ni debe hacerse cargo de las cuestiones suscitadas por primera vez en el escrito de conclusiones.»

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1967.—*Impugnación de testamento. Legitimación pasiva. No puede declararse la revocación o vigencia de un testamento sin estar presentes en el proceso todos los interesados.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Tomás Ogayar y Ayllón, confirma la de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, revocatoria de la del Juzgado número 2 de esa capital, estimando la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario.

«Considerando: Que la sentencia impugnada estima de oficio la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, y contra ella se interpone el presente recurso, que, en su motivo primero, sostiene no ser necesaria la presencia en el proceso de determinados parientes para resolver las pretensiones deducidas, y en el segundo, que puede decidirse sobre la nulidad de la adopción y de la institución hereditaria por no afectar las mismas a los llamados a juicio, y para su resolución es necesario precisar la naturaleza de la relación jurídico-material que en el proceso se actúa mediante la determinación de las pretensiones en él deducidas y de las personas a las que afectan aquéllas»

«Considerando: Que en la demanda formulada por doña C. LL. se postula la nulidad de las cuatro primeras cláusulas del testamento otorgado por su hermano don J. y la validez de la quinta, que, al ser revocatoria del testamento otorgado el 11 de abril de 1933, obliga a la declaración de herederos *ab intestato*, mientras que en la segunda demanda acumulada se insta la nulidad total del testamento de 2 de octubre de 1944, por lo que se pretende la vigencia del citado de 1933, y tanto en una como en otra demanda es evidente que los instituidos herederos en el primer testamento tienen interés en impugnar las pretensiones, dado que por la primera existe la posibilidad de declararlo revocado, y por la segunda de estimarlo vigente, y en ambos supuestos hay que llamar a juicio a todos los interesados en el bien controvertido, que son los instituidos herederos en el testamento cuya revocación o vigencia se discute.»

«Considerando: Que la figura jurídica del litis consorcio pasivo necesario se caracteriza por su finalidad de obtener una resolución única para todos, por tratarse de una única pretensión que a todos afecta, no sólo porque el

principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en él, sino en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto si el demandante pudiera dirigirse por separado contra cada uno de los interesados, con el peligro de condenar a una persona sin ser oída, por lo que no puede declararse la revocación o vigencia de un testamento sin estar presentes en el proceso todos los interesados, lo que hace perecer el motivo primero, y como no es posible decidir sobre la nulidad de la institución de heredero sin determinar, a la vez, a quién corresponde la herencia, porque no puede ésta quedarse transitoriamente vacante, decae también el motivo segundo, y con él la totalidad del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1748 de la Ley procesal.»

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1967.—*Institución de heredero. Modo. Condición. El artículo 798, párrafo 2.º del Código civil se refiere tanto a la obligación modal como a la simplemente condicional.*

Fallecido el 12 de octubre de 1953 don J. O. M., bajo testamento en el que instituíra heredero a aquél de sus sobrinos, don S., don R., y don A. O. F., que hasta la muerte del instituido viva permanentemente en la casa que habitó el testador, los tres hermanos llevaron a cabo el 9 de diciembre de 1955 un contrato de transacción en documento privado, en el que, entre otros extremos, reconocían R. y A. como sucesor de su tío a su hermano S., quien a primeros del año siguiente dejó de vivir en la casa que había habitado el testador. A. pretende que su hermano S. ha perdido todo derecho en la herencia de su tío por haber incumplido la condición testamentaria de residir permanentemente durante toda su vida en el lugar donde está enclavada la citada casa, al propio tiempo que se declare la nulidad del convenio transaccional por haber sido hecho bajo el presupuesto de que S. habría de cumplir fielmente la condición testamentaria.

Alegado por el demandado S. que la casa no era propiedad del testador, sino de un hermano del mismo, padre de los litigantes, siendo ésta una de las razones por las que celebraron la transacción ante la imposibilidad práctica de cumplir literalmente la condición, y que el no residir en la casa ni en el pueblo se debió a que durante una ausencia temporal suya su hermano demandante A. se fue a vivir a la misma casa con su familia, siendo imposible la convivencia entre ambos, el Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela desestima la demanda.

Contra la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña recurre el actor. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso conforme a la siguiente doctrina:

«Que las cuestiones a examinar en este trance, conforme a lo solicitado en la demanda, a lo debatido en el pleito, a lo resuelto en la instancia y a lo propugnado en el recurso, son únicamente dos: Primera: Si el contrato de "transacción", suscrito por las partes, en documento privado, de 9 de diciembre de 1955, es inexistente o radicalmente nulo, como sostiene la parte actora, o debe producir efectos jurídicos, entre quienes lo suscribieron, según entiende el demandado y proclaman los juzgadores de instancia. Y segunda: Derivada de la anterior y hasta donde sea posible con independencia de ella, si el deman-

dado ha de perder los derechos hereditarios, a su favor deferidos en la herencia de su tío, por haber dejado de cumplir la obligación que se le impuso de residir, de por vida, en la casa designada en su testamento por aquél.»

«Que el principio general contenido en el artículo 4.º del Código civil, y según el cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo que la Ley misma ordene su validez, tiene su complemento, a efectos de la contratación, en el artículo 1.255 del mismo Cuerpo legal, en que tras de reconocer ampliamente la libertad de contratación, “autorizando a las partes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones, que tengan por conveniente”, añade que ello será “siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”, habiendo, por tanto, de entenderse que en estos casos no sólo cesa la libertad de contratar, sino que lo pactado será radical o absolutamente nulo; pero no ha de confundirse esta causa de nulidad que determina tan tajante consecuencia invalidatoria del contrato, con la llamada “relatividad” de los efectos del mismo, según postulado establecido en el artículo 1.257, al decir que “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos”, y respecto a éstos, aun con las limitaciones que a seguido establece, de todo lo que deduce que cuando la titularidad jurídica sobre bienes o derechos determinantes, corresponden, por entero, a ciertas personas, únicas a quienes puede afectar su situación jurídica presente, éstas son libres de regular tal situación, estableciendo para ello los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente y no sean ilícitos, inmorales o atentatorios al orden social, y ello aun cuando por algún evento jurídico posterior pudieran advenir a aquella titularidad, personas que, por no ser herederas de los intervinientes en el convenio, quedarían inmunes, al menos en principio, a sus consecuencias legales, pudiendo incluso acudir, desde luego, a juicio para postular aquellas medidas necesarias de garantía, para la eficacia, en su día, de su potencial derecho.»

«Que, a esta doctrina, se ajusta la Sala sentenciadora, al proclamar la validez del contrato transaccional, suscrito entre las partes y en el que se dan los requisitos esenciales que exige el artículo 1.261 del Código civil, puesto que existió “consentimiento”, sin vicio denunciado y que incluso se subyugó en simultáneo acto conciliatorio; “objeto” cierto, que eran los bienes y derechos concurrentes tanto en la herencia del padre de los litigantes como en la del hermano de éste, otorgante del testamento aludido, siendo tales herederos mayores de edad y los únicos llamados a las herencias referidas; “causa”, ínsita en las recíprocas prestaciones convenidas y que tuvieron su debida efectividad, e incluso el “móvil” que caracteriza, por ministerio de la Ley, al pacto transaccional, pues entre los contratantes existía un estado pre-litigioso, ante las fundadas dudas y atisbados inconvenientes que se ofrecían, sobre el alcance y puesta en práctica de lo ordenado en el testamento del tío, ya que la obligación impuesta al heredero primeramente designado y a sus posibles sustitutos de vivir, hasta su muerte, en una casa determinada, podía discutirse si constituía una condición suspensiva o resolutoria o una simple cláusula modal, y para su efectividad práctica se presentaba el inconveniente de no ser tal casa del dominio del testador, sino la llamada “petrúcia”, perteneciente a la herencia de su hermano, que, como dicho queda, era el padre común de todos los hoy litigantes; el convenio transaccional orilló a su manera tales dudas y dificultades, siendo puesto en práctica mediante la consumación de las recíprocas concesiones pactadas y no le es lícito ahora al actor, interviniente en el mismo, postular la nulidad radical o absoluta del pacto, pese a su libre

consentimiento prestado y al aprovechamiento de sus ventajas, a pretexto de una hipotética, problemática o remotamente posible lesión, de eventuales derechos de supuestos terceros, que no fueron llamados a su herencia por el testador y que, en todo caso, no podrían ser perjudicados, dada la relatividad inherente a los efectos del contrato, en que no tomaron parte; en suma: la Sala entiende que, al haber renunciado, el hoy actor, a todos los derechos que pudiera tener en la herencia de su tío, carece de todo interés legítimo en aquélla, y por eso acoge la excepción de falta de legitimación activa, propuesta en tiempo oportuno y que se basa y fundamento único de la absolución de la demanda, por lo que, al acordarlo así, no puede haberse incidido en las infracciones de Ley que, en los diversos motivos del recurso, se denuncian.»

«Que la segunda cuestión carece de interés al haberse resuelto la primera en el sentido que se expone: no obstante, y ante las afirmaciones contenidas en el escrito de formalización del recurso y reproducidas en el acto de la vista, subrayando que la Sala no recogió las afirmaciones de la sentencia dictada por el Juzgado de que el hoy actor, dueño a virtud del convenio de transacción que ahora impugna, de la finca a que afectaba la obligación impuesta al demandado, expulsó a éste de la casa, conviene observar que la sentencia de segunda instancia acepta los Considerandos de la apelada, en cuanto no se oponga a los suyos propios, y si guarda silencio sobre tal punto es por resultarla ocioso ocuparse del mismo, al acoger la excepción propuesta, pero nada en contra contiene sobre lo que afirmó el Juzgado, como resultante de la prueba practicada y que, en todo caso, impondría aplicar, al de autos, lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 798 de dicho Código civil, que, dada su redacción, abarca tanto la obligación condicional como la simplemente modal, lo que haría improsperable la otra petición, de pérdida del derecho hereditario, que en la demanda se contiene.»

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1967.—Reconocimiento de deuda. Legado. Los herederos pueden descontar al legatario (así considerado fiscalmente) el impuesto sucesorio.

Fallecido don A. E. R., cuñado de la incapacitada por enajenación mental doña M. O. L., quien había reconocido en su testamento adeudar a ésta 250.000 pesetas, el tutor de la incapacitada reclama a los herederos de aquél la expresada suma, reducida en el importe de lo abonado por dichos herederos al sanatorio psiquiátrico en que estaba internada la incapaz a 214.109,30 pesetas. Los demandados admiten la deuda, pero reducida además en la cantidad que habían satisfecho por el impuesto sucesorio a 64.604,05 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid estimó la demanda y condenó a los demandados a satisfacer las 214.109,30 pesetas, sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid. El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Emilio Aguado González, declara haber lugar al recurso y en la segunda sentencia reduce la condena a las 64.604,05 pesetas.

«Considerando: Que son hechos reconocidos por las partes y aceptados por las sentencias de instancia: Primero: Que el cuñado de la demandante incapaz, a cuyo nombre acciona su representante legal, murió en el año 1958, bajo testamento, en una de cuyas cláusulas reconocía deber a aquélla la cantidad

de 250.000 pesetas. Segundo: Que la Oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31, número 16, en el 59, número 1.º, regla 8.ª del Reglamento del Impuesto, en razón a no existir documento fehaciente, acreditativo de la deuda reconocida, estimó que se trataba de un legado de metálico y procedió, en tal concepto, a practicar la oportuna liquidación, a cargo de la legataria favorecida, pero exigiendo el pago directamente de los herederos que lo efectuaron, según consta debidamente acreditado en los autos. Tercero: Que en la demanda origen del juicio se reclama el pago de la cantidad reconocida como deuda en el testamento, con deducción de lo satisfecho por los herederos, al abonar ciertas facturas devengadas por el establecimiento psiquiátrico, en que está recluida la beneficiaria, y, por su parte, los demandados manifiestan su conformidad inicial con lo pedido en la demanda, si bien estiman que del importe de la deuda debe también deducirse, en justa compensación, lo abonado por los mismos, con motivo de la liquidación practicada a cargo de la actora y cuyo pago les fue exigido, no habiendo accedido a esta pretensión las sentencias recaídas en la instancia.»

«Considerando: Que contra la dictada por la Audiencia, en la que se estimó que el impuesto satisfecho sólo es repercutible en la proporción del 0,50 por 100, que debió únicamente abonarse con arreglo a los artículos 27, número 1.º, y 69, número 1.º, del Reglamento del Impuesto, se ha interpuesto el presente recurso de casación, fundado en tres motivos en los que se alega, en síntesis, la infracción, por falta de aplicación, equivalente a su violación, de los artículos 1.089, 1.090, 1.158, 1.195 y 1.202 del Código civil, en relación con el 31, número 16, y con el 59, número 1.º regla 8.ª, del Reglamento del Impuesto»

«Considerando: Que el análisis del recurso, en relación con los fundamentos que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora, para dictar su fallo, pone de relieve: A) Que el Tribunal se basó principalmente en lo dispuesto en el artículo 27, número 1.º, del Reglamento del Impuesto, en que textualmente se dispone que “los contratos de préstamos, los de *reconocimiento de deuda*, cuentas de crédito sin otra garantía que la personal del prestatario y depósito retribuido, cualquiera que sea su importe, *el documento en que consten* y la obligación de que procedan, así como las prórrogas expresas y las renovaciones totales o parciales de la misma clase de *contratos*, satisfarán el 0,50 por 100 del capital fijado, con arreglo al artículo 69 de este Reglamento”. B) Que de tal precepto se infiere que su ámbito de aplicación se reduce a los negocios jurídicos que tengan carácter de “contratos” y que además se exige su documentación, por lo que, al no tener las deudas reconocidas en testamento, aquel carácter contractual, si así no resulta inicialmente acreditado, ha de entrar en juego el artículo 31, número 16—como entiende el recurrente—, por el que se exige, para la eficacia de la manifestación del testador, la concurrencia de los requisitos siguientes: Primero: Que se justifique la deuda por documento fehaciente. Segundo: Que éste sea adecuado a los bienes que se trata de excluir. Tercero: Que su fecha sea anterior a la de la apertura de la sucesión. C) Que en el caso de autos ningún documento aparece que, con las condiciones exigidas, apoye la manifestación del testador, pues ni éste señala su existencia, ni los herederos lo aportaron a la Oficina liquidadora, ni la parte actora arguye, tan siquiera, que haya tenido realidad, por lo que al estar la liquidación que se giró, de acuerdo con las normas reglamentarias y ante el expresivo y especial texto del artículo 59, número 1.º, regla 8.ª, del Reglamento, según el que “en los legados de metálico, efectos públicos u otros valores mobiliarios, alhajas, créditos y bienes muebles, en general, se liquidará el impuesto a cargo del

legatario, pero será exigible directamente de los herederos, representantes y administradores del caudal hereditario, quienes quedan facultados para descontar su importe, a los legatarios, al hacerles la entrega del legado", está en el caso de autos, bien efectuado el pago, por cuenta de la favorecida que ahora reclama la entrega de su legado, cuya naturaleza jurídica tiene el reconocimiento de deuda, no justificado en la forma exigida, resultando procedente el resarcimiento que, por vía de compensación, se solicita por los demandados, con arreglo a las disposiciones de índole civil y fiscal que se citan en el recurso como infringidas y al no haberlo entendido así la sentencia de instancia no hay duda de que incide en los motivos de casación que el recurso contiene, lo que determina el acogimiento del mismo con las consecuencias y pronunciamientos consiguientes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.745 de la Ley Procesal Civil.»

SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1967.—*Legado de cosa inmueble determinada. Legado de cosa litigiosa. Entrega y posesión. Artículos 883 y 885 del Código civil.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Jacinto García Monge y Martín, desestima el recurso de la parte demandada y apelante en base a las siguientes condiciones:

«Que el primero de los motivos del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en la interpretación errónea de los artículos 883 y 885 del Código civil, en la aplicación indebida del artículo 455 y en la violación de los artículos 667 y 434 del propio texto legal, así como la de la jurisprudencia que cita, haciendo derivar los vicios denunciados, de modo fundamental, de la declaración de poseedores de mala fe de los recurrentes de la finca cuestionada, que la sentencia declara desde determinada fecha, de la cual extrae las consecuencias jurídicas que en el motivo se combaten; mas tal declaración, como cuestión de hecho, sólo puede ser atacada por el preciso cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y no por el aquí elegido, de acuerdo a la constante doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencias de 25 de abril de 1918, 11 de febrero de 1946 y 10 de abril de 1956, siendo, según ésta, apreciada libremente por la Sala, conforme a su propia jurisdicción, la buena o la mala fe de la posesión, a lo que cabe agregar que nunca podría existir el vicio de interpretación errónea de preceptos legales cuando éstos no fueron objeto por el Tribunal de exégesis, que diera lugar a asignarles un sentido que el recurrente estimase inadecuado según las reglas gramaticales y lógicas ni el de aplicación indebida, si los preceptos base de la resolución impugnada son los que han de regir la cuestión que se plantea, ni en suma el de violación, si el juzgador —partiendo de hechos no combatidos adecuadamente y de la interpretación de las cláusulas del testamento, tampoco desvirtuadas— se ajustó al recto sentido de dichas normas, en este caso especialmente al artículo 882 del Código civil, que decide el supuesto fáctico y legal de modo terminante, en el sentido en que lo hace la sentencia recurrida, todo lo que conduce a la desestimación del motivo que se examina.»

«Que el segundo de los motivos, articulado por la misma vía procesal que el anterior, alega la violación del artículo 890 del Código, refiriéndose al civil, la aplicación indebida del artículo 1.214, la violación del 1.253 y la interpreta-

ción errónea del 798, todos del mismo Cuerpo legal, y para razonar la existencia de los vicios denunciados parte el recurrente de unos hechos diametralmente opuestos de los que han sido declarados por el Tribunal de instancia, sin combatir estos últimos por el cauce adecuado del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, interpretando por otra parte el testamento de forma parcial e interesada, en contradicción con el sentido que la sentencia recurrida le asigna, conforme a la función que al juzgador le corresponde, sino oponiendo sus propias presunciones, no apoyadas en hechos que a él le incumbían probar, puesto que son por éste alegados, todo lo que, según su parcial criterio, da lugar a calificar el legado fundamento de la acción y otros ajenos, de modo totalmente inadecuado, pero conforme a sus intereses, con lo que pretende sustituir con su criterio el más objetivo y ponderado de la Sala sentenciadora, razones que conducen al parecimiento del referido motivo del recurso.»

