

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ
Y FRANCISCO CASTRO LUCINI.

1) JURISPRUDENCIA CIVIL.

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1967.—*Contrato de mediación. Libertad en la intervención o corretaje. El contrato de corretaje es válido aunque el intermediario no revista la cualidad de Agente de la Propiedad Inmobiliaria. El incumplimiento voluntario del contrato conseguido con la intervención del corredor no puede eximir del pago de la retribución convenida con éste.*

En la demanda se pedía el pago de una cantidad como mediación, corretaje, retribución por mandato o análogo, consistente en el 3 por 100 de 6.400 000 pesetas, ya que el demandante alegó haber intervenido, por encargo del demandado, como mediador en una compraventa de finca.

En la contestación se alegó, entre otros argumentos, que el actor no era Agente de la Propiedad Inmobiliaria colegiado, y que había sido objeto de un expediente por intrusismo en el Colegio de dichos Agentes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al demandado a pagar la cantidad reclamada e intereses legales desde la interpelación judicial, también pedidos, sin expresa condena de costas. La Audiencia confirmó dicha sentencia. El Tribunal Supremo falló no haber lugar a la casación.

Entre los Motivos de Casación alegados por el recurrente está el primero, que viene a decir: Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, infracción en el concepto de violación de los artículos 4, 1.255, 1.275 y 1.305, todos ellos del Código civil, al considerar el fallo recurrido válido y existente el contrato de mediación, cuando el mismo adolece de causa ilícita y es contrario al orden público obligar a cumplir al recurrente lo que se dice prometido. No es, como dice la sentencia recurrida, que se pretenda que los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria tengan un monopolio sobre las operaciones de compraventa de fincas. Lo que se dijo entonces y reiterase ante este Tribunal Supremo es que el intrusismo es ilícito y no se puede dotar de eficacia a los actos jurídicos que nacen y se desarrollan bajo su influjo. El señor B. aparecía y actuaba como Agente de la Propiedad Inmobiliaria. Sus actuaciones son las de tal. Realizaba servicios y exigió honorarios que en cuantía y en función a la operación son de Agente de la Propiedad. Con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, cuando un contrato es nulo por ser ilícita la

causa no puede obligar al contratante, que ninguna intervención tuvo en el hecho ilícito que motiva la nulidad, a que cumpla lo estipulado.

En la legalidad vigente en el año 1963, en que el contrato se celebra, se consideró como delito previsto y penado en el artículo 321 del Código penal el que realizare actos propios de una facultad para la que fuese necesario título oficial. Y entre ellas nos encontramos con la de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, para cuya profesión se requiere título oficial, siendo actos propios de la misma los determinados en el artículo 27 del Reglamento aprobado por Decreto de 6 de abril de 1951. No se trata, como parece entender la sentencia de la Audiencia, que cuando no interviene un Agente y sí otra persona, la compraventa sea nula. Lo que se dijo es que cuando conforme a una retribución interviene una persona como mediador de la compraventa de una finca urbana o rústica, debe ser Agente de la Propiedad Inmobiliaria. La intervención retribuida de quien no tiene título es ilícita, e ilícita con necesidad de condena penal, porque se entiende que la licitud a que se refiere el Código civil no es la mencionada procesalmente, sino aquella que está en lo injusto, sea éste civil, penal, mercantil, etc., o aún más conforme al Derecho natural o a la normal.

En resumen, consideran que el llamado contrato de mediación no ha existido por una nulidad derivada de la ilicitud de la causa no advertible por parte del demandado, el que, por consiguiente, no puede ser obligado al cumplimiento de lo prometido, y por ser de orden público permisible la invocación de nulidad alegada.

La sentencia del Tribunal Supremo sienta los siguientes Considerandos:

Que el mediador, según la doctrina científica, entra en los tratos necesarios para concluir un negocio, buscar acercar las dos voluntades de los futuros contratantes—*utriusque consense ac voluntate adhibitus*—, allana las divergencias y, manteniendo el equilibrio para no ir contra los intereses de ninguna de las partes, realiza todo lo conducente a hacer converger las dos voluntades en un punto único, en el cual pueden encontrarse, pero, una vez juntas, cesa su obra, no tiene ninguna facultad de estipular el contrato que directamente será concluido entre las partes, por lo que, en una palabra, el mediador hace contratar, mientras el mandatario contrata.

Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 27 de diciembre de 1962, la dificultad de precisar la naturaleza jurídica del contrato de mediación, deriva de que la finalidad suya, que consiste en la conclusión de otro contrato, no puede ser prometida por el mediador, ya que ese hecho no depende de su voluntad, sino de la voluntad de los interesados, por lo que no se trata de arrendamiento de obra, ni tampoco de servicios, porque el mediador no tiene derecho a la retribución si el contrato previsto no se celebra, siendo más bien un *contractus sui generis* que se aproximara al contrato de trabajo o al contrato de obra, según que el mediador se obligue o no a prestar una determinada actividad para la obtención de un resultado, la celebración del contrato que los interesados desean.

Que en la doctrina legal anterior, mientras la sentencia de 10 de enero de 1922 proclamó que la intervención de una persona reducida a realizar las gestiones necesarias para poner en relación otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquélla en nombre propio ni en el de su pretendido comitente, no puede calificarse de comisión mercantil y si debe considerarse de contrato innominado *facie ut des*, principal, consensual y bilateral, que

impone a las partes derechos y obligaciones recíprocas, cuya causa es la propia prestación de los aludidos servicios y que se rige por las disposiciones contenidas en los títulos I y II del libro IV del Código civil, la sentencia de 11 de junio de 1947 ha declarado que el contrato de mediación, como el de corretaje, no regulados por el actual Derecho constitutivo, no son sino figuras y especialidades comprendidas en el de mandato, por cuyas genéricas disposiciones han de regirse, siendo el mediador un mandatario, por lo que cumplida su obligación de gestionar el contrato, queda el mandante obligado a satisfacerle la retribución convenida en los términos por ambos pactados, sin que el incumplimiento o cesación voluntarios de la consumación total o parcial de aquel contrato pudiera eximirle de aquella obligación, puesto que entenderlo de otro modo equivaldría, con desconocimiento del fundamental principio acogido en el artículo 1.256 del Código civil, a dejar el cumplimiento de la obligación de retribuir, contenida en el contrato de mandato, al arbitrio de la demandante.

Que en el caso de autos, declarada la validez del contrato de mediación suscrito entre los litigantes en 30 de junio de 1962, condenando al demandado, hoy recurrente, a que abone al actor, hoy recurrido, la cantidad de 192.000 pesetas, importe de la comisión devengada por haberse formalizado en 13 de febrero de 1963 la compraventa privada de la finca descrita en el hecho segundo de la demanda, al ser evidente la intervención del actor como mandatario o comisionista en la conclusión de aquélla, sin que obste a ello que dicho intermediario no revista la cualidad de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, el motivo primero del recurso denuncia la violación de los artículos 4.º, 1.255, 1.275 y 1.305 del Código civil, por entender el recurrente que el aludido contrato de mediación es nulo, adolece de causa ilícita y es contrario al orden público.

Que basta para desvanecer dicha argumentación interpretar, como hace la sentencia recurrida, el artículo 1.º del Decreto de 4 de diciembre de 1948, regulador de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, que preceptúa que la creación de los Colegios de tales Agentes no entraña en ningún caso la intervención de los mismos en cuantas operaciones efectúen las personas naturales o jurídicas entre sí, criterio legal ratificado por el artículo 25 del Reglamento de 6 de abril de 1951, al señalar como voluntaria la intervención de los Agentes en los asuntos que como de su competencia comprende el artículo 27, excepto cuando los organismos oficiales hagan uso de mediador para sus transmisiones sobre fincas rústicas o urbanas, lo que confirma la regla general de libertad en la intervención o corretaje y priva de todo fundamento al motivo examinado.

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1967.—*La prescripción de tres años del artículo 1967, 1.º, del Código civil es aplicable a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Interpretación de las normas legales. Una sola sentencia no constituye doctrina jurisprudencial. Esta supone reiteradas resoluciones de idéntica especie.*

Son Considerandos de interés de esta sentencia:

Que opuesta por el demandado la excepción de prescripción de la acción, que fué desestimada en ambos grados jurisdiccionales, el motivo sexto del re-

curso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la infracción por violación del número 1.º del artículo 1.967 del Código civil, fundado en que la conciliación previa se instó después de los tres años desde la fecha de los servicios cuyo pago se reclama, por lo que al presentarse la demanda ya había prescrito la acción para el cumplimiento de la obligación invocada, de acuerdo con el precepto sustantivo alegado.

Que establecido en el número 1.º del artículo 1.967 del Código civil el plazo de tres años para la prescripción de las obligaciones de pago de honorarios y derechos a los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, Peritos, «Agentes» y Curiales, la jurisprudencia lo ha estimado aplicable al caso de que se reclamen derechos u honorarios (sentencia de 12 de octubre de 1907), siendo evidente que en la expresión genérica «Agentes» están comprendidos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos, como señala para los de negocios el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, e inexcusable, por tanto, estimar como tales a los «Agentes de la Propiedad Inmobiliaria», que además devengan sus derechos por Arancel como los Notarios y Registradores incluidos *nominatim*, que no pueden ser de peor condición, al igual que la de los Jueces, Abogados y Escribanos, profesionales todos de superior clase y rango, interpretación que no puede calificarse de extensiva, sino simplemente declarativa. Habiendo declarado esta Sala que en materia de interpretación de las normas legales, si bien es preciso partir de la literalidad de un texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor del resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una cosa racional en el orden lógico (sentencia de 28 de marzo de 1950), y que no es recomendable encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin contemplar y controlar sus resultados mediante el empleo de los demás elementos históricos y sistemáticos que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma (sentencia de 27 de junio de 1941), no pudiendo los Abogados sin sueldo fijo y encargados de la defensa de los derechos de unos litigantes, reclamar el cobro de sus honorarios y el de los gastos y desembolsos realizados en el desempeño de sus funciones, sino dentro del lapso de tiempo de tres años, prescripción extraordinaria que como especial y diferente de las acciones personales reconoció nuestro Derecho tradicional (sentencia de 22 de enero de 1930), doctrina que, aplicable al caso de autos, hace estimable el motivo examinado.

Que a ello no es óbice la sentencia de 28 de febrero de 1957, pues de antiguo tiene declarado esta Sala que no puede asegurarse que hay dictrina de jurisprudencia cuando está fundada en una sola sentencia, porque esta singularidad no se aviene con la existencia de la verdadera doctrina, pues la jurisprudencia, por la misma naturaleza, supone reiteradas resoluciones de idéntica especie—sentencia de 30 de junio de 1906—, concepto éste que ha venido repitiéndose posteriormente, por lo cual la cita de una sola sentencia de esta Sala es insuficiente para fundamentar un recurso de casación, según se declaró en las sentencias de 1 y 20 de diciembre de 1927 (sentencias de 27 de octubre de 1930, 7 de febrero de 1940, 18 de enero de 1941, 30 de diciembre de 1944, 11 de diciembre de 1957, 28 de noviembre de 1960 y 9 de marzo de 1961).

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1967.—*Resolución de contrato de compraventa de inmueble. La concesión de plazo prevenida en el artículo 1.124 no es aplicable; cede ante lo dispuesto en el 1.504. Hecho el requerimiento de resolución, el Juez no puede conceder nuevo plazo. Consignación extemporánea.*

Venta de una finca urbana a plazos. La cláusula 8.ª del contrato privado de venta decía: «Octava. Que la falta de pago de cualquiera de los plazos en las fechas de su vencimiento producirá, de pleno derecho, la resolución de este contrato, y en este caso la Sociedad vendedora hará suya la totalidad de las cantidades abonadas hasta aquel momento en concepto de indemnización por el incumplimiento del contrato y uso de la cosa objeto del mismo, sin necesidad de que tenga que justificar la cuantía de estos daños y perjuicios, quedando facultada la Sociedad vendedora para incoar el juicio de desahucio cualquiera que sean los ocupantes de los locales vendidos».

No habiéndose pagado los plazos pactados, se pidió en la demanda se dictase sentencia declarando resuelto el contrato de compraventa de la finca número ..., piso . . , de la Avenida del Generalísimo, de esta capital, en la forma que se establece en la estipulación 8.ª de dicho contrato, según la cual la actora, en caso de impago por el comprador de cualquiera de los plazos convenidos, hará suya la cantidad de 190.000 pesetas que recibió de éste, acordando igualmente el lanzamiento de la entidad demandada del piso objeto de autos para que la actora recupere su posesión, y condenando expresamente a la parte demandada al pago de las costas.