«Que el tercero de los motivos, que se ampara en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega que la sentencia otorga y declara extremos que no figuran en la réplica de la demanda, motivo que omite el fundamental requisito que la doctrina de esta Sala exige para su viabilidad, citar la infracción del precepto sustantivo en que había de basarse el vicio que se denuncia, esto es, el del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene a estos efectos el mentado carácter, señalando su infracción por alguno de los conceptos que establece el artículo 1.692 de la Ley de trámites, tratando aquí el recurrente de basar un hipotético derecho de retención que se opone, no sólo a la calificación de poseedores de mala fe que la sentencia declara, sino a la falta de justificación que la misma proclama sobre el mal estado de la finca al recibirla los demandados y de la realidad de los gastos que afirman haber realizado éstos en su mejora y reparación, sin combatir eficazmente la apreciación del juzgador respecto a la no sujeción de la finca discutida a los gastos de la testamentaria, conforme a la interpretación de las cláusulas del testamento, que de modo correcto efectúa el Tribunal, lo cual conduce a la desestimación del referido motivo del recurso.»

«Que el cuarto de los motivos, seguido por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la violación del artículo 453 del Código civil, por cuanto el recurrente estima que la entrega inmediata de la finca que la sentencia ordena, con lógica consecuencia de no estar ésta sometida a plazo ni condición, privaría a los demandados del derecho de retención que el citado precepto concede hasta que sean abonados los gastos necesarios o los meramente útiles; mas para la virtualidad de tal derecho, no instado por la parte demandada reconvencionalmente, cual sería en su caso preciso, olvida que la sentencia, lejos de afirmar la buena fe de la posesión de los recurrentes, les declara poseedores de mala fe, en términos tan enérgicos como justos, poniendo de relieve la tenaz resistencia de los recurrentes a entregar a la legataria la finca, con total ausencia de fundamento fáctico y jurídico que amparase dicha posesión, y como el referido hecho de la posesión de mala fe de los demandados no fue adecuadamente combatido, ello hace que falte el requisito esencial que el citado artículo requiere para dar lugar al derecho que se invoca, por lo que ha de perecer el motivo del recurso.»

«Que el quinto de los motivos, articulado conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, alega la violación del artículo 667 del Código civil y de la doctrina legal que cita, así como la aplicación indebida del artículo 455 del mismo Cuerpo legal, infracciones que no cabe estimar, porque el precepto inicialmente invocado contiene únicamente la definición del testa-

mento, y no cabe duda alguna, ni el recurrente la plantea, que el que sirve de base a la acción ejercitada, en virtud del cual ostentan los demandados la condición de albaceas, tiene dicha conceptualización legal, siendo esta cuestión totalmente ajena de la interpretación de sus cláusulas, que es la que en este motivo trata el recurrente de llevar a efecto, sin acogerse a las normas que han de regir dicha materia, interpretación que está en evidente contradicción con la que, conforme a su función en este aspecto, llevó a efecto el Tribunal sentenciador, en perfecta armonía con los hechos declarados y con el recto sentido del testamento y respecto a la alegada infracción del artículo 455 del Código civil, que partiendo de la declaración de poseedores de mala fe que la sentencia atribuye a los demandados, que ha de ser mantenida, es perfectamente aplicable el citado precepto legal, y así lo hace la sentencia recurrida, lo que conduce a desestimar dicho motivo.»

«Que el último de los motivos, seguido por la vía procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se basa en la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, formulándose *ad cautelam* del tercero de los motivos, citando al efecto, como documento auténtico, fundamental, el propio testamento de cuyo cumplimiento se trata, lo que hace decaer puesto que se apoya en un documento que ha sido examinado y ponderado por la Sala sentenciadora, lo que, conforme a la doctrina de esta Sala, priva del necesario carácter para servir de soporte al error que se invoca, y de otra parte, porque el fundamento en que se apoya el recurrente se dirige a combatir la interpretación del testamento hecha por el juzgador, cuestión no fáctica, la cual sólo puede encuadrarse en la denuncia de la infracción de las normas legales regidoras de esta interpretación, razones que conducen a la desestimación del motivo y con ésta a la de la totalidad del recurso, con las consecuencias legales que impone el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1967.—*Reserva viudal. Extensión cuantitativa de la facultad de mejorar atribuida al reservista. Artículos 823 y 972 del Código civil. La facultad de mejorar comprende sólo la tercera parte de los bienes reservables, debiendo distribuirse las dos terceras partes restantes igualmente entre los reservatarios.*

Debatiéndose exclusivamente en este pleito el alcance de la facultad de mejorar en los bienes reservables atribuida al reservista, de la que éste había hecho uso exclusivamente y en su totalidad a favor de una de las hijas de su primer matrimonio, el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid estimó la demanda interpuesta por los demás reservatarios, que nada habían percibido de los bienes reservables, y declaró «que es ineficaz en derecho y, por tanto, inoficiosa la cláusula del testamento de don R. P. P. en lo relativo a la mejora sobre los bienes reservables establecida exclusivamente en favor de la demandada C. P. D.; que asimismo es ineficaz la partición de bienes realizada en el particular relativo a la hijuela de bienes reservables, adjudicados exclusivamente a la demandada; que los demandantes M. R. y F. P. D. han sido preteridos en el testamento de su padre R. P. P., exclusivamente, en lo relativo a la institución sobre los bienes reservables; que, en consecuencia, los demandantes tienen derecho a una cuarta parte de

las dos terceras partes, cada uno, en concurrencia con la demandada, a la que corresponde otra sexta parte y además, una tercera parte por vía de mejora».

La Sala 3.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, resolviendo la apelación de la demandada, absolvió a ésta y revocó la sentencia del Juzgado, con lo que vino a dar por buena la disposición testamentaria de don R. P. P., que mejoraba en la totalidad de sus bienes reservables a su hija C. P. D.

El Tribunal Supremo, en ponencia del excelentísimo señor don Antonio Cantos Guerrero, cercena al máximo la libertad distributiva del reservista y casa la sentencia de la Audiencia aceptando en la segunda dictada la del Juzgado. Han servido de base al fallo las siguientes consideraciones:

«Considerando: Que ha existido en este pleito, y desde su comienzo, un perfecto acuerdo entre los litigantes en lo referente a la apreciación de la concurrencia en la herencia de que se trata de todos los elementos personales y reales que la Ley exige para que se produzca la situación jurídica de la reserva ordinaria a que se refiere el artículo 968 del Código civil, así como también, ha existido conformidad sobre la realidad del hecho, distintamente valorado por cada parte, de haber dispuesto el reservista, en su testamento de 27 de febrero de 1959, de todos los bienes reservables en beneficio de una sola de sus hijas del primer matrimonio; supuestos de hecho consignados en la sentencia de instancia, firmes ya para la casación; y, por tanto, ésta ha de reducirse, analizando los dos únicos motivos del recurso, a resolver sobre la posibilidad de que el padre reservista disponga para después de su muerte de todos los bienes reservables en beneficio de uno solo de los reservatarios, o si esta facultad ha de ser limitada y en qué cuantía.»

«Considerando: Que la verdadera naturaleza de la institución de la reserva, desconocida en la generalidad de los códigos europeos y de honda raigambre en el Derecho patrio, y en cuanto a la forma de la que tratamos tomada del Derecho romano, ha sido muy discutida, tanto en el terreno científico como en la doctrina de esta Sala; estimándose ya superada aquella tendencia recogida en las sentencias de 21 de marzo de 1861, 16 de junio de 1862, 18 de junio de 1880 y 22 de junio de 1895, ésta posterior al Código civil, que asimilaban los derechos del reservista a los del usufructuario, las cuales confundían dos especies jurídicas distintas, ha sido sustituida, a partir de la importante sentencia de 6 de julio de 1916, por aquella otra teoría que la considera como una variedad, de características propias, de las limitaciones de la autonomía de la voluntad en las sucesiones *mortis causa*, o sea, de aquellas en las que el legislador ha señalado un orden de suceder de obligado acatamiento, del tipo de las legítimas, aunque diferenciada de ellas, porque su contenido no se marca por una cuota parte, sino que se concreta a determinados bienes, teñidos por su origen, y cuya calidad de reservables depende de una complejidad de circunstancias, en cuyo detalle no hemos de entrar, pues no es su condición de reservables lo que se discute en este recurso; pero sí hemos de anotar, ya que se discuten facultades del reservista, que en la vida de la reserva hay que distinguir dos periodos: uno de contingencia y de inseguridad mientras vivan reservistas y reservatarios, y otro de perfección o efectividad, que se abre a la muerte del reservista cuando sobreviven los reservatarios; durante el primer periodo, las posibilidades de los reservatarios son bien precarias, todos sus derechos se reducen a una mera expectativa asegurada; por el contrario, las facultades sobre los bienes del obligado a la reserva son

amplias, tanto de disfrute como de disposición *inter vivos* como verdaderos dueños, aunque sujetos, estos últimos actos, a la posible revocación, incluso frente a tercero en virtud de las garantías establecidas en favor de sus ulteriores beneficiarios en los artículos 977 del Código civil y 184 de la Ley Hipotecaria; los actos de disposición *mortis causa*, en cambio, les están vedados, con la sola excepción establecida en el artículo 972 del Código civil, a la que seguidamente nos referiremos.»

«Considerando: Que esta predeterminación sucesoria supone una distribución por igual entre los reservatarios cuando son varios los titulares, que se habrá de regir por las reglas de la comunidad de coherederos creada, según el artículo 921 del Código civil, invocada como supletoria en el artículo 973, que determina que los parientes que estén en el mismo grado hereden por partes iguales, siendo esta igualdad preocupación del legislador hasta el punto que en el párrafo segundo del artículo últimamente citado se dispone que en la reserva hereden por igual los reservatarios, aunque en el testamento del padre o madre premuerto hubieran heredado desigualmente; pero esta proporción puede ser alterada por obra del único acto dispositivo *mortis causa* que puede realizar el reservista en cuanto a los bienes reservables al amparo del artículo 972 del Código civil: el de mejorar a uno o varios de sus hijos beneficiarios de la reserva; cuyo alcance en su relación con el 823, es lo que se trata de limitar en el primer motivo de este recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al combatir la amplitud con que fue interpretado por la Sala de instancia, y que es procedente acoger por las siguientes razones:

1.ª Que de cuanto venimos exponiendo se deduce que la reserva constituye una limitación de la autonomía de la voluntad dispositiva *mortis causa* del reservista, dentro de la cual este precepto es una excepción, que debe ser interpretada en forma restrictiva, además de estar inspirada en la voluntad presunta del cónyuge premuerto, del que los bienes proceden, y ambos principios se contrarían si se le diera una total facultad de disposición al reservista, aunque reducida al círculo de los beneficiados, fundándose en una dudosa y amplísima interpretación gramatical del precepto.

2.ª Que no hay que perder de vista que la palabra “mejora”, empleada por la Ley, lleva en sí la idea de limitación; pues si el legislador hubiera querido ampliar las facultades dispositivas del tenedor temporal de los bienes reservables para después de su muerte, aunque fuera sólo dentro del círculo de sus hijos, hubiera empleado la frase “disponer de”, en vez de emplear la de “reservar en”, y sobre todo no se hubiera remitido al artículo 823 del Código civil, en cuyo artículo se define el contenido cuantitativo de la mejora como equivalente a la tercera parte del haber hereditario.

3.ª Que aun los más decididos partidarios de la interpretación gramatical amplia del artículo que comentamos reconocen las consecuencias injustas a las que con tal solución se puede llegar, arguyendo alguno “que una institución creada para favorecer a los descendientes de la primera unión puede perjudicar a la mayoría en beneficio de uno solo, en el disfrute de bienes que, sin la reserva les hubiere, en parte al menos, correspondido en la herencia del binubo”, o sea, que al consagrarse aquel principio el binubo tendría en los bienes reservables mayor amplitud dispositiva que en los suyos propios.

4.ª Que la protección de un régimen de sucesión forzosa dentro de un sistema sucesorio, está en la regulación de las consecuencias de la preteri-

ción (art. 814) y en la exigencia de que sean expresadas las causas de la desheredación (art. 849), las cuales son ampliamente detalladas por el Código, en los artículos 756, 853 y 854, aplicables a los bienes reservables según el párrafo segundo del artículo 973; pues bien, de admitirse la preterición sin consecuencias de un hijo reservatario, al socaire de una mejora en la totalidad de los reservables, a favor de otro, se llegará a una desheredación sin expresión de causa, y de peor condición que la desheredación común; ya que si en ésta los hijos del desheredado ocuparan su lugar (art. 857), en aquélla no tendrían los hijos del desposeído ningún derecho: llegándose a la injusta conclusión de que si un reservatario comete contra su padre algún hecho grave que merezca la desheredación, sus hijos no perderán el derecho a la reserva; pero los hijos de los que, sin haber pecado, son sencillamente ignorados por el padre reservista, éstos no tendrían ningún derecho a percibir la parte de la que les privó a su padre o madre»

«Considerando: Que en el segundo motivo del recurso se denuncia la violación, por inaplicación, de los artículos 806, 814, 823 y 972, y también merece ser acogido porque aunque no es uniforme la doctrina científica sobre el contenido que, en cada caso, ha de darse a la palabra “mejora”, o sea, en *el quantum*, con relación al todo, el padre puede mejorar: ello es debido a que se hace entrar en juego a un tercer factor, llamado “tercio de libre disposición”, en función del cual, unos, sumándolo al de mejora, componen dos tercios, y otros dividiéndolo entre los dos restantes, llegan a la conclusión de que el padre puede disponer como mejora de la mitad; sin duda olvidan, los que propugnan una u otra solución, que en los bienes reservables hay tercios de mejora, por la expresa referencia que a ella hace el artículo 972 del Código civil; pero a ningún efecto hay para qué hablar de otras porciones específicas, a las que la Ley en este caso para nada se refiere, y, por tanto, cuando se habla de mejorar en la reserva, ha de interpretarse como posibilidad de favorecimiento en un tercio, que es lo que la Ley autoriza bajo esa palabra.»

SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Legado condicional. Legado de residuo. Facultades dispositivas «mortis causa» del fiduciario. Interpretación de testamento. Artículos 675, 781 y 783 del Código civil. El testador puede conceder al fiduciario la facultad de disponer por actos «mortis causa». Ha de estarse al sentido literal de las disposiciones testamentarias que no sean oscuras, ambiguas o inexpressivas.*

Doña M. L. C. murió bajo testamento, en el que, tras ordenar diversos legados de inmuebles determinados a favor de doña F. S. G., y D. y don J. C. M., dispone: « Octavo: Percepción de legados. Todos los legados hechos a la F. S. G., D. y J. C. M., los percibirán a la muerte del esposo de la testadora, don J. H. O., si él no hubiera dispuesto de los inmuebles legados, pues en este caso no tendrán derecho alguno al legado o legados ni a su importe, teniéndose por no hechos. Noveno: Que del remanente de todos sus bienes, acciones y derechos, instituye heredero en pleno dominio a su repetido esposo don J. H. O., para que libremente pueda disponer de ellos por actos *inter vivos* y los goce con la bendición de Dios y la suya.»

Don J. H. G. dispuso, efectivamente, de los bienes legados, pero no por actos entre vivos, sino en su testamento, en favor de su segunda esposa, de

doña F. S. G. y de don F. C. M. (estos dos últimos, la misma legataria anterior y hermano de los anteriores legatarios, respectivamente).

El Tribunal Supremo, en ponencia del excelentísimo señor don Victoriano Juvencio Escribano Ruipérez, declara no haber lugar al recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada, que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Jaén.

«Considerando: Que, conforme al artículo 675 del Código civil, toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y que en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento; teniendo declarado esta Sala, con reiteración, que es función de los Tribunales *a quo* la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, cuyo criterio ha de prevalecer en casación, en tanto no se evidencie que es manifiestamente erróneo o equivocado por contrariar de modo muy patente la voluntad del testador, si bien en todos los casos habrá de estarse al sentido literal de las disposiciones testamentarias, siempre que no sean oscuras, ambiguas o inexpresivas.»

«Considerando: Que en el caso enjuiciado, la testadora dispuso los legados a que se refiere el litigio, adicionando una cláusula complementaria de los mismos, del tenor literal siguiente. "Percepción de legados. Todos los legados hechos a la F. S. G., D. y J. C. M., los percibirá a la muerte del esposo de la testadora, don J. H. O., si él no hubiese dispuesto de los inmuebles legados, pues en este caso no tendrán derecho alguno al legado o legados ni a su importe, teniéndose por no hechos", y por la siguiente, dispuso "que del remanente de todos sus bienes, acciones y derechos, instituye heredero en pleno dominio a su repetido esposo para que libremente pueda disponer de ellos por actos *inter vivos*. "»

«Considerando: Que la Sala de instancia, al ofrecer como ofrece cierta oscuridad la redacción literal de la disposición sobre legados, procedió a su exégesis, relacionándola con los términos de la institución de heredero, llegando a la conclusión de que la voluntad de la testadora fue la de conferir a su esposo la facultad de disponer libremente y sin limitaciones de los bienes objeto de legado, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, y como tal interpretación no se ofrece manifiestamente errónea o equivocada, ni en pugna con las expresiones contenidas en el testamento, debe prevalecer frente al particular criterio del recurrente, con la obligada consecuencia de desestimar el motivo tercero del recurso, en el que, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación del párrafo 1.º del artículo 675 del Código civil, así como la del número 1.º del 1.281 y 1.284 del mismo Cuerpo legal, preceptos que, en todo caso, podrían ser objeto de denuncia por interpretación errónea, pero no por violación, cuando acontece que la Sala de instancia hizo aplicación de los mismos, desestimación que alcanza también a los motivos primero y segundo, en los que, por la vía del número 7.º, se acusa error de hecho y de derecho, respectivamente, en la apreciación de las pruebas, pues en ellos no se hace otra cosa que plantear por cauce inadecuado el mismo problema relativo a la interpretación del testamento.»

«Considerando: Que en el cuarto y último de los motivos del recurso, por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación de los artículos 781 y 783 del Código civil, argumentándose que, por tratarse de un legado de residuo que participa de la naturaleza de las disposicio-

nes fiduciarias, debió entenderse que el primer llamado sólo podía disponer por actos *inter vivos*, pero no *mortis causa*; mas sobre ello, es de tener en cuenta que no *se está ante* un fideicomiso de residuo, sino ante *un legado condicional*, pues falta el doble o múltiple llamamiento que caracteriza las disposiciones fideicomisarias, y que incluso en la hipótesis de que, efectivamente, se estuviera ante una disposición del carácter de estas últimas, las consecuencias en orden al fallo impugnado serían las mismas, pues la doctrina relativa a que en tales supuestos la facultad de disposición atribuida al fiduciario sólo le autoriza para disponer por actos *inter vivos*, siempre está supeditada a la voluntad del testador que puede concederle la de disponer por actos *mortis causa*, y como el Tribunal *a quo* ha estimado que la testadora concedió a su esposa esta última, sin que tal apreciación haya sido impugnada con éxito, procede la desestimación del motivo examinado.»

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Sustitución fideicomisaria de residuo. Adjudicación para pago de deudas. Artículos 657, 659, 661 del Código civil, 45 y 104 de la Ley Hipotecaria.*

Don M. M. B. murió en Madrid el 17 de enero de 1915, bajo testamento cuya cláusula 5.ª disponía: «En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones y futuras sucesiones, instituye y nombra por única y universal heredera en pleno dominio a su muy querida esposa doña O. R. L., queriendo que los que sean los halle, lleve, goce y disponga de ellos por actos *inter vivos* o por testamento, con entera libertad y sin limitación alguna. Si al fallecimiento de dicha heredera quedaren alguno o algunos bienes, derechos o acciones, de los que no hubiera dispuesto por contrato o testamento la doña O., o ésta falleciera antes que el testador, quiere y designa por heredera de los que en tal caso hubiere de la propiedad del don M., a su señora madre política, doña C. L. R. en usufructo y en nuda propiedad a la Beneficencia Italiana, domiciliada en Madrid.»

Doña C. L. R. premurió a su hija doña O., quien, a su vez, falleció sin dejar parientes con derecho a sucederla *ab intestato*. Entre los bienes relictos, procedentes de la herencia de su marido don M. M. B., figuraba un inmueble, dividido idealmente en 200.000 partes, de las que la heredera doña O. R. L. se había adjudicado 100.500 avas partes *para* pago, se dice en los «resultandos» (parece que más bien sería *en* pago), de deudas hipotecarias por valor de 100.500 pesetas, las cuales fueron satisfechas por doña O. mediante fondos que obtuvo, concertando posteriormente otros préstamos hipotecarios sobre la misma finca con el Banco Hipotecario.

El Estado español demandó a la Sociedad italiana de Beneficencia, suplicando se declarase a su favor la propiedad de las antedichas partes de la finca, a lo que se opuso la demandada, formulando reconvencción, a tenor del siguiente «suplico»: Que el Estado, por no haber cumplido la obligación que le impuso la sentencia de 15 de noviembre de 1947, de formalizar inventario de los bienes relictos, carece de acción; que tampoco lo es dable, por haber dejado transcurrir los plazos establecidos en el Código civil, solicitar ahora la formación de inventario y que no es posible que el Estado adquiera la herencia, si a ella hubiera tenido derecho, de doña O. R. L., pura y simplemente.

te; que la institución creada en el testamento de don M. M. B. es, por cuanto respecta a la Sociedad italiana de Beneficencia, un fideicomiso de residuo, cuyo pleno dominio ha adquirido la misma al fallecimiento de doña O. R. L.

El Juzgado de Primera Instancia número 15 de la capital estimó la excepción de falta de acción en el Estado, nacida del incumplimiento del deber de formar inventario, absolviendo a la demandada, así como estimó igualmente la reconvencción, declarando la existencia de un fideicomiso de residuo la propiedad de cuyos bienes había adquirido la Sociedad benéfica.

La Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó en parte la sentencia del Juzgado, desestimando la excepción de falta de acción de la parte actora y confirmó los demás extremos de la misma.

Interpuesto recurso de casación por la representación del Estado, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al mismo.

«Considerando: Que en el único motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación por inaplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala que se citan, según la que, en los legados de residuo, sólo habrá obligación de entregar al fideicomisario aquellos bienes de que no se hubiese dispuesto por el fiduciario de residuo, estimando que existió un acto de carácter dispositivo con respecto de la mitad aproximada del inmueble urbano que se discute, como consecuencia de haber sido heredado por el fiduciario en forma de adjudicación en pago de deudas del testador que fueron satisfechas por aquél con su peculio particular, lo que impediría que pudiese entrar en el residuo a que tiene derecho el fideicomisario, frente a todo lo cual es preciso tener en cuenta que la cláusula testamentaria que da origen a las presentes actuaciones donde se establece el mencionado fideicomiso residual, de las contempladas en el artículo 45 de la Ley Hipotecaria, debiéndose, por tanto, entender que los bienes fueron transmitidos sin este condicionamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 657 del Código civil, a cuyo tenor sobradamente conocido; “los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte” y, naturalmente, en la forma y manera determinada en el testamento como auténtica Ley sucesoria particular, sin que a ello pueda ser un obstáculo la circunstancia de que, al recibir posteriormente los bienes, el heredero fiduciario hiciese constar en el acta de notificación y adjudicación que, en pago de las deudas hereditarias, se adjudicaba “100.500 *avas partes* de las 200.000 del valor total” de la finca discutida, porque esto no puede tener otro significado sustantivo civil que el de reconocer el compromiso que contraría con la aceptación de la herencia—no habiendo hecho uso del derecho del beneficio de inventario—que le venia dado por imperativo de lo dispuesto en los artículos 659 y 661 del propio Código civil, en el sentido de que no solamente se le transmitían los derechos, sino también las obligaciones del testador, reconociendo que en el supuesto aquí contemplado era, por otra parte, *superfluo*, desde el instante en que las aludidas deudas estaban garantizadas con sus correspondientes hipotecas que se habían constituido sobre el inmueble transmitido, las cuales, según establece el artículo 104 de la Ley Hipotecaria—acertadamente aplicado por la sentencia recurrida—, sujetan, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se imponen, cualquiera que sea su poseedor, “al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyen”.»

«Considerando: Que de acuerdo con todo lo anterior, es evidente que no puede entrar aquí en juego el mecanismo de la adjudicación en pago de deudas hereditarias en su sentido técnico y preciso, ni existe posibilidad de plantear los problemas que entraña su discutida naturaleza jurídica, con la diversidad de postura doctrinales, encaminadas todas ellas a tratar de encontrar la solución que asegura más o mejor el derecho de los terceros acreedores de la masa hereditaria, sino que, por el contrario, la heredera fiduciaria recibió todos los bienes que le son adjudicados con igual título y carácter de plena propiedad, teniendo en cuenta que lo que resta a su fallecimiento pasará a manos de la entidad instituida fideicomisaria y, por supuesto, con la carga o gravamen real de orden hipotecario que permitía la garantía de aquellos derechos crediticios y que forzosamente tenía la obligación de respetar, por lo que en manera alguna puede afirmarse que al producirse la liberación de la misma—que después volvió a establecerse en favor de distinto acreedor—adquiriese la heredera una propiedad particular de que hasta entonces carecía, que vendría a constituir una especie de patrimonio separado, hipotético, irreal o incompatible, con lo que fue la realidad de los hechos que dan lugar al presente recurso y los mandamientos vigentes de nuestra legislación civil, todo lo cual obliga a la desestimación del único motivo articulado y con ello a la del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales.»

SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1967.—*Sustitución ejemplar. Bienes que comprende. Artículos 670 y 776 del Código civil. Sólo comprende los bienes que el ascendiente haya dejado a su descendiente incapaz, con las accesiones y sustituciones en su caso, porque la sustitución ejemplar no entraña una excepción al carácter personalísimo del testamento.*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Olivenza, estableciendo la siguiente doctrina:

«Considerando: Que aunque la cuestión objeto del pleito de que dimana este recurso parece reducirse a un simple problema de interpretación de cláusula testamentaria, para determinar si tal cláusula comprende sólo los bienes que fueron de la testadora o abarca también a los que el incapaz haya adquirido por otros medios, sin embargo, ello no es así, puesto que, como cuestión previa, exige que se precise si cuando el ascendiente instituye por heredero a un descendiente incapaz por enajenación mental y le designa sustituto para el supuesto en que llegue a fallecer sin haber recobrado la razón ni otorgado testamento válido, pasan a dicho sustituto, no sólo los bienes que le dejó aquel ascendiente, sino también cuantos se hayan incorporado al patrimonio del incapaz por cualquier título legal; es decir, si por tratarse de la sustitución que el derecho histórico denominaba *cuasi pupilar* o ejemplar, el testamento del causante del incapaz viene a sustituir el testamento de tal incapaz y lleva consigo el tránsito de todo el patrimonio de éste el sustituto, o, por el contrario, únicamente el de los bienes que le dejó el instituyente, si este problema, tan importante y sugestivo, se resuelve de acuerdo con esta segunda tesis, ya

resuelta superfluo el tratar de la cuestión de la interpretación de la cláusula testamentaria, porque, fuere cual fuere la letra de la misma e incluso la intención de la testadora, nunca podría tener mayor alcance que el de comprender solamente los bienes que fueron de la aludida testadora.»

«Considerando: Que el Derecho romano, para evitar los inconvenientes que se derivan del fallecimiento *ab intestato*, y fundándose en la incompatibilidad de las sucesiones testamentarias y legítima y en la unipersonalidad de la patria potestad y del *pater familias*, creó la figura jurídica de la sustitución, en sus varias formas, y si bien en cuanto a la llamada pupilar estaban conformes todos los textos en que por virtud de ella el *pater familias* otorgaba testamento por su hijo impúber y le nombraba heredero de todos los bienes de éste, que habían de pasar al sustituto si se producía el evento previsto, en cambio, con respecto a la llamada sustitución *cuasi pupilar* o ejemplar, no existía esa misma unanimidad de opiniones»

«Considerando: Que aunque nuestra legislación de Partidas recogió aquellas tradiciones jurídicas romanas, lo cierto es que a partir de la publicación del Ordenamiento de Alcalá, que admitió la compatibilidad de las sucesiones testamentarias y *ab intestato*, y de las Leyes de Toro, se establecen un derecho, que pudiéramos llamar nacional, que culmina con la promulgación del vigente Código civil, en cuyo artículo 670 se proclama el principio fundamental de que *el testamento es un acto personalísimo* y que su formación no podrá dejarse, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni tampoco la designación de las personas que hayan de suceder cuando varios sean instituidos nominalmente.»

«Considerando: Que contra esta norma general y absoluta del Derecho civil común, únicamente se pueden admitir las derogaciones que de manera expresa y terminante se establecen en el propio Código, a saber: a), la contenida en el artículo 671, cuando haya que repartir cantidades dejadas en general a una clase determinada, y b), la consignada en el artículo 831, que permite al cónyuge superviviente distribuir, a su prudente arbitrio, entre los hijos comunes, los bienes del difunto, si ello se pactó en las correspondientes capitulaciones matrimoniales; fuera de estos casos, en las regiones sometidas al Derecho civil común, no puede formularse testamento por otra persona.»

«Considerando: Que si, pues, con arreglo a nuestro Derecho sucesorio, no puede otorgarse testamento por otro, sino en los casos taxativamente dispuestos por la Ley, se comprende que, en el caso de la sustitución ejemplar, el sustituto no debe heredar más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, incluso con sus accesiones y sustituciones, si las hubo, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los cuales deben seguir el cauce previsto para la sucesión legítima.»

«Considerando: Que si no bastara para fundamentar esta opinión el texto claro y terminante del artículo 670 del Código civil, que proclama, de manera expresa y rotunda, que el testamento es un acto personalísimo, cuya formación no puede dejarse al arbitrio de una tercera persona, otras razones vendrían en apoyo de ella, a saber: Primera: La autorización necesaria por el propio artículo 776 a todos los ascendientes para designar sustituto de su descendiente incapaz permitiría el nombramiento de varios sustitutos, y como la Ley no establece preferencia alguna entre ellos, se daría lugar a problemas irresolubles, no sólo en cuanto a los bienes que el incapaz hubiera recibido de quien no le hubiera nombrado sustituto, sino también respecto a los que procedían de cada uno de los distintos instituyentes, por no existir un

precepto limitativo expreso, análogo al que se contiene en el artículo 207, para el supuesto de que varias personas hubieran dejado a un mismo menor e incapaz diferentes herencias o legados, o a los que figuran en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, para el supuesto de que concurren varias sustituciones en un mismo instituido. Segunda: Esa misma autorización general a todos los ascendientes podría dar lugar a que uno cualquiera de ellos privara al padre del incapaz de toda la parte de libre disposición de la herencia de uno de sus hijos fallecido sin haber recobrado la razón y sin haber otorgado testamento, e incluso posibilitaría que no heredara nada el hermano del incapaz que lo hubiera cuidado y asistido durante su incapacidad. Tercera: Por tratarse de una institución de excepción, debe interpretarse en sentido restrictivo y no de ampliación. Cuarta: Los sistemas legislativos modernos que aún admiten esta arcaica institución, desaparecida en muchos otros, concretan el alcance de la misma, limitándola sólo a los bienes que proceden del ascendiente que hizo la designación, como ocurre con el artículo 2.300 del Código civil portugués, que va a entrar en vigor—en parte—el 1 de junio próximo.»

«Considerando: Que contra la tesis que queda establecida, nada puede significar la doctrina de la sentencia de 6 de febrero de 1907; en primer lugar, por ser única y no formar, por tanto, jurisprudencia, y en segundo lugar, porque en ella se trataba de un testamento otorgado en 4 de abril de 1888 —antes de la vigencia del Código civil—, y aunque en la cláusula objeto de la discusión se disponía por la madre del incapaz que el sustituto le sucedería en todos los bienes del instituido, incluso en los que hubiera heredado por la línea materna, lo cierto es que tal *sentencia* recayó en un recurso interpuesto contra un auto que acordaba el sobreseimiento de un *proceso de prevención de ab intestato*, instado por quien se titulaba heredero legítimo del incapaz fallecido, y se limitó a declarar que “cuando existe, como en el caso del presente recurso, un testamento otorgado por la madre en sustitución de su hijo por causa de su incapacidad, *no se puede estimar que éste haya muerto intestado para los efectos prevenidos en el artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, porque tal testamento produce la misma eficacia que si hubiera sido otorgado por el causante de la herencia, sin perjuicio de discutir en el juicio correspondiente su validez absoluta o su extensión y eficacia, sin que, mientras tanto y prejuzgando dicha cuestión, sea lícito proceder como si no existiera”».

«Considerando: Quienes en el primer motivo del recurso se alega que la sentencia impugnada ha incurrido en interpretación errónea del artículo 776 del Código civil, pero lo que, en realidad, hacen los recurrentes es combatir la exégesis que realiza la Sala sentenciadora de la cláusula discutida, la cual, en tesis de aquéllos, daba a entender que debían pasar al sustituto, no sólo los bienes que la testadora dejaba al incapaz, sino también los que éste adquiriese por cualquier título; mas para razonar la procedencia de tal motivo tiene que incurrir en una petición de principio, dando como supuesto que el mentado precepto permite esa disposición de bienes ajenos, cuando, en realidad, lo único que posibilita es la designación de sustituto del incapaz, sin determinar las clases de bienes que se han de transmitir al aludido sustituto, que no pueden ser más que los que fueron del instituyente; por lo que resulta patente que la Sala sentenciadora no ha cometido la interpretación errónea de ese precepto que el recurso le atribuye»

«Considerando. Que en el segundo motivo del recurso, los recurrentes de-

nuncian la infracción "por aplicación indebida", del artículo 675 del Código civil, y aun suponiendo que el concepto que quiera aludir sea la aplicación indebida, tampoco el motivo puede prosperar, porque lo que el recurso vuelve otra vez a combatir en la interpretación dada por la sentencia a la tantas veces aludida cláusula testamentaria, insistiendo en que la testadora ordenó una sustitución ejemplar referida a todos los bienes que el incapaz tuviera en el momento de su fallecimiento, alcance éste que no cabe conceder a esa sustitución, por imperio de las normas de nuestro Código, que otorgan al testamento la naturaleza de este personalísimo»

«Considerando: Que también en el tercer motivo, aunque se vuelve a denunciar "la aplicación indebida y errónea" del mencionado artículo 775 del Código civil, se insiste en atacar la interpretación de la cláusula testamentaria, pretendiendo darle el amplio alcance que conviene a su tesis impugnatoria, y que no cabe; y aunque se pudiera admitir que era posible combatir, con la invocación de aquel raro concepto de infracción, la exégesis de dicha cláusula, aun en tal supuesto, tampoco el recurso sería estimable, ya que, como razona la Sala de instancia, la testadora, en la tantas veces mencionada cláusula, sólo se refiere a su *herencia*, sin aludir, para nada, a los demás bienes que el incapaz llegue a adquirir por otros títulos distintos, por lo que no resulta errónea la interpretación de tal cláusula que, en último término, no fue combatida en forma y tiene que ser mantenida.»

SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1967.—*Colación. Transacción. Albacea: su legitimación pasiva. Artículos 618 y 901 del Código civil. No son colacionables los bienes objeto de transacción. Está legitimado pasivamente, aun antes de efectuar la partición, el albacea nombrado con amplísimas facultades.*

Los hechos se desprenden de los siguientes «Considerandos»:

«Que no son donaciones, ni a ningún efecto procede que sean consideradas como tales, las transacciones sobre determinados bienes consignadas en los dos contratos, ambos de 20 de octubre de 1961, suscritos por el causante de la herencia D. J. G. P., y sus hijos, únicos aportados a los autos por los demandados, con la pretensión de que, al amparo de la cláusula 3.ª del testamento, que es la que se anula por la sentencia de instancia, los bienes comprendidos en ellos fueron computados como ya recibidos por los hijos, a cuenta de los dos tercios de la herencia, en los que se les instituye herederos por el padre, en concurrencia con la viuda de segundas nupcias, a la que se le instituye en el tercio de libre disposición; pretensión que se reitera en los motivos primero y segundo del recurso, amparados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocando la errónea interpretación de los artículos 618 y 1.282 del Código civil y que deben ser desestimados totalmente; pues, como venimos de decir, no se trata de donaciones, ya que uno de dichos documentos es un contrato de arrendamiento de la finca "La Bayoncilla", de la que el padre era titular del derecho de usufructo, y los hijos nudo propietarios, por precio cierto de 833 Qm. de trigo y sometido, por voluntad de las partes y renuncia de todo privilegio, a la Ley de Arrendamientos de 15 de marzo de 1935, hay que tener, además, en cuenta que a la muerte del padre se consolidó en los hijos la plena propiedad de dicha finca, y tampoco merece la calificación de donación la otra estipulación, de

igual fecha y otorgada por las mismas personas, no sólo porque en su propia letra se le llama "transacción", sino porque, en realidad, se trata de un ajuste de cuentas entre el padre y los hijos, con relación a la explotación, que había sido llevada en común, de una fábrica de pimentón, donada a los hijos por escritura de 27 de junio de 1958, en la que se hacen mutuas concesiones, y, como dice la sentencia de este Tribunal de 5 de mayo de 1896, cuando un acto no es gratuito en beneficio del donatario y cuando es el interés de las partes y no la liberalidad de una de ellas lo que lo determina carece de uno de los requisitos necesarios para que pueda considerarse como donación; pero es que, a mayor abundamiento, en la estipulación 2.ª del documento a que nos venimos refiriendo, se hace constar expresamente que todos aquellos derechos que en él cede el padre a los hijos, deben de entenderse comprendidos en la donación antes aludida, del 27 de junio de 1958, la cual, por haber sido hecha con la cláusula de que en su día no serían traídos a la herencia del donante los bienes comprendidos en ella, no ha sido objeto de litigio en instancia ni en casación.»

«Que tampoco merece ser acogido el motivo tercero del recurso en el que, a) amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 901 del Código, considera prematura la decisión judicial que anuló la cláusula 3.ª del testamento de D. J. G., que debió reservarse, en su caso, para cuando se impugnara la partición, una vez hecha por el albacea, nombrado con amplísimas facultades, y que es el propio recurrente, motivo por el que se plantea de consuno el problema de la acción judicial contra una cláusula testamentaria, después de la muerte del testador y antes de ser llevada a la ejecución, y el de la propia legitimación pasiva del ahora recurrente, como albacea contador-partidor, que aún no ha realizado la partición y que actuó como demandado en el pleito; problemas que deben ser resueltos ambos en sentido afirmativo, pues es indudable, de una parte, que ha de poder ser anulada una cláusula testamentaria, y aun un testamento en su totalidad, sin necesidad de haber sido previamente ejecutado, cuando existan razones legales para ello, es más, la sentencia de 18 de octubre de 1890 llega a eximir, incluso al albacea, de la obligación de cumplir la voluntad del testador cuando sus disposiciones no se ajusten a las Leyes, y de otra parte, está fuera de toda duda que el albacea está legitimado, por el número 3.º del artículo 902 del Código civil, para sostener, siendo justo, la validez del testamento en juicio y fuera de él, habiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo acentuado la obligación de defender en juicio dicha validez antes de haber ejecutado la voluntad testamentaria (sentencia de 11 de enero de 1900), llegando las sentencias de 16 de septiembre de 1910 y la de 4 de mayo de 1927 a afirmar que lo gastado por el albacea en la defensa de la voluntad del testador debe ser pagado con los bienes de la herencia; es, por el contrario, como dice la sentencia de 31 de diciembre de 1909, terminadas las operaciones particionales cuando carece de personalidad el albacea para defender el testamento, si es entonces cuando se impugna la validez.»

«Que, con arreglo a lo expuesto, actuó dentro de sus facultades y fue ajustada a derecho la anulación, declarada por la sentencia de instancia, de la cláusula tercera del testamento otorgado en 25 de junio de 1963 por don J. G. P., ya que en dicha cláusula se afirmaba la preexistencia de unas donaciones que debían ser traídas a la herencia y ser imputadas en el haber de los hijos,

cuando de tales partidas unas no revisten el carácter de donación, sino de contratos onerosos, con reciprocas prestaciones, y otras, por haber sido entregadas a los hijos con carácter de irrevocables por el padre y no afectar a las legítimas, no podían ser detraídas.»

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1967.—*Partición por comisario. Extralimitación en sus facultades. Dolo civil. Nulidad de la partición. Omisión de objetos y valores. Herencia: bienes que la componen. Transmisibilidad hereditaria del negocio de Agente de Aduanas. Artículos 659, 1.079 del Código civil, Decreto de 21 de mayo de 1943, Reglamento de 19 de julio de 1943 y Orden de 24 de mayo de 1944. El contador-partidor debe atenerse a la voluntad del testador, so pena de ser nula la partición. La aplicación del artículo 1.079 del Código civil supone la existencia de una partición válida, aunque sea incompleta.*

Don A. O. R. murió bajo testamento, en el que designó contador-partidor, y en cuyas cláusulas 3.^a y 5.^a hizo expresa mención del negocio de Agencia y Comisionista de Aduanas y Consignatario de Buques, para cuya continuación desigó a su hijo, el demandado A. O. H, sin perjuicio de lo que por valor del mismo haya de entregar a sus coherederos, disposición testamentaria que, según el hermano del demandado y actor en el pleito, don L. O. H, fue incumplida totalmente, haciendo desaparecer el negocio en cuestión por lo que suplicó se declarase nulo el cuaderno particional redactado por el comisario-partidor don G. O. R. y la viuda del causante, por haberse realizado contra las disposiciones del testador o con evidente dolo y mala fe, debiendo realizarse nueva partición con inclusión de todos los bienes de la herencia, entre ellos el negocio de Aduanas, Comisionista y Consignatario de Buques. Subsidiariamente a ello, la rescisión del expresado cuaderno particional por lesión al actor en más de la cuarta parte con elección para el demandado entre proceder a nueva partición o indemnizar. Y en último lugar, para el caso de no prosperar ninguna de las dos pretensiones anteriores, que se adicione y complete el mentado cuaderno particional con inclusión del dinero en metálico existente al morir el causante y el negocio de Aduanas, Comisionista y Consignatario de Buques.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián declaró nulo y sin efecto alguno el cuaderno particional por haberse realizado contra las disposiciones del testador, debiendo realizarse nueva partición, en la que se comprenda la totalidad de los bienes de la herencia, con inclusión del negocio de Consignatario de Buques propiedad del causante, exceptuando solamente el de Agente y Comisionista de Aduanas.

Apelada esta sentencia por ambas partes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, estimando en parte el recurso del actor y desestimando el de los demandados, declaró nulo y sin efecto alguno el cuaderno particional por haberse realizado contra las disposiciones del testador, debiendo realizarse nueva partición en la que se incluya la totalidad de los bienes de la herencia, con inclusión del negocio de Aduanas, Comisiones y Consignación de Buques propiedad del causante.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al mismo, conforme se expone a continuación:

«Considerando: Que antes de entrar en el particular examen de cada uno de los cuatro motivos en que se asienta el presente recurso, se estima procedente consignar que el pronunciamiento esencial y básico de la sentencia recurrida se declara nulo y sin efecto el cuaderno particional al que la parte dispositiva se refiere, siendo las razones fundamentales del fallo anulatorio, a tenor de la sentencia impugnada, el haberse realizado la partición contra las disposiciones del testador rebasando aquella "simple facultad", a que se contrae el artículo 1.057 del Código civil, y también por maquinaciones dolosas que acreditan la existencia de un dolo civil "que vicia de nulidad la partición efectuada por el comisario" (Considerando cuarto de la sentencia recurrida y quinto y sexto de la de primer grado aceptado por la Audiencia).»

«Considerando: Que el motivo primero del recurso se acoge al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y en él se denuncia la infracción por violación del artículo 659 del Código civil, alegándose, sustancialmente, que el título de Agente de Aduanas otorga un derecho de carácter público intransferible e intransmisible y que, ante el silencio del Código civil en esta materia, tampoco regulada en el Código de Comercio, es necesario acudir a las normas administrativas que establecen los requisitos exigidos para el ejercicio de esta profesión, con cita al respecto del Decreto de 21 de mayo de 1943, su Reglamento de 19 de julio del mismo año y la Orden de 24 de mayo de 1944, entendiéndose el recurrente que conforme a los preceptos de estas disposiciones (no dice cuáles) la profesión de Agente de Aduanas es intransmisible, y que únicamente al fallecimiento del titular se reconoce en favor de los herederos un derecho preferente a obtener la correspondiente autorización administrativa para el ejercicio de la profesión, advirtiéndose que cualquiera que sea el rango jurídico de dichas disposiciones administrativas son de obligada aplicación al caso de autos, por tratarse—dice el impugnante—de las únicas normas reguladoras de la profesión de Agentes y Comisionistas de Aduanas, aparte otros argumentos secundarios que asimismo se exponen; mas, en primer lugar, debe destacarse que ninguno de los argumentos empleados, así como la legislación citada, afectan al negocio de Consignatario de Buques, aunque a ello se haga alusión en el motivo, quedando en realidad imbatidos los razonamientos de la sentencia recurrida, pero, además, debe notarse que el Tribunal *a quo* estima que el negocio de Agencia de Aduanas es transmisible, y por ello aplica el artículo 659 del Código civil rectamente y, por otra parte, las disposiciones que globalmente se citan son de carácter administrativo, y, por ende no aptas, en principio, para basar en ellas la casación civil y conteniendo varios artículos o preceptos, no se mencionan siquiera los que, determinadamente, fueren aplicables, ni se expresa, ni se trata de normas de carácter prohibitivo cual sea en concreto su relación con la norma civil que se invoca como infringida, ni tampoco el concepto en que aquéllas hayan sido vulneradas, por todo lo que es obvio que todo este motivo primero, en su exposición y desarrollo dialéctico, está falto de precisión, lo que bastaría para rechazarlo.»

«Considerando: Que, además, es clara la intención del causante testamentario don A. O. R. de disponer en favor de su hijo A. de lo que el mismo testador llama negocio de Agente y Comisionista de Aduanas y Consignatario de Buques "sin perjuicio de lo que por valor del mismo haya de entregar a sus coherederos conforme a las normas de este testamento", designando a su citado hijo como continuador de la profesión, siendo obvio (Considerando 5.º) que el Tribunal *a quo* no prescinden del Decreto de 21 de mayo de 1943, Orden de 19 de julio del mismo año y disposiciones de la Orden del 24 de mayo de 1949,

sino que tiene en cuenta expresamente todo ese ordenamiento con cita concreta del artículo 4.º, párrafo 3.º, del Decreto básico, así como del artículo 10 de la Orden de 19 de julio del mismo año, desprendiéndose de dichos preceptos la posibilidad de transmisión sucesoria de tales Agencias, en los casos y condiciones previstas en el párrafo 3.º del artículo 4.º del Decreto primeramente mencionado, siendo de advertir que el condicionamiento en el caso actual está cumplido, y que, precisamente, el número 2.º del apartado A) del artículo 9.º de la mentada Orden íntimamente relacionado con el 10, aplicable conforme al apartado D) al caso del fallecimiento del titular de una Agencia individual, se refiere al testimonio notarial del testamento otorgado por el causante, o, en su defecto, de la declaración de herederos, y, en su caso, de la correspondiente partición de bienes por todo lo que es indudable que el comisario-partidor debió sujetarse a la voluntad del testador y cumplirla tal y como se le había encomendado lo cual no hizo, razones que unidas a las antes dichas, conducen también a la desestimación del motivo primero.»

«Considerando: Que en el segundo motivo, igualmente amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción por violación del artículo 675 del Código civil, precepto legal que, en tesis del recurrente, atribuye notoria supremacía al sentido literal, aduciendo que la sentencia impugnada parte de la errónea interpretación, de la cláusula tercera del testamento otorgado por don A. O. R., pues el recurrente entiende que la cláusula indemnizatoria solamente entrara en juego si se cumple la condición, es decir, en el caso que exista "un valor efectivo atribuible a los elementos patrimoniales de la herencia, pero que al hacer inventario el comisario-partidor obtuvo un saldo negativo de tales elementos patrimoniales, únicos, en su sentir, susceptibles de partición, por lo que quedó ineficaz por imposible la hipótesis señalada por el testador".»

«Considerando: Que la tesis que ahora sostiene la parte recurrente en el motivo segundo, ni siquiera se aviene con lo expresado por la misma parte en su contestación, cuando atribuía al testador (no al Tribunal, que todavía no había emitido su fallo), "el grave error de confundir la profesión de Agente y Comisionista de Aduanas con un negocio comercial por el que el nuevo titular deba compensar a sus herederos, según las normas del testamento", afirmando, además, "que la Agencia no es un negocio, y aunque lo fuera, en el estado que la dejó el causante valía poca cosa", pero, aun aparte esa contradictoria y extraña actitud descartada la cuestión, que es tema del motivo primero, no cabe dudar que la Agencia por sí misma tiene un valor económico que incluso ha sido objeto de peritaje en el pleito, valor del cual el recurrente pretende prescindir, sin que tal problema sea en el fondo de interpretación testamentaria, pues en realidad lo que el recurrente quiere es que prevalezca su propio y particular criterio y no la voluntad del testador exteriorizada en su testamento, siendo por demás confusos los argumentos con que el impugnante trata de apoyar su tesis, razones todas que conducen a la desestimación de este motivo.»

«Considerando: Que por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la repetida Ley de Enjuiciamiento, se alega la existencia de un error de hecho, resultando, según el que recurre, de documento auténtico que demuestra la equivocación evidente del juzgador, citando en concepto de tal la propia escritura de protocolización del cuaderno particional de 9 de enero de 1962, pero esta escritura viene a ser el documento básico del pleito, y el mismo que el Tribunal sentenciador tuvo en cuenta para construir la tesis decisoria del litigio, por lo que, conforme a reiterada y conocida jurisprudencia de esta Sala,

no puede ser esgrimido como documento auténtico para evidenciar el error en la apreciación de la prueba, si bien su interpretación es susceptible de ser combatida al amparo del número 1.º del artículo 1.692, tantas veces citado, acusando la infracción de las reglas de hermenéutica que se estiman vulneradas; siendo, por otra parte, inexacto a todas luces que en la partición se valorase el negocio de Agencia de Aduanas y además como entidad patrimonial, con valor propio, debiendo significarse, además, que la tesis sostenida en este motivo tercero no se compagina con la sustentada en el primero en el que se sostenía la intransmisibilidad de la Agencia, por todo lo que tampoco el motivo que aquí se analiza puede ser estimado»

«Considerando, finalmente, que en el motivo cuarto y último, con apoyo en el número 1.º del repetido artículo 1.692 se denuncia la violación, por inaplicación, del artículo 1079 del Código civil, arguyendo el recurrente, en suma, que aun en la negada hipótesis de que el contador hubiese incurrido en error, si a tenor del mentado artículo del Código civil la omisión de alguno o algunos valores u objetos de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición, tal error únicamente podría motivar que se completase o adicionase la partición, con la diferencia de valor omitida; más debe notarse que el mentado precepto legal, así como los que se refieren a la rescisión se enfrentan con el supuesto de una partición válida, aunque sea incompleta, pero en el presente caso se declara la nulidad del acuerdo particional por dos motivos, cual se expresa en el razonamiento inicial de esta sentencia, uno, en cuanto se estima que el contador no se atuvo a la voluntad del testador manifestada en el testamento, extralimitándose en sus funciones que, conforme al artículo 1.057 del Código civil, estaban limitadas a la simple facultad de hacer la partición, extralimitación que revistió los diversos aspectos que en la sentencia recurrida se examinan, y otro por las maquinaciones fraudulentas y dolosas a las que se refieren los Considerandos tercero y séptimo de la sentencia impugnada, puesto éste en que dicha sentencia ni siquiera es combatida, siendo de aplicar al respecto la doctrina sobre nulidad de los actos jurídicos, recogida en el sexto razonamiento de la sentencia de primera instancia, aceptado por la Audiencia, razones que causan el decaimiento del cuarto motivo; y en cuanto a la cuestión que esporádicamente se alude en la última parte del motivo que se examina, cualquiera que sea el criterio de esta Sala, al respecto, no se plantea debidamente, acusando en forma, si así procediere, la infracción del artículo 1303 del Código civil, base legal de la decisión correspondiente, sin que tal precepto sea siquiera aludido en el extremo comentado.»

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1967.—*Partición por comisario. Herederos menores. Citación para el inventario. Artículo 1.057, párrafo 2.º del Código civil. La citación para el inventario no requiere forma determinada, bastando cualquier medio hábil, sin que se exija la presencia de los citados.*

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 15 de la capital, estableciendo la siguiente doctrina.

«Que la partición del comisario puede considerarse intermedia entre la del testador y la de los coherederos, formalmente se asemeja a ésta, por cuanto no es el causante quien la realiza, pero en su naturaleza y esencia es semejante a aquélla por ser un negocio jurídico unilateral y por cuanto se apoya siempre en la voluntad del testador, el cual en lugar de hacer atribuciones concretas que satisfagan las cuotas por él dispuestas, encomienda a otra persona que haga tales atribuciones, pero siempre como satisfacción de las cuotas por él instituidas, habiendo declarado la jurisprudencia que la partición realizada por comisario expresamente nombrado por el testador, equivale a la hecha por éste, por ser su representante en cierto modo, debiendo ser respetada por los Tribunales mientras las legítimas quedan incólumes (sentencias de 25 de abril y 17 de junio de 1963)»

«Que el paralelismo de la partición hecha por comisario con la realizada por el propio testador, encuentra su única excepción en el caso de que entre los coherederos haya alguno de menor edad y sujeto a tutela, debiendo entonces el comisario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios (apartado 2.º del artículo 1.057 del Código civil), sin que se requiera una forma determinada para verificar la citación, con lo que los menores coherederos pueden ser llamados a la formación de inventario por cualquier medio hábil para tal fin, sin que se exija su presencia, tras haber sido citados para dicho acto.»