Se alegó en la Contestación a la demanda que la entidad demandada intentó satisfacer la totalidad del precio aplazado, sin que se accediese a ello por la parte actora, por lo que con dicho escrito de Contestación se consignaba la suma de 663.600 pesetas para pago a la Sociedad vendedora. Suplicó se dictase sentencia absolutoria de la demanda, con entrega a la actora de la cantidad consignada y que se la condenase en costas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, y absolvió al demandado por haber consignado el precio aplazado pendiente al comparecer en autos, y como moderación de la cláusula penal establecida, condenó al demandado a pagar la indemnización por el retardo en el pago, con aplicación en todo caso de la bonificación que se estableció por el anticipo de los plazos pendientes, que sería decidido en período de ejecución de sentencia, sin hacer expresa condena de costas. La Audiencia confirmó la sentencia de Primera Instancia en cuanto desestimó la demanda, y declaró firme la misma en cuanto al pronunciamiento sobre indemnización, sin condenar en costas en ninguna de las instancias.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al Recurso de Casación y dictó segunda sentencia, cuyo fallo dice:

Que revocando la sentencia apelada y que dictó el Magistrado Juez de Primera Instancia número 22 de los de Madrid, con fecha 31 de octubre de 1964, debemos declarar y declaramos resuelto el contrato privado de compraventa de la finca número ..., piso . . , letra . . , de la casa número ... de la Avenida del Generalísimo, de Madrid, otorgado el 30 de abril de 1962 entre la Sociedad F., como vendedora, y la Compañía Mercantil S. J. D., como compradora, en la forma que se establece en la estipulación 8.ª de dicho contrato, según el cual el vendedor, en caso de impago por el comprador de cualquiera

de los plazos convenidos, hará suya la cantidad de 190.000 pesetas que recibió; acordando la entrega por la entidad demandada del piso objeto del contrato para que la actora recupere su posesión; se declara mal hecha la consignación efectuada por la demandada, a quien se devolverá la cantidad consignada, y no se hace especial declaración sobre las cosas en ninguna de las instancias.

Los Considerandos de la primera sentencia dicen:

Que la implícita facultad de resolución de todas las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados incumpliese lo que le incumbe, que consagra con carácter general el artículo 1.124 del Código civil, autoriza a los Tribunales a señalar nuevo plazo de cumplimiento cuando concurren causas justificadas para ello, en cuyo desarrollo la constante jurisprudencia ha declarado que se precisa para llegar a la resolución no el mero incumplimiento, sino la concurrencia de circunstancias acreditativas de una contumacia, de una voluntad rebelde y declarada de faltar a los deberes libremente contraídos por el incumplidor; pero este principio de carácter general cede y desaparece en la venta de bienes inmuebles ante el precepto terminante y específico del artículo 1.504, en cuya virtud de una forma clara e insoslayable establece que, hayase o no convenido pacto comisorio, el comprador a precio alzado podrá pagar aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, añadiendo el precepto que después del requerimiento el Juez no podrá concederle nuevo término, de donde se desprende que ante la redacción dada a la norma, es más benévola en principio que la del 1.124, pues autoriza a pagar después de vencido el término, aunque concurre el pacto comisorio, sin duda por la seguridad en el cobro del precio ante la permanencia del inmueble, hasta el requerimiento en forma; pero una vez practicado éste, resulta de mayor severidad y determina la resolución sin admitir aquella apreciación de causas justificadas de incumplimiento y prohibiendo en forma expresa y absoluta la concesión de nuevo término para cumplir la obligación.

Que sentada la anterior doctrina y acreditado en el juicio y aceptado por la sentencia recurrida que el demandante dejó de pagar la parte de precio aplazada a su vencimiento y que fué requerido de resolución del contrato por el vendedor notarial y judicialmente por medio del intentado acto conciliatorio, sin que abonara el descubierto hasta mucho después en que lo consignó al momento de contestar la demanda; no puede ofrecer la menor duda de que tal consignación fué extemporánea al estar hecha cuando el contrato estaba ya resuelto por haberse cumplido los requisitos exigidos por dicho artículo 1.504, que la resolución impugnada ha infringido por violación al entender lo contrario y estimar bien hecha la consignación concediendo implícitamente un nuevo término de cumplimiento contra lo prohibido en el precepto; y debe prosperar el primer motivo del recurso, encauzado procesalmente por el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, basado en la infracción de la norma por el concepto indicado, casando y anulando la sentencia, sin necesidad de entrar en el examen de los restantes motivos articulados.

Los Considerandos de la segunda sentencia dicen:

Que por los razonamientos consignados en la sentencia de esta misma fecha que precede, recaída en el recurso de casación, procede declarar resuelto el contrato de compraventa de referencia y por mal hecha, por extemporánea, la consignación efectuada por la parte demandada al contestar la demanda, a quien se devolverá su importe, revocando la sentencia apelada; y sin que

sea obstáculo para ello el contenido de la sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1958, en que se sustenta, en cuanto al caso contemplado, fué distinto al presente, ya que allí el acreedor dejó sin efecto el requerimiento por aceptar pagos con posterioridad a efectuarlo y señalar su crédito como embargable en procedimiento de apremio, ni tampoco la de 5 de febrero de 1914, por ser única y pugnar con la constante y reiterada doctrina jurisprudencial.

Que conforme a la estipulación 8.^a del contrato privado de compraventa de referencia, el vendedor, en caso de impago por el comprador de cualquiera de los plazos convenidos, haría suya la cantidad de 190.000 pesetas que recibió; y si bien es cierto que ello constituye una cláusula penal y es moderable conforme a lo dispuesto en el artículo 1.154 del Código civil, no lo es menos que el contrato data del día 30 de abril de 1962, y desde esa fecha hasta el presente el demandado viene ocupando la finca, y en su consecuencia, no es aconsejable la moderación, por ser la cantidad señalada como pena inferior al valor de esa posesión y disfrute.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1967.—Requisitos de la acción reivindicatoria y de la declarativa de dominio.

Aunque sea reiteración de anterior doctrina, estimamos de interés el contenido de los siguientes Considerandos:

Que la tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa especialmente a través de dos distintas acciones muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro Derecho, a saber: la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y la acción de mera declaración o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo abroga; y aunque no se contengan en la Ley normas especiales acerca de la prueba de la propiedad en ambas acciones, les es aplicable el principio general (que tiene un reflejo en la regla del artículo 1.214 de nuestro Código civil), según el cual quien suscita la aplicación de una norma jurídica tiene la carga de la prueba de aquellos hechos (los llamados hechos constitutivos), que integran el supuesto de la norma misma; de donde resulta que es el propietario quien ha de suministrar la prueba del derecho de propiedad que pretende pertenecerle, mediante la demostración de estos tres elementos o circunstancias: que media un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; que la persona que acciona es aquella que es sujeto o substrato de la indicada relación, habiendo de agregarse todavía a estas demostraciones, cuando se trata de acción reivindicatoria propiamente dicha, el de que la persona contra la que se acciona tiene la posesión o tenencia de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor.

Que perfectamente de acuerdo con los anteriores principios, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado con obligada insistencia que para el éxito de la acción reivindicatoria es indispensable que quien la ejercite pruebe de modo cumplido el título de dominio de los bienes reclamados (acreditando no sólo el derecho del cual se adquirió la cosa, sino, además, el dominio actual de

ella), la identidad de la cosa o cosas de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cuáles sean, y la posesión o detentación de las mismas por parte del demandado, sin que la circunstancia de que el demandado esté poseyendo de hecho la cosa reclamada interese si no se solicita su entrega ejercitando la acción reivindicatoria, siendo forzoso reconocer que es precisa, por tanto, la prueba de la identidad de las fincas de que se trate cuando se ejercita una acción declarativa del dominio, como es la invocada por la parte demandante en este juicio, mas no hay que llegar al extremo de negarla por discrepancias no esenciales, pues según la doctrina legal no ha de deducir de las pruebas discrecionalmente apreciadas por el Tribunal *a quo*, teniendo en cuenta que la esencialidad o accidentalidad de las discrepancias que pueden existir en cada caso en cuanto a los linderos, extensión y demás elementos que hayan de tener en cuenta, ni la mayor o menor cabida, empece a dar por acreditado ese requisito, siendo de la competencia del juzgador de instancia apreciar la identificación, temiendo para ello presentes todos los elementos probatorios aportados al pleito.

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1967.—*División material de finca urbana. La "actio communi dividundo" es irrenunciable; se estima de orden público e imprescriptible. La división por pisos o grupos de habitaciones, aunque queden elementos comunes, es división a efectos legales, es salir de la indivisión. Interpretación de los contratos.*

En la demanda se pedía, entre otros extremos:

Que dando por disuelta la comunidad que sobre la finca número ... de la calle de ..., de esta capital, venía existiendo entre dicho demandado y el actor, se acuerde proceder a la división y adjudicación por mitad a partes iguales de toda la finca referida en el hecho primero de la demanda y en la forma y modo que se acuerde, nombrando al efecto los Peritos que fueren precisos, todo ello en trámite de ejecución de sentencia, con la salvedad establecida en el artículo 405 del Código civil, y realizándose al efecto cuantas obras y mediciones que para ello fueren precisas.

En la Contestación se alegaba que no procedía la división principalmente, porque estando acogido el inmueble a la legislación de Viviendas Bonificables, cuando las viviendas no han sido destinadas a la venta y sí a arrendamiento, por imperio de la Ley no se podía proceder a la división material de la finca, por estar prohibido expresamente por las disposiciones especiales y por el Ministerio de la Vivienda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimando la demanda formulada a nombre de don G. D. R. contra don M. R. P., declaró disuelta la comunidad existente entre los mismos sobre la finca número ... de la calle de ..., de esta capital, que se describe en el hecho primero de la demanda, y que se proceda a la división y adjudicación por mitad e iguales partes de toda ella, formándose dos lotes de pisos, y locales con sus elementos comunes anejos, evitándose en cuanto sea posible los suplementos a metálico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 402 y 406, en relación con el 1.062 del Código civil, en cuanto sean aplicables, que, salvo casos de acuerdo, se distribuirán por sorteo entre los dos comuneros, condenándose al demandado a estar y pasar por esta declaración, etc

La Audiencia la confirió. El Tribunal Supremo no accedió a la casación, con base en los siguientes Considerandos:

Que haciéndose eco de un aforismo de la jurisprudencia romana, «*communo est mater discordiarum*», las legislaciones modernas consideran a la copropiedad como una situación transitoria que no merece un trato de favor, concediendo a los comuneros la *actio communi dividundo*, esto es, la facultad de obtener la división de la cosa común, y consiguientemente, la transformación de su derecho por cuota de condominio en propiedad exclusiva sobre la parte de la cosa que la división habrá individualizado con carácter irrenunciable, por estimarse de orden público e imprescriptible, porque se trata de una facultad, y para ello vale el principio *in facultativis non datur prescriptio*, y, además, de una facultad inherente al dominio, que no desaparece por efecto de la sola prescripción extintiva (sentencia de 30 de marzo de 1957).

Que como ha declarado esta Sala en su sentencia de 5 de noviembre de 1924, lo mismo por razones de orden económico que por las de orden jurídico, la institución de la comunidad de bienes tiene como principio fundamental el de que ningún copropietario está obligado a permanecer en la comunidad, criterio seguido por el Código civil de acuerdo con nuestro Derecho tradicional de las Leyes de Partidas, que decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno solo que cuando son de varios, declaración que afirma dicho Código en su artículo 400, añadiendo que cada uno de los comuneros podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común.

Que es indiscutible, como declaró la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1951, que el destino propio y esencial de una casa es servir de vivienda o alojamiento para un negocio, en la mayor amplitud de estos conceptos, y esto lo cumple cada piso o grupo de habitaciones que puede disfrutar por separado, con independencia de los demás del mismo inmueble, y por consiguiente, son susceptibles de apropiación individual, y al dividirse así y adjudicarse a distintas personas se facilita su aprovechamiento para el destino propio, sin que sea más que una cosa accesorio para ese uso independiente el que quede en común el disfrute y la propiedad de los elementos, como cimientos, patios y escaleras, que son indispensables para la subsistencia de cada una de esas propiedades individuales, y que por su naturaleza no pueden dividirse, pero que por su menor importancia económica, y sobre todo por su carácter accesorio o de medio para el fin esencial de que se disfruten las viviendas, no pueden privar a la propiedad de éstas de su carácter de singular, individual e indivisible, por lo que el dividir una casa en cada uno de esos departamentos para su adjudicación a cada uno de los copropietarios del inmueble en conjunto, es salir de la indivisión a los efectos del artículo 400, doctrina jurisprudencial que ha sido recogida por la Ley de 21 de julio de 1960, adicionando al artículo 401 del mismo Cuerpo legal el párrafo siguiente: «Si se trata de un edificio cuyas características lo permitan, a solicitud de cualquiera de los comuneros, la división podrá realizarse mediante la adjudicación de pisos o locales independientes, con sus elementos comunes anejos, en la forma prevista por el artículo 396».

Que si bien las disposiciones del título III del libro II del Código civil no son—generalmente y en principio—Derecho principal e inmediatamente aplicable, sino que tienen el carácter de reglas supletorias en defecto de las establecidas por otras disposiciones especiales o por la voluntad de los interesados, manifestada en actos «*inter vivos*» o «*mortis causa*», de los que se deriva el

título que estableció la comunidad, fuente que tiene carácter primario, por lo que declaró la sentencia de 28 de febrero de 1925 que, conforme al apartado 2.º del artículo 392, en todos los casos de régimen de la comunidad de bienes ha de ser el que establezcan los contratos o disposiciones especiales, y sólo en defecto de reglas de este origen se han de observar las prescripciones del título en que dicho artículo está comprendido, es lo cierto que en el caso de autos no se trata de la venta del inmueble por pisos, sino de una acción de división que no puede tener aquella naturaleza jurídica por aplicación de las pertinentes reglas de hermenéutica, que imponen se interprete el contrato *secundum subjunctam materiam*, reputándose necesariamente caso distinto de lo pactado, lo que no está integrado en la voluntad de los estipulantes, habiendo declarado esta Sala, que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos que fueron objeto de la estipulación (sentencia de 23 de marzo de 1929), y que el precepto del artículo 1283 del Código civil trata de fijar por vía interpretativa el «ámbito» del contrato, no extendiéndole, cualquiera que sea la generalidad de los términos empleados al concertarlo, a «cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar», refiriéndose aquel artículo a la fijación de los elementos básicos del contrato, sin dejar resquicio a la duda (sentencia de 15 de octubre de 1965), y, a mayor abundamiento, la invocada legislación de Viviendas bonificables regula en el extremo debatido tan sólo efectos administrativos que no pueden enjuiciar esta jurisdicción, procediendo, en virtud de todo lo expuesto, la desestimación íntegra del recurso

SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1966.—*Validez de la cláusula "valor oro" o "valor plata" en un préstamo hipotecario. La prórroga de la obligación implica la de todos los pactos de la misma.*

Préstamo hipotecario de 15 000 pesetas, convenido en escritura pública de fecha 14 de enero de 1933. Se pactó: «Segundo. Tanto la devolución del capital prestado como los intereses que se devenguen después del primer trimestre, la deudora deberá efectuarlos en esta capital, lugar que señalan las partes para el cumplimiento de este contrato, en la calle de ..., 315, principal, domicilio de los consortes, en buena moneda de oro o plata, de curso legal, con exclusión de calderilla y de papel moneda; y si el curso de éste fuere declarado forzoso, el quebranto que experimente al canjearse por oro o plata en la plaza en el momento del pago será de exclusivo cargo de la deudora». La demandada, heredera de la deudora, pretendió pagar o estaba dispuesta a pagar la cantidad prestada, en papel moneda, declarado de curso forzoso; pero no el quebranto experimentado por dicho papel y que resultare al compararlo con el valor del oro o de la plata

Los demandantes razonaron en la demanda la validez de la cláusula expuesta. Sostuvieron que dicha validez estaba amparada en el artículo 1.170 del Código civil; y que si en el año 1933, fecha del préstamo, en que circulaba libremente la moneda plata, acuñada por el Estado español, a base de la Ley de 900 milésimas, y cuyo peso de cuarenta monedas de 5 pesetas representaba un kilo, o sean, 900 gramos de plata, la deudora, causante de la demanda, recibió de manos de los causantes de la actora 15 000 pesetas, o sean, 3.000 monedas de 5 pesetas de plata, o sea, un total de 75 kilogramos de moneda,

y en relación con el oro, recibió la deudora 150 monedas de 100 pesetas, que a base de las monedas acuñadas por el Estado español, tenía cada una de ellas 32,2508 gramos de oro fino; que pagando la demandada en el día de hoy, algunas de estas cantidades de oro o plata, que era exactamente lo mismo que recibió, realmente liberaría la obligación y devolvería exactamente la misma cantidad recibida. Que el problema se presentaba con el Decreto de marzo de 1937, que ordenó la entrega al Estado de todas las monedas de oro acuñadas; con la Orden de 20 de enero de 1939, que ordenó la entrega al Estado de la totalidad de las monedas de plata, y por último, con la de 9 de noviembre de 1939, que declaró de curso forzoso el papel moneda, y al conceder valor liberatorio a los billetes del Banco de España, hizo posible el cumplimiento de la cláusula contractual de pagar con la moneda de la especie pactada, y por ello—añadían—entraba en juego la segunda parte de aquel pacto y era a cargo de la deudora el quebranto de moneda de oro o plata; que los efectos de tal cláusula eran o extinción de la obligación por imposibilidad de efectuar la prestación a base de la especie y calidad contenidas o atribuir al acreedor la facultad de exigir en billetes del Banco de España el valor correspondiente al metal con que debe efectuarse la prestación, y la equidad y la justicia, así como el respeto debido a la voluntad de las partes, inclinaba a elegir la segunda, cuya validez y licitud se apoyaban en el artículo 1.255 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 1.170 y los 1.753 y 1.182 del propio Código, y tampoco era contrario a la moral, no se oponía la misma al orden público, según acreditaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Que habiendo terminado el plazo fijado para la devolución del capital prestado sin que se hubiera pagado, era procedente la acción de reclamación de la suma de 107.310 pesetas, el importe de los intereses vencidos y no pagados desde 14 de enero de 1938 y el importe de las costas del juicio. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia en la que se condene a la demandada a pagar la cantidad de 15.000 pesetas, y además el quebranto que haya experimentado el papel moneda en relación con el que tenía en la fecha de constitución del préstamo, cuyo quebranto deberá fijarse en el momento en que el pago se efectúe; así como los intereses correspondientes al 7 por 100 anual, vencidos desde 14 de enero de 1938, y las costas del juicio.

La parte demandada contestó sustancialmente: Que como la cantidad prestada fué entregada en billetes de Banco, la cláusula mencionada era de estilo rutinario, que no correspondía a la voluntad ni a órdenes de los contratantes y que los Notarios solían estamparla como fórmula o plantilla en todas las escrituras de préstamo. Que los intereses se pagaron siempre en billetes de circulación legal antes del 18 de julio de 1936, y llegado el 12 de enero de 1938, ni los acreedores exigieron la devolución del capital prestado ni lo intentó pagar la mutuaría con billetes entonces en circulación, cuyo depreciado valor proclamó la Ley de Desbloqueo de diciembre de 1939, no habiendo pagado los intereses desde el 18 de julio de 1936 hasta el fin de la guerra para no perjudicar al acreedor. Acabada la guerra civil española, la deudora pagó a los acreedores los intereses correspondientes al tiempo de duración de aquélla, y llegado el término del contrato por propia conveniencia del acreedor fué demorado el cobro del capital mutuado y eludido exigir la devolución del mismo, sin que existiera pacto expreso alguno perfeccionado en tal sentido entre los acreedores o sus herederos y la deudora o sucesor. Al cabo de más de veinte años, se había formulado la demanda, que no era lícita ni

exigible en los actuales momentos, y no producía efecto alguno, no era viable. Estaban de acuerdo las partes en que el contrato de préstamo se regía por el artículo 1.753 del Código civil y estaba contra las normas de este precepto legal exigir al deudor la devolución de la suma recibida en moneda de oro y plata, siendo un pacto contrario a Derecho. En los momentos actuales no había duda de que dicho pacto era en absoluto inoperante si se admitía que en la fecha que se pactó no era contrario a Derecho, ya que el canje de los billetes por monedas de oro o plata era imposible en enero de 1938, porque habían sido retirados de la circulación el oro y plata amonedados por las autoridades de la República; que en segundo lugar, ni de forma expresa ni por escrito se convino renovar el contrato y en fijar una nueva fecha para la devolución del préstamo, y no podía fijarse una nueva fecha sin que ello implicara una novación del contrato. Fijado el plazo de 14 de enero de 1938, no podían las partes fijar otro por imperio de lo dispuesto en el artículo 1.091 del Código civil. Otro aspecto de la cuestión era que interpretada literalmente la cláusula de estabilización, que dice que la devolución del capital prestado debe hacerse en moneda de oro o plata, resulta ser una obligación alternativa, y como tal corresponde al deudor la elección, ya que en el pacto segundo de la escritura no se hizo que la elección correspondiera al acreedor, siendo de notar que la cláusula contenida en tal pacto es «cláusula moneda de oro o moneda de plata», pero no es cláusula valor oro o plata, y aun en este último caso correspondería la elección al deudor entre el valor que tuviere el oro o el que tuviere la plata en 14 de enero de 1938 o en 1 de enero de 1943. Alegó en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando se dictara sentencia absolviendo a la demandada de la demanda, con imposición de las costas a la parte actora por su manifiesta temeridad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en lo principal la demanda, pues condenó a la demandada a la cantidad de 15.000 pesetas por el concepto a que se refiere la demanda y además al quebranto que haya experimentado el papel moneda en relación con el oro o la plata el día en que se efectúe el pago en la forma siguiente: a) en el caso de que la deudora opte por el quebranto en relación al oro, además de la obligación nominal de pagar las 15.000 pesetas, deberá satisfacer el coste en más que tenga el día del pago, en relación al coste que tenía en 14 de enero de 1933, la igual cantidad de oro fino, que pudo adquirirse con dichas 15.000 pesetas entonces; b) en el caso de que la deudora opte por el quebranto con relación a la plata, además de la obligación nominal de pagar las 15.000 pesetas, deberá satisfacer el coste que tenga el día del pago, en relación al coste que tenía el 14 de enero de 1933, la igual cantidad de plata fina, que pudo adquirirse con dichas 15.000 pesetas, sin que, cualesquiera que fueran los resultados, haya de satisfacerse un quebranto que exceda del 615 con 40 centésimas por 100; condenando también a la demandada a que pague a las actoras los intereses de la cantidad de 15.000 pesetas, a razón del 7 por 100 pactado, desde el día 14 de enero de 1938 hasta el pago de dichas 15.000 pesetas, absolviendo a la demandada de las demás pretensiones de las actoras, todo ello sin hacer especial condena de costas.

La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo falló no haber lugar a la casación, basándose en los siguientes Considerandos:

Que el pago, en su sentido técnico de cumplimiento efectivo de la prestación convenida, se rige, si se trata de deudas de dinero, por el artículo 1.170 del Código civil, con arreglo al cual dicho pago ha de hacerse en la especie pac-

tada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España, precepto que hoy no puede aplicarse en su integridad, dado que al modificarse el sistema monetario a que respondía dicho artículo, ha de ser éste entendido en un sentido amplio, referido a la moneda o papel moneda que tenga en la actualidad curso legal, por lo que, ante el hecho económico de la alteración de valor de la moneda, se plantea el problema de si el deudor se libera entregando el valor nominal de lo debido o ha de entregar el valor efectivo o real, imperando en la generalidad de las legislaciones el sistema nominalista, que es el acogido en España, para dar fijeza y seguridad al orden contractual, pero para remediar las consecuencias de la desvalorización monetaria y conseguir que el contenido de la obligación pecuniaria conserve, en el futuro, el mismo valor estimativo que tuvo para las partes en el momento de celebrarse el contrato, se ideó por aquéllas las llamadas cláusulas de estabilización, con arreglo a las cuales, o bien se pacta el pago en monedas de oro o plata—cláusula que *in natura* es nula en España, al no poderse imponer el pago en moneda carente de curso legal—, o se pacta que la cuantía del pago, hecho en moneda de poder liberatorio, se determine por el valor que en el momento de cumplir la obligación alcance la suma de oro o plata que se fijó en el contrato, cláusula de valor cuya validez ha sido muy discutida en la doctrina, pero aceptada por la jurisprudencia como remedio a la injusticia a que puede dar lugar el sistema nominalista en los contratos de tracto sucesivo, cuando las fluctuaciones del valor de la moneda son grandes por causa de su depreciación, y como respeto a la autonomía de la voluntad contractual que proclama el artículo 1.255 del Código, puesto que con tal cláusula, no prohibida expresamente por el Derecho español, no se estipula en principio nada ilícito ni inmoral, y su estimación—dice la doctrina legal—como contraria al orden público requiere la promulgación de una Ley que así lo establezca.