«Que en el caso de autos, declarado por la sentencia recurrida que los herederos menores fueron citados a la formación del inventario, el motivo segundo del recurso denuncia error de Derecho en la apreciación de las pruebas, que no puede prosperar por falta de invocación del precepto valorativo de prueba que haya sido conculcado, desestimación que acarrea la del motivo primero al quedar privado de la indispensable base *de facto*.»

«Que si bien la jurisprudencia ha declarado con reiteración que deben aplicarse a los comisarios las normas dictadas por el Código civil con relación a los albaceas (sentencias de 24 de febrero de 1903, 5 de febrero de 1908, 14 de enero de 1913, 22 de febrero de 1929 y 5 de julio de 1947), el artículo 907, que es motivo tercero del recurso denuncia como violado, regula la obligación de los albaceas de "dar cuenta" de su encargo a los herederos habiendo declarado esta Sala que la práctica de las operaciones particionales constituye el modo más adecuado que los albaceas tienen de "dar cuenta" del encargo que el testador les ha conferido (sentencia de 31 de marzo de 1915), lo que provoca la desestimación del motivo examinado y con él la del sexto, que alega la inaplicación del artículo 1.720, relativo a los mandatarios, que ha de ceder ante el precepto específico aplicable a los albaceas, y en todo caso, nunca podrían considerarse los coherederos como mandantes del comisario, el cual a quien representa en cierto modo es al testador que le ha designado con la simple facultad de hacer la partición (apartado 1.º del artículo 1057).»

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1967.—*Partición por comisario. Rescisión por lesión. Artículos 1.073, 1.074 y 1.077 del Código civil.*

Don J. y doña D. B. S., únicos hijos de don E. B. B., fallecido el 19 de diciembre de 1962, demandaron a la segunda esposa de éste, doña C. B. L., para que alternativamente se declarase: 1.º La nulidad, por error y dolo en las operaciones particionales de su difunto padre llevadas a cabo por el con-

tador-partidor testamentario, don V. L. T., o la rescisión por causa de lesión en más de la cuarta parte, y que como consecuencia de ello, vista la considerable trascendencia del perjuicio, la demandada estaba obligada a practicar nuevas operaciones particionales con los actores.

El Juzgado de Primera Instancia de Carlet declaró rescindida la partición y el derecho de la viuda para optar por indemnizar o proceder a realizar nueva partición. Apelada la sentencia por ambas partes, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia declaró rescindida la partición condenando a la demandada a efectuar nueva partición con intervención de los actores con subordinación a las bases que se fijaban.

Las partes recurren y el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Jacinto García-Monge y Martín, desestima ambos recursos.

«Considerando: Que el recurso interpuesto por la señora B, el único motivo se ampara en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basándole en la aplicación indebida del artículo 1.074 del Código civil, razonando dicho vicio exclusivamente en hacer una valoración de bienes que constituyen el caudal hereditario, opuesta a la señalada en la sentencia recurrida, fijando a su juicio las que corresponden a la recurrente, los que deben asignarse a los herederos recurridos, la cuantía de las deudas, la plusvalía sobre los inmuebles y la no variación del valor de las fincas rústicas, con lo que lejos de combatir la aplicación del citado artículo 1.074 del Código civil, que lo sería en todo caso, ya que se refiere según estima la sentencia a la rescisión de la partición por lesión en más de una cuarta parte atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, tiene sustancialmente un contenido exclusivamente fáctico, el de oponerse al valor estimado en la sentencia, que sólo podía ser combatido por el preciso cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, con lo que se incurre en la causa de inadmisión que establece el número 9.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en este trance se convierte en causa de desestimación que procede acordar, con las consecuencias que establece el artículo 1.748 de la citada Ley».

«Considerando: Que la sentencia recurrida estima la acción ejercitada por la parte hoy recurrente, en cuanto declara rescindida la partición de los bienes hereditarios de don E. B. B., y condena a la demandada a efectuar nueva partición, con intervención de los demandantes, si bien dado lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código civil, tal condena, con referencia a partición ha de ser hecha para el caso que la demandada consienta en la partición y opte por indemnizar, basándose en existir en la partición lesión en más de la cuarta parte del valor de los bienes, negando por otra parte que aparezcan elementos bastantes para afirmar que la demandada y el albacea testamentario hayan empleado medios o formas engañosas tendentes a lesionar los derechos e intereses de los actores; acoge, por tanto, únicamente la pretensión que se formula subsidiariamente al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.074 del Código civil rechazando la acción basada en nulidad por dolo o error, y así la pretensión anulatoria de la partición formulada por la parte actora sólo difiere de lo otorgado independientemente del fundamento acogido, en dar cabida a la norma establecida en el artículo 1.077 del Código civil, que permite que subsista la partición efectuada si el heredero demandado opta por indemnizar el daño, debiendo, por tanto, el recurso interpuesto por los demandantes dirigirse, para llegar a obtener la eficacia pretendida, a eliminar este derecho de opción que la sentencia reconoce en favor de la parte recurrida.»

«Considerando: Que no atacado en ninguno de los motivos del recurso de la parte actora la infracción del citado artículo 1.077 del Código civil, único que da lugar a mantener en su caso la partición efectuada, si la heredera demandada hace uso de la opción que éste le otorga, éste carecería en todo caso de eficacia aun cuando fuese estimable el fundamento de la existencia de engaño o dolo que trata de propugnarse en los motivos articulados, siendo rechazable el tercero, que con la expresada finalidad se ampara en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado en error de hecho en la apreciación de la prueba, citando como documentos auténticos el testamento del causante, el requerimiento practicado al contador-partidor, el acta de protocolización y acto de conciliación que en sentir del recurrente ponen de manifiesto el dolo y forma engañosa concurrentes en dicha partición, aparte de que los calificados como documentos auténticos al efecto no han sido aportados a este recurso, éstos ya han sido objeto de valoración por el juzgador de instancia, y para la estimación del dolo, que proclama la doctrina de esta Sala, frente a la declaración formulada por el juzgador de instancia, es preciso demostrar el error cometido en forma legal, sentencia de 16 de junio de 1915 y distinguir los hechos que motivaron la declaración de voluntad, cuyo examen puede ser llevado a casación por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la calificación jurídica que les correspondía, aspecto que ha de discurrir para el cauce del número del citado artículo, conforme a sentencias de 30 de marzo de 1951 y 1 y 8 de febrero de 1955, tratándose aquí no de contradecir los hechos básicos sentados en la sentencia, sino de la valoración jurídica que a los mismos le atribuye el juzgador, lo que no cabe ser encuadrada como cuestión de hecho en el alegado motivo, que debe, por tanto, perecer.»

«Considerando: Que el segundo de los motivos de dicho recurso se formula conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, alegando como infringidos, sin citar en cuál de los conceptos que dicho precepto legal establece, los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, y aparte del vicio formal indicado, debe notarse que la sentencia no se basa en presunciones, y las que pretende el recurrente carecen de base fáctica estimada en la sentencia, necesaria para dar lugar, mediante el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, a la conclusión de haber sido empleados medios modos o formas engañosas para lesionar los intereses de los recurrentes, puesto que la valoración de los bienes adjudicados es la que da lugar a la rescisión por lesión, también alegada por dicha parte, razones que conducen a la desestimación del expresado motivo del recurso»

«Considerando: Que el primero de los motivos se sigue por el cauce procesal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil y alega la falta de aplicación del artículo 1.073 del Código civil la interpretación errónea del artículo 1.074 del mismo Código y la de los 1.255, 1.456 y 1.291 del mismo texto legal, y aparte de que, como queda sentado, no se ataca la conclusión sobre la infracción al caso del artículo 1.077 del Código civil, en que se basa el derecho de opción concedido a la heredera demandada, no cabe estimar la violación del primero de los preceptos citados, puesto que la partición ha sido rescindida en suma, si bien en las condiciones particularmente citadas, no existe el vicio de interpretación errónea del siguiente precepto invocado porque no fue objeto de exégesis por parte del juzgador, ni se alega por el recurrente un sentido distinto a dicho precepto legal del que le hubiera sido atribuido en la sentencia, ni la falta de aplicación de los demás preceptos legales, bien por referirse a

principios de carácter general, ajenos a la cuestión debatida, ya porque ésta ha de regirse por las normas específicas amparadoras de la acción, cual efectúa el Tribunal de instancia todo lo que conduce a la desestimación del motivo »

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1967—*Partición. Rescisión por lesión Cómputo del plazo para ejercitar la acción. Artículo 1.076 del Código civil. El plazo de caducidad establecido por el artículo 1.076 del Código civil empieza a contarse desde la fecha en que se hizo la partición*

En el único «considerando» el Tribunal Supremo rechaza el motivo del recurrente, en ponencia del excelentísimo señor don Julio Calvillo Martínez, confirmando la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Castropol

«Considerando: Que el artículo 1.076 del Código civil establece un plazo de caducidad cuyo *dies a quo* no ha de ser fijado con arreglo a las normas que disciplinan una institución distinta, como es la prescripción extintiva, ni siguiendo la doctrina sentada por este Supremo Tribunal al interpretar y aplicar aquellas normas, sino con sujeción estricta al precepto expreso, claro y terminante de dicho artículo, según el cual la acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, «contados desde que se hizo la partición», fecha inicial de cómputo que no puede ser sustituida de modo arbitrario por la que, según la alegación no probada por el accionante, tuvo conocimiento de la práctica de la división de la herencia, como ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en su sentencia de 7 de febrero de 1958, «porque ello implicaría dejar en la incertidumbre los derechos», doctrina que, ratificada ahora, impide la estimación del único motivo y obliga a rechazar el recurso. »

SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1966.—*Sucesión legítima. Testamento destruido. Partición. Actos propios. Interpretación de testamento. Artículo 658, 675, 764, 912 y 913 del Código civil.*

El Tribunal Supremo, en ponencia del excelentísimo señor don Jacinto García Monge y Martín declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia de Pola de Siero.

«Considerando: Que el primero de los motivos del recurso, formulado conforme al número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la aplicación indebida de los artículos 912 y 913 del Código civil, en relación con los artículos 973 y 974 de la Ley procesal, así como la violación del artículo 658 del Código civil, y, por último, la de las sentencias de esta Sala de 24 de febrero de 1950 y 12 del mismo mes de 1955, y debe sentarse, en primer término, que dirigido el primero de los preceptos legales citados de determinar los casos en que tiene lugar la sucesión legítima, y el segundo referido al supuesto de la falta de herederos testamentarios, en que la sucesión se defiende según las reglas que la Ley expresa, del examen de los razonamientos del motivo aparece claramente que los verdaderos términos de la infracción que se alega no son los de haber sido sometida la cuestión que plantea a disposiciones

que considere inadecuadas para decidir las y no a las que estimase procedentes, sino que ataca al no haber deducido, del en todo caso obligado empleo de dichos artículos, otras conclusiones que propugna, lo que no puede encuadrarse dentro del vicio que se denuncia, puesto que afectaría a haber sido violados estos preceptos legales, sin que puedan ser confundidos ambos conceptos de infracción, pues tienen, conforme proclama de modo constante la doctrina de esta Sala, perfecta sustantividad e independencia; es desestimable la alegada violación del artículo 658 del Código civil, porque al contener una norma de carácter general, comprensiva de la sucesión testada y la intestada, sería inadecuado para decidir la cuestión que se plantea, que es, en suma, la del valor que deba atribuirse a la declaración de herederos *ab intestato* en el supuesto de que existió testamento que ha sido destruido tema al cual se refiere la citada sentencia de 12 de febrero de 1955, pero en circunstancias totalmente diferentes, sin que la fecha de la que se invoca igualmente corresponde a una sentencia, sino a la resolución de la Dirección General de los Registros, que afecta al valor del acta de notoriedad, en caso dispar del actual; mas de todos modos, en relación con la doctrina que se sostiene, no cabe olvidar que en este caso la declaración de herederos *ab intestato* tiene lugar en 12 de julio de 1949, y por resolución firme del Juzgado de fecha 5 de marzo de 1951, dictada en expediente de reconstitución de los testamentos, conforme a las normas del Decreto de 10 de noviembre de 1938, incorporado al Reglamento Notarial, se acuerda no haber lugar a dicha reconstitución, y con posterioridad a esta última fecha, en diciembre de 1953, se plantea este pleito cuando ya había sido salvada la deficiencia que pudiera imputarse a aquella declaración de herederos por ser en tal momento medio adecuado para este fin, expediente en el que fue citada la parte recurrente, y en segundo término, que seguido juicio de *ab intestato* consecuente a dicha declaración, en él prestó dicha parte, legalmente representada, su explícita conformidad a la partición, como perfectamente ajustada a derecho, acogiendo las sugerencias de la misma, y éste supone la aceptación de la eficacia de la declaración de herederos, base de la mentada partición, hecha eficazmente, al serlo por las que ostentaban su defensa y representación, por lo que produce frente a ésta un efecto vinculante, contra la que no puede ir sin contrariar sus actos propios, fundamentos que han de dar lugar al parecimiento del motivo que se examina.»

«Considerando: Que el segundo de los motivos seguido por la vía procesal del número 7.º del artículo 1692 de la Ley de trámites, invoca la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, citando como documento auténtico el testamento de doña C. C., que ha sido objeto de examen y ponderación en la sentencia recurrida, lo que, según proclama la doctrina de esta Sala, le priva del carácter preciso para la viabilidad del motivo, a lo que debe añadirse que más que referirse a combatir una declaración de hechos, se razone sobre la interpretación y valor jurídico de dicho testamento, materia ajena al alegado motivo, lo que le hace decaer.»

«Considerando: Que el tercero de los motivos, que se basa en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la violación del artículo 764 del Código civil, en relación con el artículo 675 del mismo texto legal y el número 2.º del artículo 912, atacando directamente la interpretación que del referido testamento hace la Sala sentenciadora, que afirma que en aquél se contiene una total disposición de bienes a favor del recurrido, materia a la que se refiere el citado artículo 675 del Código civil, que establece una norma especial, mas no desconectada de las que regulan los artículos 1.281 y

siguientes del Código civil, atendiendo fundamentalmente a la voluntad real del testador, para lo que ha de tomarse en consideración todo cuanto conduzca a investigar esta voluntad verdadera, captando el elemento espiritual, sin limitarse al sentido aparente o inmediato de las palabras, y basándose para tal indagación en los elementos gramatical, lógico y sistemático, mas sin establecer entre ello prelación o categorías, de acuerdo a sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1940 y 3 de junio de 1942, siendo en todo caso función del juzgador fijar el verdadero sentido de las cláusulas testamentarias, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de casación para rectificar dicha interpretación cuando resulte manifiestamente contraria a la intención del testador, conforme a sentencias de 6 de julio de 1926, 28 de junio de 1947 y 3 de febrero de 1961, y aplicada esta doctrina al caso debatido, debe declararse que la interpretación sentada en la resolución recurrida en relación al testamento que se examina se ajusta perfectamente, según la lógica, a la real voluntad de la testadora, que hace disposición universal de sus bienes, sin que al término "remanente" pueda dársele sentido contrario a dicha total disposición, sino relacionarle con la innecesaria aclaración sobre la existencia del usufructo viudal, y sin excluir de la misma la nuda propiedad de los bienes afectos a dicho usufructo, siendo comprendidos, por tanto, en aquella total disposición hereditaria los bienes objeto de la acción reivindicatoria que trata de combatirse, razones que determinan la desestimación del motivo examinado »

«Considerando: Que el último de los motivos, articulado por el mismo cauce procesal, con la invocación de la violación del artículo 348 del Código civil, está estrictamente subordinado al anterior puesto que parte del supuesto de la falta de titularidad dominical del reivindicante, por la aceptación del fundamento ya examinado, por lo que la desestimación de aquél y consecuente eficacia del título de propiedad determina el perezimiento de este motivo, y con éste el de la totalidad del recurso con las consecuencias que ordena el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1967 —Derecho civil especial de Cataluña. Legítima: su naturaleza y pago. Principio nominalista. Artículos 129, 138 y 139 de la Compilación. La legítima catalana consiste en un valor patrimonial y el legítimo es un acreedor de la herencia. Cuando el heredero decide pagarla en dinero, ha de satisfacerse a tenor del sistema nominalista.

El Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farnés declaró que el importe de la porción legitimaria individual referido al valor de pesetas en 1939 habrá de traducirse, en fase de ejecución de sentencia, a la cantidad que corresponda a la época actual, atendándose a la depreciación monetaria experimentada. Apelada la sentencia por los demandados, la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revoca el pronunciamiento del Juzgado y opta por el principio nominalista. El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Tomás Ogáyar y Ayllón, desestima el recurso interpuesto por los actores y apelados en méritos de las siguientes consideraciones:

«Considerando: Que la legítima catalana, según se deduce del artículo 122 de la Compilación, consiste en un valor patrimonial, pero nunca en parte de los bienes hereditarios, con lo que se ha consagrado la doctrina de que el legi-

timario es un acreedor de la herencia que tiene un derecho de crédito y no de condominio, puesto que es el heredero el que elige la forma de pago de la legítima, en dinero o en bienes de la herencia y para determinar su valor hay que atenerse al que tengan los bienes hereditarios al tiempo de fallecer el causante (art. 129 de dicha Compilación), desde cuya fecha se devengará el interés legal (art. 139), y fijado el importe de la cuota legitimaria, si el heredero opta por abonarla en bienes de la herencia, se justipreciarán éstos por el valor que tengan al hacerse la adjudicación (art. 138), que, normalmente, no será muy distinto del fallecimiento del causante, y que no influye en la cuantía de la cuota y sí sólo en su forma de pago, que no ofrece, por regla general, ninguna especialidad, dado que lo normal es que la fijación de la cuantía de la legítima y la adjudicación de bienes para su pago se haga simultáneamente en las operaciones particionales.»

«Considerando: Que cuando el heredero decide pagarle en dinero, la suma en que consista devenga el interés legal desde la muerte del causante, constituyendo, en realidad, una deuda pecuniaria, la que ha de satisfacerse, a tenor del sistema nominalista imperante en nuestra legislación, con arreglo al cual se tiende exclusivamente al valor nominal del dinero, cualesquiera que sean las alteraciones de valor intrínseco o comercial que experimente, lo que, si bien tiene la ventaja de dar firmeza y seguridad al orden contractual y jurídico, puede suscitar consecuencias no equitativas cuando las fluctuaciones del valor de la moneda son muy grandes, y para prevenirlas o solucionarlas se han ideado tres clases de remedios, de tipo contractual, mediante las cláusulas de estabilización, de tipo judicial, por la revisión de los contratos, basada en determinados principios jurídicos, como la cláusula *rebus sic stantibus*, el riesgo imprevisible, la lesión, etc., y de tipo legislativo, cuando se promulgan leyes de revalorización y si no se utilizan ninguno de estos remedios, rige el sistema nominalista en toda su pureza y extensión, que es el imperante en España, cual declara la sentencia de 22 de noviembre de 1966, tanto en los territorios de Derecho común como en los de Derecho foral.»

«Considerando: Que el presente recurso va en contra de la doctrina expuesta en el anterior razonamiento, puesto que en el motivo primero se pretende dar una interpretación extensiva al artículo 138 de la Compilación catalana, inaceptable, dado que al separar el 137 el dinero de los bienes de la herencia no puede estimarse incluido aquél en éstos, por lo que no puede deducirse de dicho precepto que el valor ha de fijarse en el momento del pago, y como el derecho a la legítima surge desde el fallecimiento del causante, pudiendo el legitimario reclamarla, ha de pechar con las consecuencias de su inactividad, lo que obliga al perecimiento de este motivo, y respecto al segundo, como los principios generales de derecho son fuente supletoria de segundo grado, aplicables sólo en defecto de Ley o de costumbre, según el rango jerárquico establecido por el artículo 6º del Código civil, y no se ha demostrado que no pueda resolverse la cuestión planteada por la Ley ni por la costumbre, ha de ser desestimado el mismo, así como la totalidad del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal.»

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1967—*Derecho civil especial de Cataluña. Entrega y posesión de legados. Cuarta falcidia Artículos 861 y 885 del Código civil, 437 del Proyecto de Compilación, 222 y 226 de la Compilación, Digesto, 35, 2. Caduca el derecho a detraer la cuarta falcidia si no se hace inventario, para lo que no es imprescindible que los bienes estén a disposición del heredero.*

Doña P. M. S. murió en Barcelona bajo testamento abierto, conteniendo, entre otras, las siguientes cláusulas: «... 2.ª Lega a la provincia de Castilla Mercedaria, o sea, a la Orden de La Merced y para la formación del personal de Misiones, todos sus bienes de cualquier naturaleza que radiquen o estén situados en la isla de Puerto Rico.» «3.ª Instituye por su única y universal heredera y en pleno dominio a su sobrina doña M. M.» La provincia legataria estaba en posesión de los bienes legados con anterioridad a la muerte de la testadora, en virtud de unos contratos de compraventa que fueron declarados nulos como simulados por sentencia firme. La sobrina heredera suplica, entre otros extremos de la demanda, que se declare la nulidad e ineficacia de los legados ordenados en dicho testamento, en cuanto a determinadas fincas, y la entrega a la actora de las otras fincas legadas con objeto de que ésta forme inventario, a fin de detraer la cuarta falcidia y reducidos los legados en la medida necesaria.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid desestimó totalmente la demanda, sentencia confirmada por la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso.

«Considerando: Que de los varios fundamentos en que se apoya la sentencia de instancia su resolución sobre la validez de los legados instituidos en el testamento de doña P. M., otorgado el 27 de agosto de 1930, se combate solamente uno, el que hace relación a la cosa juzgada, en el primer motivo de este recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código civil, quedando al margen de la impugnación el resto de los razonamientos alegados, en torno a la misma cuestión, en los Considerandos 6.º, 8.º, 9.º, y en los correlativos de la primera instancia, que hace suyos la de apelación, por lo cual merece la desestimación, sin entrar en su contenido, ya que al quedar incólume, por no tratados en el recurso, las otras razones desplegadas por el Tribunal de instancia, en apoyo de su punto de vista, sería siempre ineficaz la conclusión a que pudiéramos llegar sobre el único punto debatido.»

«Considerando: Que al permitir la sentencia de 5 de julio de 1959, confirmada por la de 5 de octubre de 1962, al desestimar en su integridad el recurso de casación interpuesto contra ella, que los bienes legados por la causante doña P. en el testamento de 27 de julio de 1930, permanecieran en poder de los legatarios, que ya los venían teniendo con anterioridad, en virtud de contrato de compraventa que en dicha sentencia se declararon nulos por simulación, legitimó definitivamente la posesión de los bienes legados, sin necesidad de la previa transmisión de los mismos por la heredera, por lo cual procede desestimar el motivo segundo del recurso que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, la invocó la violación de los artículos 861 y 885 del Código civil, la compilación de Cataluña y el Derecho romano aplicable como supletorio»

«Considerando: Que al no haber hecho la heredera inventario de los bienes quedados a la muerte de la causante, para lo cual no era requisito indispensable, que todos los bienes estuvieran a su disposición, ha causado su derecho a detraer la cuarta falcidia como proclama la sentencia de instancia, y en su virtud, procede desestimar igualmente el motivo tercero del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692, por falta de aplicación del artículo 437 del proyecto de compilación, 226 de la Compilación de 21 de julio de 1960, que, por otra parte, no estaban vigentes cuando murió la causante la Ley Falcidia, título II del libro XXXV del Digesto, que sí lo estaban.»

«Considerando: Que igual suerte deben correr los motivos cuarto y quinto, en los que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, se estudian aspectos marginales de las cuestiones examinadas en el motivo tercero, que ha sido desestimado.»

SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1967.—*Derecho civil especial de Cataluña. Reserva lineal. Irretroactividad. Artículos 270, 272 y disposición transitoria 4.ª de la Compilación. Debe tenerse en cuenta, tanto la legalidad vigente en el momento de nacer la reserva como en el de hacerse ésta efectiva.*

Doña J. A. V. murió el 1 de mayo de 1960 bajo testamento abierto otorgado el 28 de mayo de 1954, en el que instituyó heredero a su hijo E. P. A. (demandante-demandado) y legó sus legítimas a sus otros dos hijos J. y M. P. A.

El patrimonio familiar, consistente en determinados fincas, lo había heredado doña J. de su primogénito J. P. A., heredero, a su vez, de su padre fallecido el 1 de abril de 1937 bajo capitulaciones matrimoniales de fecha 21 de mayo de 1910.

Don E. P. A. había ofrecido infructuosamente a sus hermanos J. y M. el pago de sus respectivas legítimas individuales paterna y materna, por valor cada una de 6.000 y 100.000 pesetas, por lo que demandó a éstos, suplicando se les condenase a estar y pasar por la suma que resultase justificada de la prueba pericial hacedera en el juicio sobre el valor de la herencia, base de las legítimas referidas a los años 1937 y 1960.

Los hermanos demandados formularon reconvencción por no estar conformes con la valoración de los bienes y consiguiente fijación de sus legítimas individuales, que, a su juicio, deben ascender a 7.623,67 y 213.468,09 pesetas cada una; y además demandan a su hermano E., acumulándose las actuaciones, entendiéndolo que por ser los bienes reservables, corresponden por partes iguales a los tres hermanos, hijos de la reservista. A esto se opone E., quien alega que, en virtud de los capítulos, su madre tenía la facultad de elegir heredero entre sus hijos, caso de permanecer viuda.

El Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá, dando lugar a la demanda interpuesta por E., declaró que la legítima de los demandados J. y M. eran cada una de 6.508,25 y 178.962,93 pesetas, y no haber lugar a la demanda reconvenzional ni a la acumulada.

La Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó en parte la sentencia del Juzgado, y declaró haber lugar a la demanda acumulada, por tener el carácter de reservables los bienes inventariados, debiendo

entregar E. a cada uno de sus hermanos J. y M la tercera parte de dichos bienes.

Interpuesto recurso de casación por don E. P. A., en uno de cuyos motivos recoge literalmente la opinión de los comentaristas FAUS y CONDOMINES (*Compilación de Derecho civil de Cataluña*, pág 310), el Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, lo que razona así:

«Considerando: Que el primero de los motivos del recurso, seguido conforme al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dirige a impugnar la resolución de instancia, basándose en la interpretación errónea del artículo 811 del Código civil, y en la violación, por no aplicación, de los artículos 270 y 272 de la Ley de 21 de julio de 1960, y ha de sentarse que el primero de los vicios denunciados ha de contraerse a oponerse a la interpretación que el juzgador de instancia haya hecho del precepto legal que se alega, si efectuó la exégesis del mismo, por ser contraria a las reglas gramaticales o lógicas, dando así lugar a haberle atribuido un sentido opuesto al que, conforme a éstas, le corresponde; mas no es esto lo que se razona en este motivo, que no contraria el recto sentido del precepto inicialmente citado, considerado independientemente de las normas del Derecho foral catalán que cita, sino que la esencia de la impugnación radica en que, sin oponerse a esta interpretación, su aplicación en la región foral está sometida a disposiciones especiales que, como violadas, se citan en el mismo motivo, artículo 270 y 272 de la Ley de 21 de julio de 1960, vicio éste al que ha de referirse la totalidad del motivo, y al cual debe oponerse, que el derecho de los actores como reservatarios respecto a los bienes que, por ministerio de la Ley, heredó su madre procedente del padre de éstos, de su hermano mayor, nace desde el momento en que se produce dicha herencia sometida a la reserva, por lo que han de tenerse en cuenta, tanto el momento en que nace la reserva, cuanto el que, por fallecimiento de la reservista, se hace efectiva en los parientes prevenidos por la Ley, atendiendo por ello a la situación jurídica en tales momentos, por lo que la Ley posterior a éstos que se cita violada, no puede afectar a la misma, ni sustituir la invocación precisa de aquellas disposiciones de Derecho foral vigentes en tales momentos, al efecto pretendido de considerar cumplido en esta especial modalidad, el artículo 811 del Código civil, mediante la disposición testamentaria de la madre a favor íntegramente del hermano de los actores recurridos, sin que la consideración sobre el carácter interpretativo y codificador del derecho anterior de la Ley citada, puede sustituir la concreta cita de los preceptos legales vigentes en el momento en que hace y se hace efectivo el derecho, los cuales encontrarían en la citada Ley la orientación interpretadora, que nunca puede llegar a dar a ésta el efecto retroactivo que se pretende, lo que conduce a la desestimación del motivo examinado.»

«Considerando: Que con igual amparo procesal que el anterior se articula el segundo de los motivos, que denuncia la aplicación indebida de la disposición transitoria 4.ª de la *Compilación de Derecho civil de Cataluña* de 21 de julio de 1960; mas como señala el recurrente, la sentencia no menciona esta disposición, ni los artículos a que se refiere de la misma, y ello bastaría para desestimar la existencia de la alegada infracción, basándose en la hipótesis del recurrente, respecto a que la sentencia, sólo aplicando dicha disposición transitoria, pudo jurídicamente llegar a las decisiones que combate, y, por

contrario, habrían prevalecido, con el alcance que las asigna, los artículos 270 y 272 de la citada Ley, por lo que, al no haber sido ésta aplicada en la resolución, no puede ser aceptada la existencia del vicio denunciado, haciendo decaer en el referido motivo.»

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1967.—Derecho civil especial de Cataluña. Fideicomiso familiar condicional. Orden de primogenitura y de masculinidad. Heredero distributivo. No es delegable la facultad de distribuir los bienes entre sus hijos, que la testadora recibió de su padre.

Don J. N. F., abuelo del actor y de cuatro de los demandados, el quinto de los cuales es el padre del demandante, murió bajo testamento, en el que dispuso: «En todos sus restantes bienes y derechos habidos y por haber, nombra el testador a su descendencia, si la tiene, prefiriendo los varones a las hembras y los mayores de edad a los menores, no a todos juntos, sino al uno con toda su descendencia, después del otro con la suya, y si al corresponder la herencia a alguno faltare, habiendo dejado descendencia, entrará ésta del modo que su padre o madre hubiere dispuesto, y si no lo hubiere hecho, de la manera que dispone el testador para la suya propia, imponiendo a todos y cada uno la condición resolutoria de no poder disponer de la herencia si mueren sin descendencia o con tal que no lleguen a la edad de testar, excepto el último, que será a sus voluntades.»

Al morir don J. N. F., de vecindad catalana, dejó sólo tres hijas: doña R., doña A. y doña P. N. G., de las que la primera, heredera fiduciaria de su padre, por ser la mayor, murió, a su vez, sin descendencia, habiéndola premuerto sus otras dos hermanas, doña A., también sin hijos, y doña P., que dejó cinco hijos, el mayor de los cuales es el actor, don J. B. N. y los otros cuatro los demandados, juntamente con su padre, quien había distribuido entre ellos los bienes procedentes de su abuelo don J. N. F., conforme delegación hecha por su esposa en el testamento. Por ello, el nieto del primitivo causante, don J. B. N., suplica que se declare que el demandado, es decir, su padre don J. B. B., como heredero universal y distributivo de los bienes de su esposa doña P. N. G., no adquirió la facultad de distribuir entre sus cinco hijos los bienes que a la misma hubiesen correspondido, de no haber premuerto a su hermana en la sustitución fideicomisaria ordenada por el padre de ambas y abuelo del actor, al cual deben pasar en su condición de heredero único y libre del referido causante.

El Juzgado de Primera Instancia de Lérida, estimando la demanda, declaró que el demandado don J. B. B., como heredero universal de su esposa P. N. G., no adquirió, en virtud del testamento de ésta, la facultad de distribuir entre sus cinco hijos—el actor y los otros cuatro demandados—los bienes que forman parte del fideicomiso ordenado en el testamento de don J. N. B., cuyos bienes pertenecen al hoy demandante don J. B. N., sentencia que fue confirmada por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Interpuesto recurso de casación por los demandados y apelantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don José Beltrán de Heredia, declara no haber lugar al mismo.

«Considerando. Que tal y como resulta de los documentos originales obrantes en los autos, el punto de partida de todas las actuaciones que dan lugar al presente recurso de casación, es el testamento otorgado en la villa de Berga el 28 de octubre de 1872 por el abuelo del actual recurrido, en el que literalmente se contiene la siguiente cláusula: “En todos sus restantes bienes y derechos habidos y por haber, nombra el testador a su descendencia, si la tiene, prefiriendo los varones a las hembras y los mayores de edad a los menores, no a todos juntos, sino el uno con toda su descendencia, después del otro con la suya, y si al corresponder la herencia a alguno faltare, habiendo dejado descendencia, entrará ésta del modo que su padre o madre hubiere dispuesto, y si no lo hubiere hecho, de la manera que dispone el testador para la suya propia, imponiendo a todos y cada uno la condición resolutoria de no poder disponer de la herencia si mueren sin descendencia o con tal que no lleguen a la edad de testar, excepto el último, que será a sus voluntades”, con lo que se está evidenciando la institución de un típico fideicomiso catalán fundamentalmente familiar que, aunque inspirado en los principios puros del Derecho romano justinianeo, logró adquirir las peculiaridades y rasgos distintivos que le imprimió Cataluña cuando logró adoptarlo en sus propias necesidades y conveniencias, siendo en tal concepto, y como se deduce, del examen del establecido en este caso, ante todo de carácter temporal, como el límite de la segunda generación—dentro de la norma genérica de la novela 159, que permitió llegar hasta la cuarta—en segundo término condicional, en relación con la existencia de hijos legítimos en edad de otorgar testamento y, finalmente, siguiendo el orden de primogenitura y de masculinidad.»

«Considerando: Que el testador fideicomitente dejó a su muerte tres hijos, dos de los cuales no tuvieron descendencia, y una tercera—madre del recurrente—, que premurió a una de aquélla, por lo que no llegó a entrar en posesión de la herencia: pero que, con fecha de 13 de enero de 1955, otorgó testamento en el pueblo de Torregrosa, donde decía tener cinco hijos legítimos y en el que figuraba la siguiente cláusula: “Nombra heredero universal de sus bienes presente y futuros a su esposo—que actualmente se encuentra entre los recurrentes—para que pague la legítima a nuestros hijos arriba mencionados y distribuya entre ellos sus bienes, conforme a su libre voluntad”, cláusula dispositiva y testamento en que se contiene que no pueden ser valorados ni apreciados aisladamente, sino en íntima relación con el primitivo fideicomiso del padre de la causante, al menos por cuanto se refiere a los bienes fideicomitados que son los únicos que fueron objeto de discusión y a los que en esencia se limita el recurso interpuesto, porque es obvio que respecto de los demás que pudieran pertenecer a través de distinto origen, a la testadora, ésta tendría plena facultades para disponer de ellos en la forma que tuviese por conveniente y sin que su hijo mayor, que ahora figura como recurrido, hubiese podido estar en condiciones de ejercitar—con el buen éxito que hasta ahora obtuvo—la reclamación que entabló en torno exclusivamente del patrimonio del abuelo, puesto en aquella situación de fiducia que él mismo instituyó.»