Que la aceptación del criterio valorista, si bien no unánime, es la doctrina científica dominante, que en nuestra Patria ha tenido su reconocimiento en el nuevo artículo 219 del Reglamento Hipotecario, que autoriza, aunque con importantes limitaciones, la aplicación de las cláusulas estabilizadoras a los préstamos hipotecarios, para los que rige la norma general contenida en el artículo 1.753 del Código civil, que prevé que el prestatario ha de devolver lo equivalente a lo recibido en una relación de igualdad, establecida sobre la cantidad—«otro tanto»—, la especie y la calidad, y si bien esta obligación se concreta en la deuda dineraria al disponer el artículo 1.754 que la restitución del dinero prestado ha de hacerse en la especie pactada o, en su defecto, en la de curso legal, a tenor del artículo 1.170, es lo cierto que admitido el criterio valorista no hay razón para que se excluyan del mismo las deudas de cantidad numérica determinada por el valor real de la moneda

Que el presente recurso gira en torno a la aplicación del pacto segundo del contrato de préstamo hipotecario de 15.000 pesetas, concertado el 14 de enero de 1933, con arreglo al cual, decretado el curso forzoso del papel moneda, «el quebranto que experimente al canjearse por oro o plata en el momento del pago será de exclusivo cargo de la deudora», pacto que los litigantes califican de cláusula de estabilización y que el juzgador *a quo* declara válido, condenando al pago de ese quebranto, interponiéndose contra dicha condena el presente recurso, comprensivo de diez motivos, de los que los primero y décimo denuncian el vicio de incongruencia, al amparo del número 3.º del artículo 1.292 de

la Ley de Enjuiciamiento civil, por no resolver la sentencia recurrida todas las cuestiones planteadas y condenarse a más de lo pedido, pero si bien es cierto que en el escrito de contestación se adujo la ilicitud del pacto y que la fecha para el quebranto de la moneda debe ser la del vencimiento del préstamo o la de terminación de la moratoria (motivo primero), también lo es que tales cuestiones se plantearon como argumentos defensivos, sin tener reflejo en el Suplico, único al que hay que atender para apreciar la congruencia, y como la estimación de la demanda lleva implícita la desestimación de dichas cuestiones, claro es que fueron resueltas, por lo que no se incidió en el vicio denunciado, y respecto al exceso, objeto del motivo décimo, como el quebranto es la diferencia que exista entre las dos fechas que el fallo fija, y el abono de los intereses a las actoras «en la proporción dicha» indica que se les ha de pagar por mitad, por ser ésta la participación que tienen en el capital del préstamo, no se ha cometido exceso, por lo que ambos motivos perecen.

Que los motivos segundo y tercero denuncian, respectivamente, error de hecho y de derecho en la apreciación de certificaciones de la Cámara Oficial de Comercio de Barcelona, expresivas de que en la fecha de terminación de la moratoria no tenían curso legal en España las monedas de oro y plata, pero como tal hecho está reconocido expresamente en el Considerando segundo de la sentencia de Primera Instancia, aceptada por la recurrida, y la retirada de dichas monedas fué ordenada por disposiciones legales de obligatoria observancia, no han podido cometerse los errores que estos motivos denuncian, los que han de desestimarse.

Que el motivo noveno no expresa el párrafo del artículo 1.692 en que se halla comprendido, cita obligada, a tenor del artículo 1.720, por lo que este defecto formal impide el estudio del mismo, y los restantes motivos, del cuarto al octavo inclusive, atacan la cláusula discutida, sosteniéndose en el cuarto su nulidad, en contra de la doctrina sentada en los dos primeros Considerandos de esta sentencia, lo que es bastante para su desestimación; el quinto trata de interpretar la cláusula sosteniendo que ésta impone el canje del papel moneda por moneda de oro o plata, lo que no es exacto, y como no patentiza la equivocación de la Sala, tratando de sustituir su criterio por el de ésta, el motivo ha de perecer, así como el sexto, porque al partir de la estimación del quinto, hace supuesto de la cuestión, y el séptimo va contra el hecho probado de que lo pactado es cláusula de valor, declarada válida, por lo que no puede ser estimado.

Que, finalmente, el motivo octavo denuncia la violación del artículo 1.204 del Código civil, porque la fecha del quebranto debe ser la del vencimiento de los cinco años pactados a la de la moratoria, motivo que tampoco puede prosperar, porque la prórroga de la obligación abarca la de todos los pactos de la misma, incluso de las garantías convenidas, si se hace de acuerdo por los contratantes, y como en este caso ni las acreedoras reclamaron el pago del préstamo ni la deudora intentó cancelarlo, lo que revela que hubo, por lo menos, consentimiento tácito para la prórroga, ésta ha de afectar a todas las estipulaciones del contrato, razón que impone el perecimiento de este motivo y con él la del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1967.—*Doble inmatriculación. Debe resolverse conforme a los títulos civiles y al principio de prioridad en el tiempo de la inscripción.*

En autos sobre acción declarativa de dominio, en los que se debatieron varias cuestiones de hecho carentes de interés general, no se accedió a la casación. En la sentencia del Tribunal Supremo, cuarto Considerando, se lee: Tratándose, como se trata, de una doble inmatriculación, la cuestión debe resolverse conforme a los títulos civiles aportados y al principio de prioridad en el tiempo de la inscripción.

SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1967.—*La nulidad de las inscripciones del Registro de la Propiedad requieren como presupuesto indispensable la nulidad del título o acto jurídico que las originó, salvo que nazca dicha nulidad de defectos formales.*

Juicio de mayor cuantía, seguido por don M. S. contra don R. S., sobre cancelación de inscripciones en el Registro de la Propiedad. Se alegó, en resumen, en la demanda: Que don M. S. siguió juicio declarativo de mayor cuantía contra su padre don P. S., en solicitud de que fuera declarado pródigo, en el cual recayó sentencia el 19 de agosto de 1960, por la que se decretó la incapacidad, de conformidad con las prescripciones del Derecho foral catalán. La sentencia prohibía al pródigo la enajenación y gravamen de toda clase de bienes y el percibir alquileres y frutos por adelantado. Con posterioridad, la tutela de dicho pródigo recayó en la persona del demandante, por ser el único hijo de aquél. El actor solicitó anotación preventiva de la demanda de incapacidad sobre los bienes del incapaz. Unos días después, el 2 de enero de 1960, el incapaz malvendió todos sus bienes, dice la demanda, Vendió dos fincas mediante escritura pública a don R. S., la que fué inscrita en el Registro de la Propiedad.

De los antecedentes que tenemos a la vista se deduce que el juego de fechas en relación con el Registro de la Propiedad es el siguiente: el 13 de noviembre de 1959 se efectuó el asiento de presentación de la demanda de prodigalidad; el 28 de enero de 1960 se canceló dicho asiento de presentación, sin duda porque había transcurrido el plazo de su vigencia sin que (por las razones que fueren) se hubiese practicado la anotación; el 25 de junio de 1960 se inscribió el contrato de compraventa de 2 de enero de 1960, antes relacionado; el 13 de septiembre de 1960 se vuelve a presentar en el Registro el mandamiento para la anotación preventiva de la demanda de prodigalidad; y el 6 de junio de 1961 se anota la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Manresa, declarando la prodigalidad.

Basándose el demandante en que la sentencia de prodigalidad era firme, en que las fincas vendidas por don P. S. seguían siendo de propiedad del mismo, por el juego «de la anotación preventiva de demanda» y por el carácter condicional y condicionado de la compraventa, sujeta al resultado del juicio de prodigalidad, pidió en el Suplico de la demanda se dictara sentencia declarando nulas y sin efecto alguno las dos inscripciones de compra a favor de don R. S., que se librara el oportuno mandamiento al Registro para que se cancelaran y que se condenara a don R. S. a estar y pasar por la anterior de-

claración y a solicitar en forma del Registrador de la Propiedad dichas cancelaciones, y se condenase también en costas al demandado.

El demandado se opuso a la demanda y reconvinó pidiendo la cancelación de los asientos referentes a la constancia de la prodigalidad.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando nulas las inscripciones referidas de compra a favor de don R. S., demandado; lo absolvió de las demás peticiones; no dió lugar a la reconvencción, y no hizo expresa condena en costas. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación; y en segunda sentencia revocó la sentencia de Primera Instancia confirmada por la Audiencia y absolvió de la demanda al demandado.

El único Considerando de la primera sentencia del Tribunal Supremo dice:

Que la declaración de nulidad de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad, cuando no estén comprendidas en el número 4.º del artículo 79 en relación con el 30 de la Ley de 8 de febrero de 1946, por no fundamentarse en la existencia de defectos formales, requieren, como presupuesto indispensable para su obtención, la del título o acto jurídico que haya motivado el asiento cuya virtualidad se pretenda destruir, porque aun cuando el adverbio *previamente*, que emplea el párrafo 2.º del artículo 38 del mencionado texto legal, parezca indicar otra cosa, lo cierto es que en nuestro sistema inmobiliario el principio de legitimación registral que consagran los artículos 1, párrafo 3.º, 38, primer inciso, y 97 de la Ley Hipotecaria, a diferencia de lo que ocurría con la antigua *Gewere* germánica, no atribuye a sus transcripciones la facultad de producir por sí mismas efectos traslativos del dominio o derechos reales, ni las inviste de sustantividad propia para que purifiquen *erga omnes* el objeto de la inmatriculación, sino que, por el contrario, las considera como meros órganos de publicidad de los expresados derechos, y salvo en lo que afecta a las hipotecas, los niega eficacia constitutiva (sentencia de 10 de noviembre de 1954) y en ningún caso las permite convalidar los contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes (art. 33), lo que obliga a armonizar el referido párrafo 2.º del artículo 38 con lo dispuesto en el número 3.º del 79, que supedita el éxito de las cancelaciones a que se contrae a la simultánea invalidación del instrumento que las haya originado, conclusión a la que también se llega si se tiene presente el carácter accesorio que en nuestro Ordenamiento positivo ostentan las inmatriculaciones respecto a la validez del título que exteriorizan, porque, de admitirse cualquiera otra solución, se produciría la pugna entre los artículos 97 y 33 de la indicada Ley, dada la fuerza presuntiva que el primero otorga a las cancelaciones, y se contravendría el principio general de derecho que dice: *Accessorium sequitur naturam sui principalis*, por cuyas razones la jurisprudencia de esta Sala, de acuerdo con lo prescrito en el número 3.º del artículo 79 de la Ley y 173 de su Reglamento, ha proclamado tal doctrina de un modo implícito en sus sentencias de 2 de marzo de 1931, 14 de abril de 1958, 17 de diciembre de 1961 y 22 de octubre de 1965, y explícitamente en las de 22 de noviembre de 1905 y 27 de junio de 1914, y como en el presente caso la resolución impugnada estimó lo contrario, es indudable que incurrió en las infracciones que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se denuncian en el primer motivo del recurso, que en su consecuencia debe prosperar, sin que sea preciso entrar en el análisis de los restantes.

Los Considerandos de la segunda sentencia dicen:

Que al no haberse solicitado en el escrito inicial del presente proceso la declaración de nulidad de la escritura de 2 de enero de 1960, que motivó la inscripción que se pretende cancelar en estas actuaciones, y al no poderse pronunciar el juzgador sobre la eficacia o ineficacia de aquel documento, por impedirlo el principio de la congruencia consignado en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se hace preciso denegar las pretensiones de la parte actora y absolver al demandado por las razones que se expresan en la precedente sentencia de casación.

Que no es de estimar temeridad ni mala fe por parte de los litigantes al efecto de la imposición de costas causadas en ambas instancias.

B. M.

SUCESIONES

SUMARIO: A) ACCIONES: a) Acción de petición de herencia: a') Sus caracteres. Diferencia de la reivindicatoria. Legitimación: Sentencia de 7 de enero de 1966. b') Su nacimiento y prescripción: Sentencia de 7 de febrero de 1966. b) Acción de división: Sentencia de 13 de octubre de 1966. c) Acción de nulidad: Sentencia de 25 de noviembre de 1966.—B) ACRECIMIENTO O DERECHO DE ACRECER: Sentencia de 12 de febrero de 1966.—C) ADOPCIÓN: Derechos sucesorios del adoptado pactados en la escritura de adopción. Art. 177 (antiguo) del C. c.: Sentencia de 5 de enero de 1966.—D) ALBACEAZGO: Su prórroga y extinción. Carácter facultativo del art. 905, párrafo 2º, del C. c.: Sentencia de 3 de febrero de 1966.—E) COLACIÓN: No restitución del exceso. Arts. 636, 806, 813 y 1035 del C. c.: Sentencia de 28 de febrero de 1966.—F) CONDICIÓN RESOLUTORIA: Transmisibilidad del derecho hereditario sujeto a la misma: Sentencia de 17 de marzo de 1966.—G) COMUNIDAD HEREDITARIA: a) Su existencia no se presume: Sentencia de 17 de marzo de 1966. b) Inaplicabilidad de los arts. 451 y 452 del C. c. en el supuesto del art. 1.063 del mismo Cuerpo legal: Sentencia de 7 de enero de 1966.—H) HEREDERO DE CONFIANZA: Carácter: Sentencia de 30 de septiembre de 1966.—I) INTERPRETACIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: a) De cláusula en la que se establece el derecho de acrecer. b) De cláusula testamentaria de residuo: Sentencia de 12 de febrero de 1966. c) De cláusula en la que, siendo aplicable la Compilación catalana, se ordena un legado en lugar de legítima para evitar la preterición: Sentencia de 4 de mayo de 1966. d) De pacto sucesorio contenido en capitulaciones matrimoniales navarras: Sentencia de 20 de enero de 1966.—J) LEGÍTIMAS EN CATALUÑA: Su fijación. Legado de alimentos en pago de legítima a ascendientes: Sentencia de 10 de marzo de 1966.—K) PACTO SUCESORIO: a) Contenido en la escritura de adopción: Sentencia de 5 de enero de 1966. b) Contenido en capítulos matrimoniales en Navarra: Sentencia de 20 de enero de 1966.—L) PARTICIÓN HEREDITARIA: a) Omisión de objetos o valores Art. 1079 C. c.: Sentencia de 20 de enero de 1966. b) Rescisión por lesión Art. 1074 C. c.: Sentencia de 12 de febrero de 1966. c) Partición hecha por los herederos. Naturaleza contractual. Amplitud de sus facultades. Pago de la cuota viudal asignando bienes en plena propiedad. Rescisión por lesión: Sentencia de 25 de febrero de 1966. d) La partición realizada por herederos capaces y mayores de edad, ¿puede realizarse en cualquier forma? ¿Puede comprender sólo parte de los bienes relictos?: Sentencia de 21 de mayo de 1966. e) ¿Puede ser convalidada la partición realizada «inter vivos» por la testadora y algunos de los interesados con base en un testamento revocado?: Sentencia de 4 de marzo de 1966. f) Imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición: Sentencia de 13 de octubre de 1966. g) Partición realizada por el testador sobre bien ganancial: Sentencia de 25 de noviembre de 1966.—M) PRELEGADO: Independencia de los títulos de heredero y legatario. Art. 890 del C. c.: Sentencia de 17 de febrero de 1966.—N) LEGÍTIMAS EN CATALUÑA: a) Su fijación. Legado alimenticio en pago de legítima a ascendientes. Su nulidad contra la voluntad del legitimario: Sentencia de 10 de marzo de 1966. b) Preterición errónea de hijo póstumo. Nulidad de testamento: Sentencia de 4 de mayo de 1966. O) REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA: Sentencia de 5 de julio de 1966.—P) RESERVAS: Reserva lineal. La pertenencia a la línea de donde proceden los bienes se determina por la procedencia inmediata y próxima de los bienes reservables, no por la remota: Sentencia de 12 de marzo de 1966.—Q) RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO: Ley nacional: Sentencia de 10 de diciembre de 1966.—R) SIMULACIÓN: a) Compraventa simulada efectuada para burlar los derechos sucesorios del adoptado: Sentencia de 5 de enero de 1966. b) Compraventa simulada efectuada por la abuela a favor de sus nietos legitimarios por derecho de representación en perjuicio de otros nietos también legitimarios: Sentencia de 20 de enero de 1966. c) Compraventa simulada que encubre una supuesta donación en perjuicio de los herederos voluntarios: Sentencia de 17 de febrero de 1966.—S) SUCESIÓN EN CASAS BARATAS: es aplicable la legislación común: Sentencia de 1 de febrero de 1966.—T) SUCESIÓN: Ley nacional aplicable: Sentencia de 10 de diciembre de 1966.—U) SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: a) Sustitución

fideicomisaría de residuo. Derecho de representación: Sentencia de 5 de julio de 1966 b) S. f. familiar condicional en Cataluña: Sentencia de 15 de junio de 1966.—V) TESTAMENTO ABIERTO: a) Capacidad del testador. Enajenación mental no declarada judicialmente: Sentencia de 23 de septiembre de 1966. b) Fe pública notarial: ¿puede prevalecer sobre la afirmación del Notario autorizante del testamento el contenido de un acta notarial en la que los tres testigos del testamento manifestaron no conocer al testador ni recordar haber intervenido en semejante acto, la primera de cuyas negativas fué desvirtuada al declarar como testigos a presencia judicial?: Sentencia de 8 de octubre de 1966.—X) TESTAMENTO OLÓGRAFO: Nulidad por falta de autografía y de firma: Sentencia de 17 de noviembre de 1966.—Y) TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE: Sus requisitos. Domiciliación de los testigos: Sentencia de 10 de junio de 1966

A) ACCIONES.

a) *Acción de petición de herencia.*

a') Sus caracteres. Diferencia de la reivindicatoria Legitimación. Sentencia de 7 de enero de 1966.

b') Su nacimiento y prescripción. Sentencia de 7 de febrero de 1966. Artículos 192, 195, 1.016 y 1.021 del Código civil.

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

El Juzgado de Primera Instancia de Caspe declaró en 1960 herederos *ab intestato* de A. B. N., fallecido el 5 de octubre de 1945 en Chiprana, a sus cinco hijos, hoy demandados, F., E., T., A. y F., y a sus cuatro nietos, actuales demandantes, J., D., A. y M., representando a su madre, quienes reclaman los bienes hereditarios correspondientes a aquéllos. Se trata, pues, del ejercicio de la acción de petición de herencia por unos coherederos frente a otros.

Entienden los actores que los bienes relictos deben dividirse en seis partes iguales, correspondiéndoles una de ellas, a cuya pretensión se oponen los demandados alegando que los bienes fueron distribuidos por el causante en vida entre sus seis hijos y que los otros bienes que señalan eran propiedad exclusiva de la segunda esposa del causante, madre de los demandados y madrastra de la madre de los demandantes.

El señor Juez de Primera Instancia de Caspe estimó parcialmente la demanda declarando que pertenece a los actores la sexta parte indivisa de los bienes que se especificaba y la doceava parte indivisa de otros bienes (comunes) que asimismo determinaba, mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza estimó en parte el recurso de apelación formulado por los demandados.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo los rechaza en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín.

A estos efectos interesa el motivo primero del recurso interpuesto por la

parte demandada y apelante, «por aplicación indebida de los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código civil y violación del artículo 348 del mismo Código civil; alegando que aunque nuestro Código civil no regula la acción de petición de herencia, no hay duda de que persiste en nuestro Derecho, haciendo alusión a ella los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Cuerpo legal citado...; la doctrina ha exigido que se den las siguientes circunstancias para que pueda hablarse de la existencia de la acción de petición de herencia: 1.º Que el reclamante invoque para fundar la acción su título de heredero. 2.º Que la acción se dirija contra quien posea todos los bienes hereditarios o parte de ellos, a título de heredero del mismo causante o sin invocar título alguno. 3.º Que se persiga como finalidad la restitución de tales bienes y no sólo el reconocimiento o constatación de la cualidad de heredero en el reclamante. Que estas circunstancias diferencian la petición de herencia de otras acciones como la reivindicatoria, que tiende a la recuperación de uno o más bienes del reivindicante mediante prueba de la propiedad de los mismos. En la demanda que se formuló... se reclama de una forma determinada una relación de bienes que se decía pertenecieron a don A. B. N., pero que se encontraban en poder de los hermanos B. R., solicitándose la propiedad de los mismos; en tal caso, la acción que se pretendía ejercitar no era la de petición de herencia, por la que el reclamante, fundado en su título de heredero, reclamase todos los bienes hereditarios dejados por el causante como una universalidad de bienes, sino que se discutía la propiedad de determinados bienes de los que se hallaban en posesión los hermanos B. R., en virtud del título que los demandantes no precisaban; la acción ejercitada era, por tanto, la reivindicatoria...»

El Considerando V rechaza este motivo manifestando que «la *actio petitio hereditatis*, implícitamente reconocida en los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código civil, por su carácter universal y finalidad dirigida primordialmente a la obtención del reconocimiento de la cualidad de heredero, difiere de la reivindicatoria regulada en el artículo 348 del mismo Cuerpo legal, pero no por eso deja de servir de vehículo para que las personas activamente legitimadas por ella puedan conseguir en beneficio de la masa común, la restitución de todos o parte de los bienes que compongan el caudal relicto perteneciente al causante, cuya posesión a título sucesorio (*pro heredere possesor*) o sin derecho alguno (*possidens pro possessore*) retenga en su poder el demandado, aspecto material que envuelve cierta coincidencia entre ambas acciones, y siendo ello así es indudable que dados los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada y que no se han desvirtuado en esta fase del proceso, concurren en el presente caso cuantos requisitos exigen la legislación y la jurisprudencia de esta Sala para el éxito de las mismas, con lo que, aun cuando prosperase el motivo, la resolución que habría de pronunciarse sería idéntica a la adoptada por el Tribunal *a quo* y la casación carecería de resultado práctico».

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1966.

El Tribunal Supremo, en ponencia del Magistrado don Francisco Bonet Ramón, viene a declarar que la acción de petición de herencia nace, en el supuesto en que resulta aplicable el artículo 195 del Código civil, a favor de los herederos a partir del momento de la declaración de fallecimiento y con efectos desde éste, de suerte que el plazo de prescripción de dicha acción no

comienza a contarse sino desde el momento en que se declare ocurrido el fallecimiento.

COMENTARIO

No cabe duda sobre la vigencia en nuestro Derecho de la acción de petición de herencia (en adelante, a. p. h.), regulada por el artículo 275 de la Compilación catalana y a la que aluden los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código civil, sobre cuya naturaleza se han mantenido tantas opiniones como sobre la naturaleza del derecho hereditario, en cuanto se participe de la idea de correlación entre acción y derecho protegido por ella. Descartando las tesis de la naturaleza real (PLANIOL, JOSSEAND, MESSINEO, BETTI), personal (PILLET, NICOLÒ), mixta (BAUDRY-LACANTINERIE, ROSEL y MENTHA) y de estado, en cuanto dirigida a hacer valer el estado que entraña la cualidad de heredero (VOCINO), la primera de las sentencias comentadas le atribuye naturaleza universal, tesis ya recogida en las sentencias de 18 de mayo de 1932, 12 de abril de 1951 y en la doctrina por CICU, PUIG BRUTAU y TRULLENQUE, entre otros. La calificación de la a. p. h. como acción universal, en cuanto fundada en un título de igual naturaleza—el de heredero—no parece satisfactoria, porque es difícil que de tal atribución dogmática puedan obtenerse fecundas consecuencias prácticas ni que sea, por tanto, útil. No hace falta acudir a una previa calificación dogmática para admitir que el heredero pueda reivindicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos ejercitando una sola acción, sino que la razón puede encontrarse en motivo de economía procesal. Si el heredero puede reivindicar mediante esta acción no sólo un conjunto de bienes, sino también un objeto determinado que pertenezca a la herencia (en contra de lo que se dice en el primer motivo del recurso) no se ve una razón práctica para excluir de la legitimación activa al legatario de cosa determinada propia del testador. Piénsese en la conveniencia de que pueda ejercitarla el heres ex re certa y todos los legatarios cuando la herencia se haya distribuido en legados, desde el momento en que no es esencial la institución de heredero. Podría intentarse una revisión de las posiciones clásicas estimando que la a. p. h. se dirige a colocar el patrimonio hereditario en la situación que debe tener, llamando al mismo todos sus elementos; se trataría de un medio que facilitaría la reconstrucción del patrimonio hereditario en cuanto evita el ejercicio de múltiples acciones y la prueba por quien la ejercita de la adquisición de la propiedad en su causante.

Aborda la sentencia incidentalmente la diferencia entre las acciones de petición de herencia y la reivindicatoria, que podemos sintetizar así: a) por su fundamento, pues la p. h. se funda en el título de heredero y la reivindicatoria en el título de dominio sobre un bien determinado; b) por la prueba, pues el actor ha de probar su título de heredero y la propiedad, respectivamente; c) por el objeto, en cuanto la primera tiene por objeto el reconocimiento de la cualidad de heredero del que puede derivarse el de un derecho real o de crédito, mientras que la reivindicatoria tiene por objeto el reconocimiento del derecho de propiedad sobre una cosa determinada.

La legitimación activa corresponde a cualquier heredero testamentario o ab intestato y, según la opinión que parece más autorizada, a los cesionarios de los herederos. A diferencia de la solución romana (texto de ULPIANO en Digesto, 5, 4, 1, 1) mantenida por la actual doctrina italiana, según la cual el

coheredero sólo está legitimado por su parte, la sentencia de 7 de enero de 1966 admite que el coheredero pueda conseguir en beneficio de la masa común la restitución de todos los bienes que compongan el caudal relicto.

Legitimada pasivamente está cualquier persona que posea las cosas hereditarias con título de heredero o sin título alguno, es decir, cualquiera que niegue al heredero su carácter de tal, incluso el deudor de la herencia si no niega su deuda, pero no el que invoque un título de adquisición singular.