«Considerando: Que teniendo en cuenta esta lógica e ineludible conexión de hermenéutica entre ambas disposiciones testamentarias, la primera cuestión que se plantea es la de la validez de la segunda, a los fines distributivos perseguidos, porque su autora, hija del testador que instituye el fideicomiso, al premorir a una de sus hermanas, no llegó a adquirir la condición de here-

dera ni entró en posesión de los bienes de la herencia fideicometida, lo que indujo al juzgador de primera instancia a negarle toda validez, sin duda inspirándose en la regla general de origen romano vigente en Cataluña antes de la Compilación de 1960—y de aplicación en este caso al ser el acto testamentario que se discute de 1955—, según la que, para la existencia de fideicomiso, es necesario que el heredero fiduciario haya llegado a serlo, que en la forma justiniana se expresaba, diciendo que “quod alicuius heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ille extitisset heres” (Dig., lib. 31, *De legatis*, 2.º, Ley 22, párrafo 1.º), cuya procedencia aplicativa para Cataluña recordaron las sentencias de esta Sala de 26 de septiembre de 1881 y 25 de abril de 1893, entre otras, frente a todo lo cual es preciso recordar también la norma canonista, igualmente en vigor en Derecho catalán antes de la actual Compilación, a cuyo tenor “la voluntad del testador se ha de cumplir en todo” (lib. 3.º, tit. XXVI, cap. 4.º, de las Decretales) que, consiguientemente, permite la derogación de aquella regla general cuando así se establezca de un modo expreso y directo, cual sucedió en este caso, en que el testador fideicomitente previó en concreto la hipótesis discutida, y dispuso en consecuencia, ordenando se respetase el sistema establecido por el hijo o hija que, aun no habiendo sido heredero, estuviese en condiciones de transmitir esta cualidad a sus descendientes, por lo que, como acertadamente entendió el Tribunal *a quo*, deberá estarse a lo así establecido, con total predominio de la primitiva voluntad testamentaria.»

«Considerando: Que esta interpretación conjunta de ambos testamentos que conduce a la validez, en cuanto a la posibilidad del segundo de ellos, obliga a la desestimación de los motivos del recurso en que se intenta lo contrario, porque aquella disposición quedaría con ello desprovista de todo fundamento y sentido jurídico en cuanto al objeto de lo que aquí se debate, motivos que se formulan, una vez por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como se hace en el 6.º, donde se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, alegando a los pertinentes efectos procesales como único documento, el tantas veces citado testamento hecho en 1955 por la madre del hoy recurrido, sin tener en cuenta que por sí solo carece de valor a los fines que se pretenden y que, además, fue el objeto principal de la discusión que los juzgadores de instancia tuvieron presente de modo especial para llegar al resultado interpretativo que ahora se impugna, por lo que no tiene dentro del ámbito de la casación, el exigido requisito de la autenticidad; y otras, por el cauce del ordinal primero del mismo artículo 1.692 de la Ley procesal, cual se hace en los motivos señalados con los números 1, 2 y 5, en los que, respectivamente, se denuncia no aplicación del artículo 675 del Código civil, también inaplicación de idéntica norma contenida en el específico Derecho catalán, que precede a la Compilación, según la que “in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur” (Dig., Ley 12, *regulis iuris*, tit. 17, lib. 50), y si el mismo concepto negativo de infracción, por lo que respecta a la doctrina legal que cita, relativa también a la materia de interpretación de los testamentos que pone en primera línea como indispensable punto de partida la voluntad del testador, olvidando una y otra vez aquella necesaria conexión de los dos testamentos, única vía utilizable para poder hallar la auténtica voluntad del testador, que no puede ser otra, en relación con los bienes que deje en herencia, sino la del que instituye el fideicomiso, cuyo alcance trata precisamente de medir el recurso interpuesto.»

«Considerando: Que como consecuencia de lo anterior es totalmente inope-

rante el hecho de que lo que resulte establecido en el testamento de 1955 en favor del esposo de la testadora sea una institución de heredero universal como literal, y expresamente se dice—lo que impediría todo examen posterior, según el tenor literal del artículo 675 del Código civil, y las normas vigentes en Cataluña antes de la Capitulación de 1960—o se trate simplemente de un albeazgo, como pretenden los recurrentes, que pudiese justificar la infracción del artículo 901 del Código civil, denunciada en el motivo tercero, también amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, donde además se hace supuesto de la cuestión de que, efectivamente, es un albacea cuando nada, salvo la unilateral interpretación de quienes recurren puede justificar tal aserto, frente a la específica y concreta dicción literal de la testadora que la Ley manda respetar, por la que, después de designarle heredero, autoriza al esposo para que “distribuya entre los hijos los bienes, conforme a su libre voluntad”, lo que conduce al perecimiento de este motivo y deja reducido todos los problemas del recurso a la cuestión de saber si aquella facultad de distribuir los bienes entre sus hijos que dicha testadora recibió de su padre es susceptible o no de ser delegada en otra persona, ya la nombre albacea o la instituya heredero universal.»

«Considerando: Que del referido punto 3.º ocupa el motivo cuarto del recurso, que se ampara igualmente en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que se alega aplicación indebida de la regla 4.ª del artículo 178 de la vigente Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960, que expresamente establece que “la elección habrá de efectuarse personalmente en testamento, codicilo o heredamiento, en el que se expresará que se hace uso de la facultad de elegir sin que quepa delegación o poder”, añadiéndose por el escrito de recurso que no se trata de una disposición que estuviese en vigor en el año 1955, que es el de la fecha de redacción del discutido testamento de la madre del recurrido, por lo que habría de haberse tenido en cuenta la regla de la disposición transitoria 6.ª de la mentada Compilación, que, a su vez, remite a las transitorias 1.ª, 2.ª y 12.ª del Código civil, debiendo, sin embargo, al modo como hicieron los dos juzgadores de instancia que dicho texto legislativo especial de Cataluña es, como su propio nombre indica, una Compilación, reducido, por consiguiente, a recopilar, sistemática y armónicamente, el Derecho vigente con anterioridad, no creando nada nuevo ni que por vez primera hubiese de tener aplicación»

«Considerando: Que, por otra parte, la prohibición de delegar aquella facultad de elegir heredero o simplemente de distribuir los bienes hereditarios era consustancial con la idea del fideicomiso existente en Cataluña antes de la obra compiladora, derivado directamente del Derecho romano, donde la institución de heredero no podía ser confiada al arbitrio de una tercera persona, sino que tenía que ser emanación directa de la voluntad del testador (Dig., Ley 32, *De hereditibus instituendis*, tít. V, lib. XXVIII), que se agudizaba en el caso de la sustitución llamada fideicomisaria, que tenía como fundamento precisamente la idea de la fiducia con apoyatura inmediata en aquella voluntad del testador, normas éstas que en su aplicación al Derecho catalán se transforman, ciertamente, por influencia del Derecho canónico reflejado especialmente en las Decretales (cap. 13 del libro 3.º, *De testamentis*), que permite la concesión de la facultad de elegir y distribuir los bienes, con carácter excepcional en los testamentos *ad pias causas*, donde se inspira el Derecho propio de Cataluña, para admisión de la denominada justamente cláusula o confianza aplicable, tanto para el heredero en sí (heredero de confianza),

cuanto para los albaceas y, sobre todo, los fideicomisos, que se llaman por ello "de confianza", al modo como reconoció la jurisprudencia de esta misma Sala especialmente contenida en las sentencias de 1 de julio de 1871, 27 de diciembre de 1889 y 28 de enero de 1893, facultad que antes y después de la Compilación de 1960 se presenta con las siguientes características: a) en primer lugar, y, según se ha dicho, es excepcional, frente a la regla general que continuaría siendo la misma en el sentido de que sólo el testador es quien está en condiciones de hacer la designación de heredero, por lo que tiene que ser interpretada restrictivamente; b) que en segundo término, su única base es la confianza que se pone por el testador en una determinada persona, en consideración a sus condiciones o cualidades (en especial, al grado de parentesco y pertenencia de una familia) no compatible con la delegación (máxime si es en favor de un extraño a dicha familia), que implicaría tanto como no respetar puntualmente aquella voluntad, todo lo cual conduce a considerar correctamente hecha la aplicación efectuada por el Tribunal *a quo* y obliga a la desestimación de este último motivo y con él el del recurso en su totalidad, con los consiguientes pronunciamientos legales.»

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y LAS CUESTIONES DE PROPIEDAD

SENTENCIAS DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1967 Y 23 DE NOVIEMBRE DE 1967.

I.—INTRODUCCIÓN.

En el breve espacio de varios días, las Salas tercera y cuarta del Tribunal Supremo han tenido ocasión de pronunciarse sobre una de las cuestiones tradicionalmente debatidas en orden a la delimitación de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la Administración pública: el ámbito de la jurisdicción de una y otra respecto de las cuestiones de propiedad

Y ambas sentencias, reiterando la doctrina jurisprudencial tradicional, se han pronunciado sobre la incompetencia de los órganos administrativos, con las elementales consecuencias sobre validez de los actos administrativos dictados en tal materia.

II.—LAS SENTENCIAS DE 17 Y 23 DE NOVIEMBRE DE 1967.

1. *La sentencia de 17 de noviembre de 1967.*a) *Planteamiento.*

Los hechos que determinaron el «recurso contencioso-administrativo» resuelto por la sentencia de la Sala tercera de 17 de noviembre de 1967 pueden resumirse así:

a') El 7 de octubre de 1963, don J. A. solicita de la Comisión de Aguas del Norte de España autorización para cubrir el tramo del cauce de desagüe del molino Ondarra, en el término de Bermeo (Vizcaya), para construir sobre él una ampliación de fábrica de conservas.

b') Abierto el periodo de información pública, entre otras reclamaciones, se presentó la del Ayuntamiento de Bermeo, basada en que el tramo que se pretendía cubrir era un canal al que vertían aguas residuales varias acometidas del dominio público municipal. Asimismo, se presentó reclamación basada en que lo que pretendía cubrir don J. A. era el desagüe de un molino y no de un arroyo, por lo que al ser aquél de propiedad privada carecía de competencia la Administración pública para conocer del asunto

c') Pese a que el Comisario de Aguas del Norte de España informó en el sentido de que debía inhibirse la Administración de conocer del asunto, el Ministro de Obras Públicas dictó resolución otorgando la concesión solicitada.

d') Agotada la vía administrativa, el Ayuntamiento de Bermeo interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue resuelto por sentencia de la Sala tercera de 17 de noviembre de 1967, de que fue ponente el excelentísimo señor don Dionisio Bombín Nieto.

b) *La sentencia de 17 de noviembre de 1967.*

En los Considerandos segundo a cuarto de esta sentencia se sienta la siguiente doctrina:

«Considerando: Que es un hecho probado, por las alegaciones de las partes, en los que están todos conformes, y por desprenderse así del expediente instruido, que para poder dar fuerza motriz a dicho molino se construyó un canal para derivar aguas de los ríos Artigas y Araondo, y, una vez realizada su misión, esas aguas, por su propio impulso abrieron un cauce en terreno de propiedad privada hasta desembocar en el río Amezaga, considerándose dueños de ese cauce tanto el Ayuntamiento de Bermeo, porque a él se le pidió en venta el dueño de la fábrica de conservas y además por creer que es suyo y destinado a planes de urbanización, como los señores Atela, dueños del mencionado molino al que van destinadas las aguas, así como los señores Luzurraga, dueños del terreno por el que circulan tanto el canal de derivación de aguas del molino, como el de desagüe del mismo, acompañando éstos los títulos de propiedad, según se dice en la oposición a la solicitud de la concesión, formulada ante la Comisión de Aguas correspondiente, en la información pública, si bien tales documentos no aparecen en el expediente remitido.

Considerando: Que al publicarse en el *Boletín Oficial* el anuncio de la solicitud del señor Atucha para ampliar su fábrica se hizo la manifestación de que 'se ignora a quién pertenece el cauce', y el Ingeniero de la Comisaría, en su informe, y no obstante las oposiciones de los que accedieron a la información, hace constar que 'no ha sido posible averiguar a quien pertenece el cauce, por lo que es de opinión que el cauce es público', sin duda, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Aguas, al decir que son de dominio público los cauces que no pertenecen a la propiedad privada, y esta apreciación ha servido de base a todos los informes practicados, salvo el del Comisario Jefe de Aguas del Norte de España y a todas las resoluciones dictadas, por lo cual la primera cuestión a resolver es la de determinar si la Administración tiene o no atribuida por la Ley competencia para resolver por sí la cuestión de dominio y posesión de este cauce.

Considerando: Que al ordenar el artículo 254 de la Ley de Aguas que a la jurisdicción ordinaria en el orden civil corresponde el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las playas, álveos o cauces de los ríos, sin perjuicio de la competencia de la Administración para deslindar lo perteneciente al dominio público, es evidente que el legislador quiso que sólo la jurisdicción ordinaria civil y no la Administración resolviese esas cuestiones de propiedad de los cauces, y como quiera que en el presente caso tanto el Ayuntamiento de Bermeo como los señores Atela y Luzurraga se atribuyen, por las razones que alegan, la propiedad de tal cauce de desagüe, claramente se ve que la Administración carece de facultades para poder discernir sobre el dominio del cauce cuya propiedad se atribuyen a la vez la Administración y varios particulares, y mucho menos tiene facultades para resolverla a su

favor, porque a la Administración solamente le compete el régimen de policía de los aprovechamientos, y teniendo en cuenta que la competencia es irrenunciable y ha de ejercerse por los Organos administrativos que la tengan atribuida como propia, conforme al artículo 4.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, siendo nulos de pleno derecho los actos dictados por Organos manifiestamente incompetentes, según señala el artículo 46 de la misma Ley, resulta manifiesta la incompetencia de la Administración para resolver estas cuestiones de dominio por estar atribuidas a la jurisdicción ordinaria civil, y al ser aquella incompetente, el acto dictado y recurrido, es nulo de pleno derecho, debiendo anularse totalmente, reservando a los interesados que se crean perjudicados en sus derechos civiles por el acto administrativo, el ejercicio de las acciones que en el orden civil les puedan corresponder, para interponerlas, si les conviene, ante quien y como en derecho sea más procedente.»

2. *La sentencia de 23 de noviembre de 1967.*

a) *Planteamiento.*

Los hechos que determinaron el recurso contencioso-administrativo que resolvió la sentencia de la Sala cuarta de 2 de noviembre de 1967, de que fue ponente el excelentísimo señor don José de Olives Feliu, son los siguientes:

a') La Compañía R. de L. es concesionaria de unos caudales de agua para riegos derivados del río Segura y de determinados azarbes.

b') Para la efectividad del riego, la Compañía adquirió por compra a anteriores concesionarios los terrenos necesarios. Y sobre ellos construyó:

- red de canales principales y secundarios;
- sistema de elevaciones;
- embalses y depósitos reguladores.

Todo ello propiedad privada de la Compañía.

c') En esos embalses se han desarrollado varias especies volátiles y acuáticas.

d') La Compañía propietaria de los embalses ha venido ejercitando los derechos de caza y pesca, como de su exclusiva pertenencia, basándose tal ejercicio en la naturaleza estrictamente privada de los terrenos e instalaciones. Así se ha venido haciendo desde la fecha de las concesiones: 1918, 1919 y 1922, sin que en momento alguno la Administración pusiera obstáculo alguno al ejercicio de aquel derecho.

e') No obstante, en 1963, la Sexta Jefatura Regional de Caza y Pesca publicó en el *Boletín Oficial* de la provincia de Alicante anuncio incoando expediente para la determinación del carácter público o privado de las aguas y de la riqueza piscícola y cinegética existente en las instalaciones de la Compañía R. de L.

f') En el expediente, la Compañía concesionaria planteó la incompetencia de la Administración para pronunciarse sobre un problema de dominio.

No obstante, no se entendió así en el acto que puso fin a la vía administrativa.

b) *La sentencia de 23 de noviembre de 1967.*

Esta sentencia, en parecidos términos a la antes citada de la Sala tercera, reitera la doctrina tradicional, al afirmar:

«Considerando: Que en la litis planteada debe, ante todo, puntualizarse que el acto en ella recurrido, la Orden Ministerial de Agricultura de 3 de abril de 1966, deja subsistente la resolución dictada por la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial de 13 de noviembre de 1965, la que aparece dictada en un expediente incoado por la Sexta Región de Pesca Continental para determinar el carácter público o privado de las aguas derivadas del río Segura, en virtud de concesión administrativa otorgada por el Ministerio de Obras Públicas en 31 de diciembre de 1945 a favor de la Compañía hoy recurrente en esta última resolución, no obstante el origen del actuado antes referido y acaso por haberse advertido en el mismo, por el Ministerio de Obras Públicas, que la cuestión propiedad de las aguas de su competencia (folio 19 del expediente) la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, se limita a declarar que la riqueza piscícola y cinegética existente en el aprovechamiento de referencia, es *pública*, y que, por tanto, la competencia para el conocimiento y regulación de cuanto se relaciona con la misma es de la mentada Dirección de Montes a través del Servicio Nacional de Pesca Fluvial y Caza; con todo lo cual es visto que, partiendo del expediente administrativo iniciado para determinar el carácter público y privado de las aguas, se termine el actuado declarando que la riqueza piscícola y cinegética de tales aguas es *pública*, con cuya declaración se dé fin a la controversia mantenida a través del expediente entre la Administración y la entidad recurrente, la que lógicamente sostiene y trata de probar el carácter privado de sus aguas y de sus productos piscícolas y cinegética de tales aguas.

Considerando: Que, hecha alegación de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por el Abogado del Estado, en base precisamente del apartado a) del artículo 82 de la Ley de Jurisdicción, en cuanto que estima la incompetencia del Tribunal, por tratarse, a su juicio, de una cuestión de índole civil, de la que están llamados a conocer los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, arregladamente a cuanto dispone el artículo 254 de la propia Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que expresamente les declara competentes para el conocimiento de las cuestiones relativas, a) al domicilio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y de su posesión y b) al derecho de pesca; es patente que concurren en el caso de autos todas las circunstancias dichas, puesto que, según antes se expresó, el expediente tramitado lo fue para determinar dicho carácter de dominio público o privado de las aguas que constituyen su objeto, y, en definitiva, el acto recurrido es, en efecto, declaratorio del derecho público de pesca y caza en aquéllas, lo que por sí solo envuelve una declaración sobre derecho dominical o de proposición; pero, aun siendo real y manifiesta la incompetencia administrativa con que en este caso se ha procedido, ello no determina la inadmisibilidad del recurso que patrocinó el Abogado del Estado, pues tanto equivaldría a dejar firme y subsistente el acto administrativo producido con mencionada incompetencia, siendo, como es, facultad de la Sala el revisar también el procedimiento, en orden a su legal adecuación, como cuestión preferente de interés público, pues el que la jurisdicción contencioso-administrativa carezca de competencia para conocer de asuntos de naturaleza civil no excluye sus

plenas facultades revisoras para pronunciarse acerca de la competencia e incompetencia con que haya obrado la Administración resolvente, según así se mantiene en reiterada y constante jurisprudencia manifestada, entre otras, en las sentencias de 21 de diciembre de 1957, 26 de febrero y 6 de abril de 1962 y 18 de junio de 1964: en razón a todo lo cual, lo que en este caso proceda declarar es la incompetencia de la Administración para dictar los actos recurridos y, por ende, la nulidad de las actuaciones por la misma practicadas, con las resoluciones recurridas inclusive, de conformidad con el artículo 47 a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, y ello aparte de que la caza no es riqueza que puede declararse pública, ni privada, por cuanto en sí misma considerada, sigue la condición del terreno en que se encuentra, y el derecho de cazar, que corresponde al dueño de aquél, es lo único que la Ley regula como medio de adquirir su propiedad, a tenor de cuanto informe la Ley de 16 de mayo de 1902 hasta el presente vigente.»

3. Cuestiones.

Como en otras ocasiones, ante situaciones análogas, los problemas que se planteaban en los recursos contencioso-administrativos, y que resuelven estas sentencias, son los siguientes:

a) Jurisdicción de las Salas de lo contencioso-administrativo para conocer las cuestiones de invalidez de los actos administrativos por invadir la competencia de la jurisdicción ordinaria

b) Nulidad de los actos administrativos por decidir cuestiones de propiedad reservadas a la jurisdicción ordinaria.

III.—LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS CUESTIONES DE PROPIEDAD.

1. *El régimen administrativo y la sumisión de la Administración al Derecho común.*

La Administración pública no siempre actúa en régimen de prerrogativa. Pese a la posición privilegiada que la Administración pública ostenta en el régimen administrativo, existen materias y sectores en los que le está vedado el ejercicio de la prerrogativa (1).

En estas materias, los entes públicos no pueden, por sí, dirimir los litigios con las personas que con ellos se relacionan: les está vedado el uso de la decisión ejecutiva y la acción de oficio. Para dirimir los conflictos han de acudir como cualquier otro sujeto de Derecho a los Tribunales ordinarios para que éstos, en el proceso correspondiente, dicten sentencia.

2. *La Administración pública y las cuestiones de propiedad.*

Una de las materias tradicionalmente reservadas a la decisión de la jurisdicción ordinaria es la de propiedad. Es cierto que los entes públicos osten-

(1) Me remito a mi trabajo *Régimen administrativo y proceso administrativo*, en *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, Padua, 1957

tan la posición de prerrogativa respecto de la posesión al no tener necesidad de acudir a los interdictos para hacer respetar el estado posesorio, así como para ejercer la facultad de deslinde. Pero lo que no pueden, por decisión unilateral, ejecutiva, es decidir los problemas de propiedad.

De tal modo, que si la Administración, invadiendo la esfera de actuación de los Tribunales, decidiera una cuestión de propiedad incurriría en incompetencia.

Ante el acto que se dictara infringiendo esta norma, se plantean las dos cuestiones señaladas: procesal, de competencia de la jurisdicción, y de fondo, de validez del acto.

IV.—COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

La Administración pública no puede invadir la esfera atribuida a órganos del Estado de distinta naturaleza. No puede reglamentar materias reservadas a la Ley ni dirimir unilateralmente cuestiones de Derecho común atribuidas a la jurisdicción ordinaria.

Cuando la Administración no actúa como tal, sometida a su régimen privativo, con arreglo al Derecho administrativo, las cuestiones que se planteen con las personas que con ella se relacionan habrán de decidirse ante la jurisdicción ordinaria (verbigracia, cuestiones derivadas de una compraventa) o ante la jurisdicción especial que corresponda (verbigracia, ante la jurisdicción laboral en las cuestiones derivadas de un contrato laboral entre la Administración y un obrero) En el ámbito penal, el artículo 19 del Fuero de los Españoles dice que nadie podrá ser condenado sino «mediante sentencia del Tribunal competente», lo que veda a la Administración la imposición de penas.

La Administración no puede decidir cuestiones cuyo conocimiento se confía a la jurisdicción ordinaria o a las especiales. Ante una cuestión civil, mercantil, penal, laboral, la Administración carece de potestades decisorias. Si contraviniendo este elemental principio, la Administración dictare un acto en materia no propiamente administrativa, sería un acto que adolecería de vicio de incompetencia y sería objeto de revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido se ha pronunciado reiterada jurisprudencia. Entre los fallos más recientes puede citarse una sentencia de 19 de diciembre de 1962, en que se dice. «Que aun sin necesidad de buscar acogida en el artículo 1.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando, como en este caso, se trate de acuerdos administrativos que rocen la esfera civil, debe tenerse en cuenta la doctrina de la sentencia de este Tribunal de 21 de diciembre de 1957, que declara ser área peculiar de la función revisora de esta jurisdicción enjuiciar y decidir si los actos administrativos impugnados se dictaron dentro o fuera de la zona de atribuciones de la Administración, y por ello, si bien el Tribunal contencioso no tiene competencia para resolver una cuestión civil, si la tiene para declarar que carece también de ella un Ayuntamiento, y que, por ende, es ilegal cualquier acuerdo de éste que se inmiscuya en atribuciones que la Ley no le confiere» La sentencia de 4 de febrero de 1964 dice. «Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de que su incompetencia *ratione materiae* para conocer y resolver una cuestión que por la naturaleza sustancial de la misma no le compete, no impide el examen y decisión sobre si la autoridad u órgano admi-

nistrativo que resolvió tal cuestión tenía o no facultades para hacerlo.» En sentencia de 29 de abril de 1964 se afirma: «Se trata de una diferencia o controversia legal de carácter individualizado—que no se transforma pese a la pluralidad numérica de los recurrentes—entre las partes habituales de todo nexo laboral, la empresaria y la obrera o productora, en torno al alcance y al cumplimiento de una de las estipulaciones contenidas en el instrumento representativo de aquél, el Convenio Sindical Colectivo de 1958, expresivo de la nueva categoría de pactos laborales específicamente vinculados a la competencia de dicha jurisdicción en el artículo 1.º del nuevo texto refundido de 17 de enero de 1963, que concuerda con los preceptos contenidos en los artículos 17 de la Ley y 28 del Reglamento de Convenios Sindicales de 1958; es decir, que *ratione personae* y *ratione materiae* no pueden separarse las cuestiones litigiosas del ámbito jurisdiccional que se está indicando; y segundo, porque, *a contrario sensu*, cabe apreciar que la denominada 'consulta' de la Empresa, conforme al artículo 26 del Reglamento de 1958, sólo hubiera podido producirse en el cuadro de las taxativas, limitadas y no extensibles facultades que reserva a la autoridad gubernativa del ramo para aportar una aclaración auténtica a la resolución de una duda hermenéutica, con aceptación de las partes, y nunca para introducir un elemento sustitutivo de la insoslayable competencia jurisdiccional producida por el curso de procedimientos de ese carácter, pues tan pronto como la autoridad ministerial conoce la existencia concurrente de actuaciones de aquella clase, debe abstenirse de emitir un parecer de alcance confuso, pero siempre improcedente, ya se le reputa como expresivo de un criterio de complemento normativo, ya como una anticipación del desenlace que deben tener los procedimientos laborales; inconveniente que se hubiera evitado, sin duda, de haber respetado el cauce sindical exigido por el Reglamento de 1958, puesto que ofrecía ocasión a la Sección Social del Sindicato de manifestar el antecedente de la vía judicial comprendido, dando margen a la autoridad administrativa para considerar este decisivo factor y reservar su intervención. La aceptación de los razonamientos del Abogado del Estado no conducen a la estimación de la postulada inadmisibilidad, que sería pertinente de no existir el acto administrativo impugnado, expresión inequívoca de una decisión adoptada con absoluta incompetencia para ello, con la consecuencia de que la mera declaración de inadmisibilidad dejaría subsistente aquel acto, que es *in radice*, y sustancialmente nulo, según el artículo 47, apartado a), de la Ley de Procedimiento Administrativo; situación a cuyo remedio provee la tradicional doctrina, según la cual la declaración de nulidad de los actos revisados jurisdiccionalmente, cuando se impone por un motivo anterior al enjuiciamiento y a la calificación de la validez de su contenido—según ocurre en el caso de autos—, precede incluso al examen de los motivos de inadmisibilidad, porque el Tribunal posee siempre facultades para pronunciar la incompetencia del órgano administrativo, incluso cuando la materia de su resolución sea propia del ordenamiento procesal encomendado a otros Tribunales de distinta jurisdicción. Las anteriores apreciaciones conducen a la estimación en parte del recurso, esto es, en cuanto a la primera y más simple de sus pretensiones anulatorias, y a la correlativa desestimación de las restantes peticiones dirigidas a obtener la confirmación de la tesis de los recurrentes sobre el alcance de la cláusula 9.ª del Convenio de 1958; sin que sea dable apreciar la concurrencia en la litis de los motivos que, según el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, determinan la imposición de costas». Y la sentencia de

18 de junio de 1964 (ponente: ROBERES) establece que «los Tribunales de lo contencioso-administrativo no tienen competencia para resolver una cuestión civil, pero sí la tienen, y es tarea peculiar de su función revisora, para enjuiciar y decidir si los actos administrativos se dictaron dentro o fuera de la zona de atribuciones de la Administración, pudiendo declarar que es ésta la que carece de competencia». En idéntico sentido, la sentencia de 20 de junio de 1964 (ponente: OLIVES FELIÚ).

De aquí que la sentencia de 11 de enero de 1965 (ponente: DOCAVO) afirme que «es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, sentada, entre otras, en las sentencias de 21 de abril y 23 de octubre de 1959, y las por ellas citadas, que el Tribunal tiene siempre competencia para examinar y decidir si la Administración, al dictar sus acuerdos, observó o no los trámites esenciales, así como si el acto administrativo está dentro de la órbita de las facultades del órgano que lo dictó o si invade las atribuciones de otro, para en esos casos declarar la nulidad del expediente». Y, en consecuencia, anula una resolución del Ministerio de Trabajo, que decidió una cuestión laboral, cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción laboral (2).

V.—INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

1. Grados de invalidez.

Existen defectos del acto administrativo que afectan a la eficacia del acto. Reconocida su existencia por el órgano competente, se privará al acto de sus efectos. Ahora bien, en atención a la gravedad de la infracción, cabe distinguir dos grados de invalidez; nulidad y anulabilidad. En Derecho administrativo, la diferenciación práctica entre una y otra radica en las notas siguientes (3):

a) La anulabilidad sólo puede hacerse valer dentro de los plazos fijados por el Ordenamiento; para el administrado, los de los recursos admisibles frente al acto, según los casos; para la Administración, el plazo de cuatro años (art. 110, Ley de Procedimiento Administrativo). Por el contrario, la declaración de nulidad puede instarse en cualquier momento (art. 109, Ley del Procedimiento Administrativo), aun cuando hubiesen transcurrido los plazos de impugnación normal. Así, sentencia de 3 de abril, 14 de mayo y 15 de noviembre de 1965.

b) En consecuencia, mientras los actos nulos no pueden convalidarse ni subsanarse por prescripción (sentencia de 25 de abril de 1967), los simplemente anulables quedan subsanados por el transcurso de los plazos para hacer valer la anulabilidad y pueden ser objeto de convalidación (art. 53, Ley del Procedimiento Administrativo). Como dice una sentencia de 31 de marzo de 1966 (ponente: FERNÁNDEZ VALLADARES), sentada la nulidad de un acto, «deviene necesariamente la de los demás producidos en la ejecución..., porque todos arrancan de algo que, radicalmente nulo, no puede convalidarse con el tiem-

(2) Cfr. mi trabajo *Derecho procesal administrativo*, 2ª ed., Madrid, 1966, II, páginas 54-57.

(3) Me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*. Madrid, 1964, páginas 370-377.

po». Y otra de 25 de noviembre de 1965 afirma que «lo que es nulo de pleno Derecho no se puede rehabilitar en todo ni en parte por modo alguno».

c) Mientras los efectos de la anulación son *e nunc*, los de la declaración de nulidad son *e tunc*. Como dice una sentencia de 29 de noviembre de 1966 (ponente: CAMPRUBÍ), «es principio general de Derecho que el acto nulo desde su nacimiento ha de considerarse como si nunca se hubiese realizado».

2. Nulidad por incompetencia manifiesta.

La incompetencia no determina la nulidad del acto. El acto dictado por un órgano que carece de competencia no es nulo: en principio, es simplemente anulable. Para que la incompetencia dé lugar a la nulidad de pleno Derecho es necesario que sea manifiesta. El artículo 47, párrafo primero a), considera nulos los actos «dictados por órgano manifestamente incompetente».

Lo que determina la nulidad es, pues, la evidencia del defecto. Es cierto que, a veces, la jurisprudencia se ha referido al tipo de competencia para determinar el grado de invalidez. Así, una sentencia de 11 de octubre de 1955 dice que «las decisiones que adolecen del vicio de incompetencia relativa, esto es, por razón de la jerarquía y no de la materia, son anulables, pero no nulas *per se*» y otra de 19 de noviembre de 1957 afirma que «el acuerdo de un órgano incompetente, por razón de la materia para adoptarlo, es nulo». Pero el grado de invalidez no radica tanto en la clase de la incompetencia como en la forma evidente en que se presenta. Cuando aparece de una manera tan clara que no exige esfuerzo dialéctico alguno para su comprobación, por saltar a primera vista, estaremos ante una incompetencia que determina la nulidad del pleno Derecho, aunque se trate de incompetencia territorial; así, por ejemplo, si el Gobernador civil de Málaga adoptara un acuerdo para el que tuviera competencia por razón de la materia, pero que afectara a la provincia de Madrid.

De aquí que no quepa hablar de nulidad cuando la incompetencia no es manifiesta, «sino inferida de la interpretación de las normas distributivas de las facultades de delegación entre Organos jerárquicamente escalonados» (sentencia de 25 de marzo de 1966).

En sentencia de 31 de marzo de 1966 (ponente: FERNÁNDEZ VALLADARES), resumiendo la doctrina anterior, se dice: «Por lo que atañe al apartado a), para que pueda afluir, ha de dictarse por Organos manifestamente incompetentes, es decir, no de cualquier manera, sino con clarividente y palpable incompetencia; por no estarle atribuida la materia en que conoció y resolvió..., ha de ser, según se dijo en sentencias de la Sala de 5 de noviembre de 1963 y 2 de junio de 1964, plena, notoria y grave, sin que baste la parcial y subsanable, la recta inteligencia de la acentuación gramatical.» En el mismo sentido, sentencia de 10 de diciembre de 1966 (ponente: BOMBÍN).

Cuando se dicta el acto por un órgano y la competencia corresponde a otro de distinta naturaleza, «la secuela no puede ser otra que con apoyo de lo ordenado en el apartado a) del artículo 47. de la Ley de Procedimiento Administrativo al evidenciar la incompetencia de los mismos con vicio radical de nulidad, al decretarla a todas luces pertinentes». Así, sentencia de 14 de diciembre de 1966 (ponente: SUÁREZ MANTEOLA). «Es misión principalísima de

esta especial jurisdicción, dice la sentencia de 30 de noviembre de 1966 (ponente: PARRA JIMÉNEZ) velar por la correcta aplicación de las normas procesales, que, por ser de orden público, obligan por igual a la Administración y a los administrados que integran todo un sistema de garantías jurídicas y marcan caminos por los que el Derecho se realiza en la vida e imperativamente puede imponerse por la autoridad una de las más importantes garantías del proceso administrativo, es, precisamente, la de que el Órgano de la Administración actúe y se produzca dentro de su esfera competencial, y ello con la ineludible consecuencia de nulidad, impuesta por el legislador en el artículo 47, apartado a) de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo, precepto que estatuye la nulidad de pleno derecho para el acto dictado por Órgano manifiestamente incompetente.»

Lo decisivo y determinante es, pues, que sea manifiesta. El Órgano ante el que se plantee el problema de la nulidad de un acto lo que debe verificar es hasta qué punto la incompetencia es manifiesta. Abstracción hecha de cualquier otra consideración

Así, se dará la nulidad absoluta por incompetencia manifiesta, por ejemplo:

a) Cuando un Órgano administrativo dicta un acto que manifiestamente corresponde a la competencia de un Órgano de naturaleza distinta—verbigracia, Tribunales—: así, si un Órgano administrativo dictara acto de apremio a instancia de un acreedor basado en una letra de cambio frente al aceptante.

b) Cuando el Órgano de una entidad dicta un acto que manifiestamente corresponda a la competencia de otra esfera administrativa. Así, si el Ayuntamiento de un Municipio aprobara un plan de estudios de una Universidad del Estado.

c) Y, por último, también se dará la nulidad absoluta cuando, dentro de una entidad administrativa, un Órgano dicta un acto que evidentemente es de la competencia de otro, bien por razón de jerarquía—verbigracia, que un jefe de Negociado acuerde la destitución de un funcionario inamovible—, por razón de la materia—verbigracia, que el Ministerio de Agricultura nombre un magistrado del Tribunal Supremo—, o por razón del territorio—verbigracia, que el Gobierno civil de La Coruña dirima un conflicto de atribuciones entre los Alcaldes de dos Municipios de la provincia de Madrid—.

Una sentencia de 25 de noviembre de 1965 considera nula de pleno Derecho en licencia otorgada por la Comisión municipal permanente de un Ayuntamiento cuando era competencia del Pleno, con el *quórum* del artículo 303, de la Ley de Régimen Local, y la aprobación de la Comisión provincial de Urbanismo.

3. *La incompetencia derivada de decidir una cuestión de propiedad es manifiesta.*

Las dos sentencias comentadas, de 17 y 23 de noviembre de 1967, aplicando correctamente la Ley de Procedimiento Administrativo, consideran manifiesta la incompetencia cuando la Administración pública decide una cuestión de propiedad cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, y, en consecuencia, sanciona con la nulidad de pleno Derecho los actos.