Puede considerarse admitido para nuestro Derecho que el plazo de prescripción es de treinta años (sentencias de 18 de marzo de 1932, 12 de abril de 1951, 12 de noviembre de 1953, 8 de octubre de 1962, 25 de octubre de 1963). De la sentencia de 7 de febrero de 1966 parece inferirse que si al declararse el fallecimiento del desaparecido se determina que éste tuvo lugar hace más de treinta años, la acción de petición de herencia se ha extinguido. Pero no creemos que esto suponga derogación a la regla del artículo 1.969 del Código civil, conforme a la cual comienza a correr el tiempo de prescripción desde que se produce el hecho que posibilita ejercitar la acción, es decir, desde que alguien posee los bienes hereditarios.

b) *Acción de división.* Sentencia de 13 de octubre de 1966. Vid. L), f).

c) *Acción de nulidad.* Sentencia de 25 de noviembre de 1966. Vid. L), g).

B) ACRECIMIENTO O DERECHO DE ACRECER.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

Doña S. G. C. murió el 22 de enero de 1948 bajo testamento, cuya única cláusula dispositiva rezaba así: «Instituye y nombra herederos de todos sus bienes, derechos y acciones de ella, presentes y futuros, a su hermana S. G. C., y a su esposo (de ésta, o sea, su cuñado), M. M. P., vecinos de ...; facultándoles para que vendan y consuman cualquiera de ellos, todos o parte de los bienes si cualquiera de dichos herederos llegaren a necesitar, a juicio de ellos, venderlos o consumirlos. Si alguno de esos dos herederos premuriese a la testadora, la parte de herencia del premuerto recaerá en el heredero sobreviviente, con las mismas facultades que se dejan determinadas. Pero los bienes y derechos que esos sus herederos o cualquiera de ellos no necesitasen, a juicio de los mismos, vender o consumir, serán heredados al fallecimiento de esos sus dos herederos: mitad de los que de ese modo quedaren, por los hijos del fallecido hermano de la testadora llamado C., y la otra mitad por su hermana doña A. G. C., y a falta de ésta, por fallecer antes que la testadora, por los descendientes que esa A. G. C. dejare».

S. G. C. y su esposo, M. M. P., otorgaron escritura de manifestación de herencia adjudicándose por mitades indivisas los bienes relictos el 21 de enero de 1949. Aquella muere sin descendencia el 5 de abril de 1952 y el 17 de junio siguiente su viudo, M., otorga escritura de manifestación de herencia adjudicándose todos los bienes. El mismo M. vende el 23 de marzo de 1956 a la

demandada J. M. C., en escritura pública, la nuda propiedad de todos los bienes, reservándose el usufructo vitalicio, por precio (que parece figurado) de 10.000 pesetas. Dos meses más tarde, el 21 de mayo, se casan vendedor y compradora. Esto es, M. y J. Al morir aquél el 13 de junio de 1961, las sobrinas de la testadora, doña S., llamadas J., C. y E. G. P., hijas de C. G. C., demandan a J. M. C. y piden, entre otros extremos:

1.º Que se declare nula parcialmente la escritura de manifestación de herencia de doña S. G. C., otorgada por don M. M. P. el 17 de junio de 1966 en cuanto se refiere a las fincas adquiridas por su esposa, doña S., en fideicomiso por herencia de su hermana S. G. C.

2.º Declarar inexistente la compraventa otorgada por don M. y doña J. el 23 de marzo de 1956.

El señor Juez de Primera Instancia de Jarandilla, estimando en parte la demanda (en cuanto a las fincas que se probó correspondían a la sucesión de S. G. C.), declaró la nulidad parcial de la escritura de manifestación de herencia y declaró asimismo nula e inexistente parcialmente la compraventa referida por ser simulada y no haber mediado entrega de precio de la misma, sentencia que fué confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al mismo, «Considerando... que si bien es cierto que en el caso presente parece deducirse del conjunto de las disposiciones testamentarias que la finalidad de la testadora era la de permitir el acrecimiento entre los herederos designados en primer lugar, en todo caso, por su deseo de que heredasen el conjunto de la herencia y dispusiesen de ella a su juicio, obligándose simplemente a transmitir el residuo de lo que no hubiesen necesitado consumir, concediendo a ambos la indicada facultad de disposición, interpretación que resulta confirmada por la propia cláusula discutida, no es menos cierto que la conclusión a que llega la sentencia que ahora se impugna en casación ni es lógica ni mucho menos absurda, pues siendo indiscutible la nulidad por inexistencia de la venta efectuada con posterioridad, el resultado práctico a que se vendría a parar sería el mismo...».

COMENTARIO

Se enfrenta aquí el Tribunal Supremo con la posibilidad de interpretar de dos maneras diferentes la cláusula transcrita, habida cuenta que en el presente caso la testadora premurió a ambos herederos y no alguno de éstos a aquélla.

En un primer sentido puede entenderse que la porción de S. no puede acrecer a su marido M., sino que debe pasar a los herederos fideicomisarios con derecho al residuo de lo que los primeros dejasen, pues el verdadero derecho de acrecer tiene lugar solamente a falta de uno de los llamados «al tiempo» en que la sucesión se abre, es decir, exige que alguno de los herederos llamados no llegue efectivamente a serlo, produciéndose una vacante de persona por ineficacia de alguno de los llamamientos sucesorios, la cual origina, a su vez, una porción vacante, que será la que acrezca (art. 982, párrafo 2.º, del C. c.). Esta tesis, que podemos llamar de interpretación literal de la cláusula en cuestión, es la mantenida por la parte actora y recurrida, acogida en ambas instancias.

En cambio, la parte demandada y recurrente sostuvo la aplicación con carácter general de la regla establecida específicamente en el testamento para el supuesto de premoriencia de uno de los herederos con respecto al causante, estimando que la testadora había instituido heredero de manera clara y rotunda a la unidad constituida por el matrimonio de S. y M.; que si bien es cierto que la previsión de acrecimiento la hizo para el caso de que falleciera uno de los cónyuges antes que la testadora, no se puede suponer que deseara lo contrario si el fallecimiento era posterior, pues otra interpretación llevaría al absurdo de suponer que la voluntad de la testadora cambiaba según la fecha del fallecimiento de los herederos, que se advierte claramente que la testadora tenía un gran cariño, no a uno de los cónyuges, sino a los dos, y a favor de los dos testa, y está claro que si hubiese fallecido el esposo antes que su hermana S., su voluntad no era que la hermana perdiese desde entonces la mitad de su herencia, ya que la instituye heredera con prelación a otros hermanos. En favor de esta segunda interpretación, que pudiera llamarse integral o finalista y de la que parece mostrarse partidario el Tribunal Supremo, siquiera carezca en este caso de trascendencia práctica, debido a la inexistencia de la compraventa, podría invocarse el párrafo 2.º del artículo 637 del Código civil por analogía.

Cuestiones no planteadas en el recurso son las de si es preciso el consentimiento de ambos herederos mientras los dos viviesen para disponer de los bienes, o basta el de uno, quien podría así disponer de su mitad respectiva.

C) ADOPCIÓN.

Derechos sucesorios del adoptado pactados en la escritura de adopción.— Artículo 177 (antiguo) del Código civil.

SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

Los cónyuges A. F. y M. M. adoptaron a la demandante, apelante y recurrida M. F. M., por escritura otorgada el 22 de septiembre de 1931, con obligación de instituir la heredera en el tercio de sus respectivos bienes. En la misma fecha y ante el mismo Notario los adoptantes otorgaron sendos testamentos, disponiendo la esposa de sus bienes así: Un tercio en pleno dominio a favor de la adoptada M. F. M.; el resto en usufructo a su marido A. F. y en nuda propiedad a la adoptada, la mitad del usufructo al fallecimiento de su esposo, a su hermano F., consolidando el pleno dominio de esta mitad al fallecimiento del usufructuario sustituto.

Don A. F. murió el 11 de diciembre de 1941, habiéndole premuerto el sustituto F. el 18 de mayo de 1935. Su viuda vendió el 8 de agosto de 1950 a M. L. G. M. su ajuar y ropas de casa en documento privado, y el 21 de marzo de 1951 vendió a la misma y a don A. M. N. todos sus demás bienes, consistentes en cuarenta y nueve fincas, en escritura pública.

La adoptada, una vez fallecida su adoptante doña M. M., demanda a los compradores pidiendo su participación hereditaria en la herencia de su madre adoptiva, que se declare la nulidad de la compraventa por simulación y

ser contraria al pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción y que se condene a los demandados a entregar a la actora dichos bienes con los frutos percibidos y debidos producir por las fincas desde la fecha de la muerte de M. M., rendición de cuentas, etc.

El señor Juez de Primera Instancia de Infiesto estimó en parte la demanda, declarando nulo y sin valor legal alguno por inexistente el documento privado de venta de ajuar y reconociendo a la adoptada derecho a la participación en la herencia de su madre adoptiva, desestimándola en cuanto a los demás pedimentos, esto es, manteniendo la validez de la compraventa otorgada en escritura pública.

Apelada esta sentencia por la adoptada, adhiriéndose la demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo declaró la nulidad e ineficacia jurídica de todos los contratos de compraventa por simulación en fraude del derecho de la actora en la sucesión de su madre adoptiva.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, fué rechazado por el Tribunal Supremo en sentencia, de la que fué ponente el Magistrado don Victoriano Juvenco Escribano Ruipérez, declarando en la parte pertinente de sus Considerandos: En el primero, que «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la obligación contraída por la adoptante, conforme al artículo 177 del Código civil en su redacción anterior a la reforma de 1958, cuando, como en el caso contemplado, no sólo se contrajo aquella obligación, sino que en cumplimiento de la misma la adoptante otorgó testamento instituyendo heredera en un tercio de sus bienes a la adoptada, se da un supuesto similar al de los herederos legítimos, estando la adoptada facultada para impugnar los actos o contratos que su causante haya podido otorgar con el designio de menguar o hacer ilusorio tal derecho, sin que sea óbice a ello la circunstancia de que además de haberla instituido heredera del tercio pactado en la escritura de adopción, extendiera la institución al resto de su herencia, pues el hecho de que en parte sea heredera voluntaria no altera la realidad de que por lo que afecta a la cuota pactada es heredera forzosa».

COMENTARIO

De esta sentencia parece desprenderse que el heredero voluntario no puede impugnar los actos simulados de su causante, lo que estimamos erróneo, porque: 1) la naturaleza de la simulación, sea absoluta o relativa, exige otorgar la máxima eficacia a la acción que la reprime; 2) no se ve por qué razón, en caso contrario, el legítimo puede ejercitar la acción en toda su extensión. Para ser congruente con esa posición, sólo debería poder ejercitar la acción de simulación en cuanto ésta perjudique a su legítima, consecuencia que no puede admitirse, pues implicaría reducir la acción de simulación a un medio protector de la legítima, siendo así que su fundamento es otro; la falta de una voluntad real (simulación absoluta), o la existencia de una voluntad real distinta de la manifestada (simulación relativa).

La equiparación del derecho sucesorio del adoptado antes de la reforma de 1958 a la de un legítimo no nos convence, ya que en cuanto a la cuota pactada no puede ser heredero forzoso precisamente porque hay pacto; otra cosa es que su derecho sea irrevocable. No es preciso acudir a analogías dudosas cuando basta contemplar la naturaleza contractual del derecho sucesorio del

adoptado para llegar a la conclusión de que el mismo no puede quedar sin efecto por la sola voluntad del adoptante.

D) ALBACEAZGO.

Su prórroga y extinción.—Carácter facultativo del párrafo 2.º del artículo 905. del Código civil.

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1966.

Esta sentencia, debida a la ponencia del Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara que «el párrafo 2.º del artículo 905 del Código civil no ordena imperativamente que si no se hubiese cumplido la voluntad del testador tenga el Juez forzosamente que conceder otra prórroga, sino que entra en las facultades del órgano jurisdiccional el estimar su procedencia o improcedencia y, consecuentemente, otorgarla o denegarla por el tiempo que fuere necesario, atendidas las expresadas circunstancias, usando al respecto la Ley la palabra *podrá*, que es término potestativo y no imperativo».

«Si el albacea contador no cumple su encargo en el tiempo que al efecto le fué concedido, el término queda expirado y caducado *ipso iure* el albaceazgo, aunque no haya terminado su gestión, pues así se deduce del artículo 910 y lo declara la sentencia de 6 de octubre de 1897, seguida por otras posteriores».

E) COLACIÓN. NO RESTITUCIÓN DEL EXCESO.—Artículos 636, 806, 813 y 1.035 del Código civil.

SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1966.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juvencio Escribano Ruipérez, falla no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

«Considerando: Que se acusa la violación de los artículos 636, 806 y 1.035 del Código civil, argumentándose que en la cláusula del testamento de la causante cuya nulidad se postuló en la demanda, en la que dispuso que "si lo colacionado por cada uno de sus citados hijos excediese de su haber, no vendrán obligados a reintegrar cantidad alguna a la masa hereditaria", es efectivamente nula, por ir contra los preceptos legales que cita en el motivo, pero sobre ello es de señalar que en tales supuestos las disposiciones testamentarias que meneguan la legítima de los herederos forzosos no son radicalmente nulas y sí solamente inoperantes, dando lugar, en su caso, a las reducciones procedentes en cuanto fueren inoficiosas o excesivas, tal cual se previene en los artículos del Código civil que se citan en el motivo y en el 813 del mismo Cuerpo legal, por cuyas razones procede la desestimación del motivo».

COMENTARIO

La expresada disposición testamentaria viene a establecer una mejora tácita a favor de los hijos de la testadora en cuanto el exceso de lo recibido quepa dentro de los tercios de mejora y de libre disposición, quedando siempre a salvo, naturalmente, el tercio de legítima estricta.

Las posibles confusiones surgen por la implicación de la colación (institución de derecho voluntario) con las legítimas (institución de derecho necesario), sobre cuya distinción se insiste en otro lugar (vid. apartado N).

Una de las cuestiones que se plantean en materia de colación es la relativa al alcance práctico de la misma, esto es, a la posible restitución o no del exceso. La solución es clara cuando, como en el presente caso, se prevé el supuesto en el testamento, habiendo de estarse a lo dispuesto en el mismo. Pero a falta de disposición del testador, se han mantenido las dos principales y opuestas opiniones siguientes:

1.ª El colacionante debe colacionar también el exceso, porque así lo da a entender el artículo 1.036 del Código civil, ya que precisamente la facultad de repudiar sirve para liberarse de la obligación de restituir el exceso (MANRESA, MORELL, OYUELOS, VALLET—cfr. pp. 593 a 602 de sus «Apuntes de Derecho sucesorio»—).

2.ª El colacionante no debe colacionar el exceso, pues el artículo 1.047 habla sólo de «tomar de menos» y no de restitución, la cual tiene sentido en el sistema de colación «in natura», pero no en el de colación por imputación que sigue el Código, y porque la restitución del exceso de lo donado respecto a la cuota hereditaria del colacionante es propio de las instituciones que se configuran en defensa de la legítima, y concretamente de la reducción por inoficiosidad, operando con el alcance que ésta tenga. Además, la colación no produce desplazamiento patrimonial alguno, ni hasta el límite de la cuota ni más allá de él (CALDERÓN NEIRA, ROCA SASTRE, LACRUZ BERDEJO, PUIG BRUTAU, DE LOS MOZOS).

F) CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Transmisibilidad del derecho hereditario sujeto a la misma.—Artículo 1.114 del Código civil.

SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1966.

En el primer Considerando de esta sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, se afirma que «la cláusula testamentaria en cuya virtud se dispone la transmisión de la nuda propiedad de una parte alicuota de la herencia a favor de determinadas personas, supeditando la consolidación del pleno dominio de la cuota correspondiente a cada una de ellas a la circunstancia de que sobreviva el usufructuario, por pasar en caso contrario los bienes a los descendientes del primero o acrecer a los demás, implica respecto de aquél un llamamiento sometido a condición resolutoria y no suspensiva, como se deduce de los términos en que está redactado el artículo 1.114

del Código civil y del contenido de la sentencia de esta Sala de 17 de marzo de 1934, por depender del cumplimiento de dicho evento la extinción o pérdida de la cualidad de heredero o legatario y no el nacimiento de tal derecho, y como ese tipo de vocaciones hereditarias no está comprendido en la sección IV del capítulo II, título III, libro III del expresado Cuerpo legal, que ni siquiera la menciona, ni se rige por el artículo 759, según indica su propio contexto, exclusivamente dedicado a las suspensivas, y como sin embargo es perfectamente válido y eficaz en nuestro Derecho positivo, que ni tácita ni expresamente lo prohíbe en su artículo 790, de ahí que su regulación haya de ajustarse a las normas que establecen los artículos 1.113 a 1.124 de la Ley civil sustantiva, por remitir a ella el artículo 791 en lo no prevenido en la sección en que éste se halla inserto, y no a las enunciadas en los artículos 759 y 799, cualquiera que sea el criterio que se adopte para solventar la pugna que pueda existir entre ambos preceptos, y siendo ello así es evidente que el instituido de ese modo desde el momento en que fallezca el testador (arts. 657 a 661) y en tanto la condición no se cumpla (arts. 1.114 y 1.123), es verdadero titular de la porción del caudal relicto o de los bienes específicos que, en su caso, le hayan sido asignados, y como tal goza de la facultad de cederlos, enajenarlos, gravarlos o realizar con relación a ellos cuantos actos o contratos estime convenientes, aun cuando por imperativo del principio general de Derecho *nemo dat quod non habet* los efectos de dichos negocios jurídicos se extinguen para los adquirentes con el advenimiento de la contingencia a que el derecho del transmitente se hallare sometido, conforme al aforismo *resoluto iuris dantis, resolvitur ius accipientis*».

G) COMUNIDAD HEREDITARIA.

a) *Su existencia no se presume.*—Artículo 1.068.

El Considerando tercero de la misma sentencia acabada de citar manifiesta que «si bien es cierto que conforme a la doctrina legal sustentada por esta Sala con referencia a dicho precepto—se refiere al artículo 1.068—el heredero no puede disponer de los bienes singulares de la herencia mientras no se lleve a efecto su partición (Ss. de 26-1-1906, 11-4-1953 y 6-5-1958), por no disfrutar hasta entonces más que de un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga, no es menos exacto que para que el mencionado artículo 1.068 entre en juego es imprescindible que de forma clara y evidente se acredite la previa existencia y subsistencia de la comunidad hereditaria a la que la partición deba poner fin, es decir, la de una verdadera *universitas* en la que respecto a una pluralidad de sujetos se agrupan diversas relaciones patrimoniales activas y pasivas que integran no sólo la totalidad de los bienes, derechos y acciones que proceden del *de cuius*, sino también las deudas y obligaciones que éste tuviere o hubiere impuesto en su testamento (art. 659), de las que solidariamente responderán sus componentes (art. 1.084), situación completamente distinta de la que representa una mera cotitularidad de legatarios sobre bienes concretos y determinados del caudal relicto, en la que el derecho sucesorio de cada uno de ellos lo es a título particular y no universal, y como en la hipótesis aquí controvertida se practicó la partición de la herencia sobre que versa el litigio en 12 de junio de 1917, y en ella se confeccionó una hijuela en la que se incluyeron las fincas afectadas por el legado establecido en la cláusula 13 del testamento

de 13 de abril de 1910, no puede ponerse en duda que en tal momento se extinguió la comunidad hereditaria de donde dichos bienes procedían, y que en cuanto a ellos se constituyó una nueva, sometida a las prescripciones del título III del libro II del Código civil, que no impide a los distintos partícipes enajenar la porción indivisa que les corresponda sobre cada uno de los inmuebles comprendidos en el legado, siempre que lo hagan, como aquí ha sucedido, con la limitación impuesta por la condición resolutoria a que se hallaba vinculado su derecho».

b) *Inaplicabilidad de los artículos 451 y 452 del Código civil en el supuesto del artículo 1.063 del mismo Cuerpo legal.*

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

Vid. apartado A).

«La situación jurídica que regula el artículo 1.063 es inconfundible con lo previsto en los artículos 451 y 452 del mismo texto legal, al concretarse aquél al uso y disfrute de determinados bienes que si bien se hallan en poder de un coheredero, no son poseídos por él en su propio nombre, sino en el de la comunidad sucesoria a que pertenece, razón por la cual y con independencia de la buena o mala fe de la posesión, deben ser integrados en la masa hereditaria, conforme a las prescripciones contenidas en dicho precepto, en el apotegma *fructus augent haereditatem*, e incluso en el artículo 1.049, relacionado con la colación de dichos bienes».

H) HEREDERO DE CONFIANZA.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1966.

Vid. apartado U).

I) INTERPRETACIÓN DE DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

a) *De cláusula en la que se establece un derecho de acrecer.*

b) *De cláusula testamentaria de residuo.*

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

Vid. apartado B).

«En el proceso interpretativo de las cláusulas testamentarias, cuando existe duda respecto de alguna de ellas es imposible detenerse en el puro y simple sentido literal si resulta que fué otra la voluntad del testador, debiendo observarse lo que aparezca como más conforme con la intención de éste según el tenor del mismo testamento, para todo lo cual es preciso conjugar dicho sentido literal con el lógico, el teleológico y el sistemático, al modo como dijeron, entre otras muchas, las sentencias de 4 de marzo de 1952, 4 de noviembre de 1961 y 3 de abril de 1965, a causa de que los problemas que surgen del acto testamentario nunca son producidos por un conflicto entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, entre el causante y sus sucesores, sino que, propiamente hablando, el conflicto se produce entre la voluntad real y su declaración o expresión—carente de naturaleza recepticia—en los términos literales que se discuten, cuyo autor no está, por otra parte, en condiciones de aclarar ni precisar y cuyo sentido aparente tiene por fuerza que dejar paso a aquella auténtica voluntad, siempre que pueda ser claramente apreciable, por impropias, inadecuadas e incluso contradictorias que parezcan las fórmulas empleadas, a la manera como proclamaron las sentencias de 6 de febrero de 1958, 4 de junio de 1959, 4 de noviembre de 1961 y 21 de febrero de 1962».

c) *De cláusula en la que, siendo aplicable la Compilación catalana, se ordena un legado en lugar de legítima para evitar la preterición.*

SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1966.

Vid. apartado N).

d) *De pacto sucesorio contenido en capitulaciones matrimoniales navarras.*

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.

Vid apartado siguiente K).

«La constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, declarativa de que la facultad de interpretar el sentido y verdadero alcance de las diversas cláusulas de los contratos, testamentos y donaciones corresponde a los Tribunales de instancia, la cual debe prevalecer sobre el particular criterio de los recurrentes, siempre que no sea equivocada o manifiestamente errónea, tal doctrina es aplicable a la interpretación de los llamamientos hereditarios hechos en capítulos matrimoniales, dado su doble carácter de contrato o donación *inter vivos* y disposición testamentaria—sentencia de 9 de marzo de 1923—...».

J) LEGÍTIMAS EN CATALUÑA.

Su fijación. Legado de alimentos en pago de legítima a ascendientes.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1966.

Vid apartado N).

K) PACTO SUCESORIO.

a) *Contenido en la escritura de adopción.*

SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1966.

Vid. apartado C).

b) *Contenido en capitulaciones matrimoniales en Navarra.*

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

En 27 de mayo de 1929, con ocasión del matrimonio de doña M. A. I. y don A. O. G., de vecindad civil navarra, se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales en la que el padre de aquélla y la madre de éste les hicieron sendas donaciones de bienes inmuebles estipulándose en ella que «para el caso de que el futuro matrimonio de doña M. y de don A. se disolviese sin sucesión o que los hijos muriesen antes de la edad de poder testar, por fallecimiento de doña M., los inmuebles donados a ésta revestirán al donante don J., y en defecto de éste a los más próximos parientes de la donataria, y si la disolución fuere por fallecimiento de don A. los inmuebles donados a éste pasarán en pleno dominio a doña F., y en defecto de ésta a sus hermanos o descendientes, sin perjuicio todo del usufructo foral del cónyuge sobreviviente».

Seis meses después de celebrado el matrimonio muere el marido donatario, y en cumplimiento de la cláusula transcrita, los inmuebles a él donados revirtieron a su madre donante, doña F.

El 27 de octubre de 1950 muere el padre de doña M., y ésta, que carecía de descendencia de su matrimonio con A., contrae segundas nupcias el 30 de abril de 1954—contando cincuenta y ocho años—con uno de los demandados, E. B. A., otorgando ambos cónyuges capitulaciones matrimoniales en las que contiene la siguiente cláusula: «Es pacto entre ambos contrayentes que en el supuesto de que el proyectado matrimonio se disuelva sin descendencia, fallecido cualquiera de los esposos, heredará el sobreviviente todo el patrimonio familiar del fallecido como único y universal heredero, sin limitación alguna, apartando a cuantas personas alegaren derechos legítimos con la foral del

Reino de cinco sueldos febles o carlines por muebles y una robada en los montes comunes por inmuebles».

Surgidas poco después desavenencias entre los cónyuges, el 22 de diciembre de 1954 otorgaron escritura modificando la anterior, en la que pactaron: «Los comparecientes, por circunstancias que no son del caso, viven separados de hecho, por lo que han convenido formalizar esta escritura en los términos siguientes: Primero: Pactar que, fallecido cualquiera de los esposos estando subsistente el hecho de la separación, no se aplicará el pacto sucesorio antes expresado, sino que cada esposo podrá disponer, tanto en vida como por testamento, de todos sus bienes con absoluta libertad, pues incluso renuncian al usufructo foral de viudedad que corresponde al sobreviviente... Tercero: Se presumirá que ambos esposos viven separados de hecho siempre que no hagan constar la reanudación de su vida conyugal por medio de acta notarial, desde cuya fecha perderá toda validez el presente contrato y recobrará su valor el de 30 de abril pasado, otorgado ante mí. Cuarto: Don E. B. recibe en este acto de manos de su esposa la cantidad de setenta y cinco mil pesetas como parte de la presente transacción, de cuya cantidad le da carta de pago y queda obligado a su reintegro en caso de una reconciliación».

El 20 de febrero de 1959, y sin que conste haya habido reconciliación entre los esposos ni se haya hecho constar la reanudación de la vida conyugal por acta notarial, muere doña M., dejando como más próximos parientes a catorce primos hermanos, cinco por línea materna y nueve por línea paterna.

El viudo, don E. B. A., otorga escritura de aceptación de herencia en la que se adjudica todos los bienes de su mujer y seguidamente vende algunos de ellos al otro demandado, don J. A. B., a pesar del previo requerimiento notarial que le hizo uno de los primos de su mujer, don D., actor, apelado y recurrido, para que se abstuviera de realizar actos de disposición a títulos de dueño; por lo que éste, por sí y en representación de la comunidad hereditaria, interpuso demanda en la que suplicó se dictara sentencia declarando: Primero: La validez del pacto sucesorio otorgado en 1929. Segundo: Que por haberse cumplido las condiciones de disolución del matrimonio de doña M. y don A. sin hijos y muerte del donante, los llamados a suceder en los bienes inmuebles donados a aquélla son sus más próximos parientes. Tercero: Nulidad de la cláusula tercera de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 30 de abril de 1954 entre doña M. y don E. o subsidiariamente declararla revocada por el contrato otorgado el 22 de diciembre de 1954 Cuarto: Nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada por don E. Quinto: Nulidad de la compraventa citada. Sexto: Nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad Séptimo: Declarar que don E. carece del derecho de usufructo foral. Octavo: Condenar a don E. y a don J. a estar y pasar por las anteriores declaraciones »

El señor Juez del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Pamplona, dictó sentencia—confirmada por la de la Audiencia en todas sus partes—por la que estimando la demanda declaró: Primero: Que es válido y subsistente el pacto sucesorio que con respecto a los bienes inmuebles donados a doña M. A. I. por su padre, don J. A. G., con ocasión de su matrimonio con don A. O. G. se contiene en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada en 27 de mayo de 1929. Segundo: Que por haberse cumplido las condiciones señaladas en dicha cláusula—disolución del matrimonio de doña M. y don A. sin hijos y muerte del donante don J.—los llamados a suceder en los bienes inmuebles que

le fueron donados a doña M. son los más próximos parientes de ésta. Tercero: Que es nula la cláusula tercera de la escritura de 30 de abril de 1954. Cuarto: Que es nula la escritura de aceptación de herencia otorgada por don E. Quinto: Nulidad de las inscripciones registrales. Sexto: Que don E. carece del usufructo viudal. Séptimo: Nulidad del contrato de compraventa...

El demandado, don E. B. A., interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Victoriano Juvencio Escribano Ruipérez, en base a los siguientes argumentos:

1.º Que de los términos del pacto transcrito «se infiere que en el mismo y para la eventualidad prevista se convino no solamente la reversión de los bienes al donante, sino también un llamamiento sucesorio en favor de los más próximos parientes de la donataria».

2.º Que frente a la argumentación del recurrente de que el llamamiento hereditario se había hecho para la única y sola eventualidad de que el matrimonio contraído por la donataria con don A. se hubiera disuelto por fallecimiento de aquélla, pero no en el caso de que se disolviera, como se disolvió, por fallecimiento del marido, debe prevalecer la del Tribunal de Instancia, siempre que no se pruebe sea equivocada o manifiestamente errónea.

COMENTARIO

Según la tesis del recurrente, lo que condicionaba el llamamiento de los parientes de doña M. a los bienes donados a ésta era no el fallecimiento de la esposa sin descendencia de su matrimonio con don A., sino el hecho de que el matrimonio entre ambos se disolviera por fallecimiento de la mujer y sin haber procreado hijos o con hijos que no llegaron a la edad de poder testar. Y si nos fijamos en la circunstancia de que a la muerte de don A. revertieron a la madre de éste los bienes que le había donado, pero no tuvo lugar la reversión de los bienes donados a doña M. por su padre a favor de éste parece que debe acogerse esa interpretación y concluir que como la fallecida no fue doña M., ésta no se encontraba ya vinculada por tal pacto al no darse el presupuesto del mismo.

Pero si en vez de esta interpretación literal se atiende a averiguar la verdadera intención de los contratantes al concertar dicha cláusula, parece que éstos pretendieron no sólo determinar el destino sucesivo de los bienes donados al cónyuge premuerto, sino también el ulterior destino de los bienes donados al cónyuge superviviente, siempre y cuando se cumpliera la condición de que el matrimonio se disolviera sin hijos o con hijos muertos antes de poder testar. Se trataría de un supuesto análogo a la sustitución «si sine liberis decesserit», en el que todo hecho que no sea la supervivencia del hijo con facultad de testar mantiene los bienes sujetos a la trayectoria predeterminada. Esta analogía induce a contestar negativamente la cuestión de si la donataria podía o no disponer de los bienes, tema que no se aborda en el pleito. La dicción literal del pacto, «los inmuebles donados a ésta revertirán» y no «los inmuebles donados a ésta que quedaren a su fallecimiento revertirán», inclina asimismo a la negativa.

La sentencia diferencia acertadamente la reversión a favor del donante del llamamiento sucesorio a favor de los más próximos parientes de la donataria,

en el que, pese a la incorrecta expresión del artículo 641 del Código civil, no puede haber reversión, pues nunca tuvieron en su poder los bienes donados, sino que existe una estipulación sobre el destino eventual y futuro de unos bienes que puede envolver un llamamiento hereditario si la transmisión se hace depender de la muerte del donatario, razón por la cual el propio artículo 641 declara aplicables las limitaciones de las sustituciones fideicomisarias.

L) PARTICIÓN HEREDITARIA.

a) *Omisión de objetos o valores. Artículo 1.079 del Código civil.*

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.

Omitido en el inventario la participación que el causante tenía en una Sociedad mercantil colectiva irregular, constituida en documento privado para la explotación de una línea de autobuses, procede completar y adicionar la partición «incluyendo en su inventario la citada participación por el valor que tuviere en el momento del fallecimiento» de dicho causante.

Frente al criterio del señor Juez de Primera Instancia de Gandía, quien estimó debía tenerse en cuenta el *valor actual* de la citada participación, la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia que, por lo demás, confirmó la sentencia del Juzgado, entendió que dicho valor será el que la participación tenía en el momento de la muerte del causante. Interpuesto recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón casa de oficio la sentencia recurrida sin entrar en el fondo del asunto apreciando la excepción de falta de legitimación pasiva; y en la segunda sentencia declara que procede completar la partición, incluyendo en su inventario la citada participación social por el valor que tuviera en el momento de la muerte del causante.

NOTA.—La valoración de la participación social no fue motivo del recurso, sino que éste se centró sobre la indivisibilidad de la participación social que correspondía al causante.

b) RESCISIÓN POR LESIÓN.

Artículo 1.074 del Código civil.

SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1966.

En esta sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado don Tomás Ogayar y Ayllón, se contiene la siguiente doctrina:

«Considerando: Que la sentencia impugnada declara, por la apreciación conjunta de la prueba realizada, que la partición cuya rescisión insta la sindicatura recurrente no fue simulada y está compensada la diferencia de adjudicaciones, por lo que no estima la lesión en que se basa la acción ejercitada ni que sea simulada la venta de la concesión de aguas potables, así como la im-

procedencia del saneamiento por evicción, y contra tales declaraciones se interpone el presente recurso basado en siete motivos, en los que se estudian los problemas de simulación y lesión planteados en la instancia, y como es básico en casación el principio de la inmutabilidad del hecho probado, debe examinarse con preferencia el motivo que lo ataca, que es el quinto, en el que, por el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, porque en la escritura de partición que se invoca como documento auténtico sólo se alude a la compensación de adjudicaciones, pero no la establece, motivo que no puede prosperar porque: 1.º Una jurisprudencia reiterada establece que los documentos sobre cuyo alcance o interpretación se ha discutido en el juicio y resuelto en la sentencia carecen de autenticidad a efectos de casación, por lo que discutiéndose si en la partición impugnada hubo o no lesión, las manifestaciones que en ella hicieron las partes no hacen prueba por sí solas, 2.º Al implicar el error de hecho una contradicción evidente entre el hecho narrado en el documento y el apreciado por [el juzgador] *a quo*, para que tal contradicción pueda estimarse es necesario que dicho documento obre copiado en su integridad en el apuntamiento y como tal copia no existe, esta omisión impide que esta Sala pueda formar juicio exacto del mismo; y 3.º La Sala sentenciadora aprecia la ausencia de simulación, no sólo por lo consignado en la escritura de partición, sino por el conjunto de la prueba practicada, lo que impide que este conjunto pueda desarticularse por el resultado aislado de uno de los elementos integrantes del juicio.»

«Considerando: Que el rigor formal de la casación exige que se exprese por el recurrente el concepto en que estima cometida la infracción que denuncia, por ser este concepto el que señala el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse la actividad del Tribunal de casación, requisito exigido por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como el modo como la Ley fue infringida se señala por tres vías distintas en el número 1.º del artículo 1.692, de gran diferencia esencial por su contenido y alcance, según tiene reiteradamente dicho esta Sala, no cabe la posibilidad de su invocación conjunta, pues al ser dichos conceptos auténticos, no puede un mismo precepto ser infringido a la vez en más de una de las formas legales, faltándose si así se invocan a la precisión y claridad exigidas, defecto en que inciden los motivos tercero—al citar como concepto la interpretación errónea y la aplicación indebida del artículo 1.058 del Código civil—y sexto—denunciador de violación e interpretación errónea del artículo 1.214 del Código civil—, los que, al contener este defecto formal, son inadmisibles, a tenor de la causa 4.ª del artículo 1.729, y en este trámite se convierten en causa de desestimación.»

«Considerando: Que en igual defecto incurren el motivo primero, en el que se denuncia la violación y falta de aplicación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, porque si bien la jurisprudencia tiene admitido como concepto autónomo la falta de aplicación declarando que la violación de un precepto puede hacerse positivamente—vulnerando el alcance de la norma—o negativamente—al no aplicarlo cuando no es procedente—, no es posible que a la vez se cometan ambas infracciones, por ser opuestas, pero es que, con independencia de este grave defecto formal, no respeta los hechos que el juzgador *a quo* sienta, sino que analiza y examina las pruebas aportadas por vía inadecuada, y en todo caso la de presunciones es subsidiaria y no puede imponerse, dado que el juzgador sólo debe acudir a ellas cuando estime que el hecho dudoso no tiene demostración eficaz por los demás medios probatorios, razones que hacen perecer este motivo»

«Considerando: Que siendo vinculantes para esta Sala los hechos que el juzgador *a quo* fija como premisa de su fallo, así como para el recurrente si no los impugna en forma adecuada, tal principio, esencial y básico en casación, no se observa en los motivos 2.º, 4.º y 7.º, pues en el 2.º se parte de que está demostrada la lesión, en contra de lo que afirma la sentencia combatida al sostener que el conjunto de la prueba acredita que las adjudicaciones de los interesados en la partición fueron compensadas, por lo que tal lesión no existió; en el 4.º se razona, consecuencia del motivo 3.º ya desestimado, que la Sindicatura es la única que puede pedir la rescisión por lesión, con olvido de que la sentencia recurrida no pone en duda la personalidad de aquélla y sí que no puede accionar por no existir lesión al hacer la partición; y en el 7.º, al sostener que hay violación del artículo 882 del Código de Comercio, hace supuesto de la cuestión, pues tal precepto exige que haya simulación en fraude de acreedores, lo que no se estima probado, razones que hacen perecer estos motivos, lo que supone la total desestimación del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal».

c) *Partición hecha por los herederos. Naturaleza contractual. Amplitud de sus facultades. Pago de la cuota viudal asignando bienes en plena propiedad. Rescisión por lesión.*—Artículos 1.058 y 1.074 del Código civil.

SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1966.

Desestima, en ponencia del Magistrado don Victoriano Juvencio Escribano Ruipérez, el recurso de la viuda del causante por los siguientes argumentos:

«Considerando: Que la naturaleza contractual de la partición de herencia hecha o aprobada por los llamados a ésta impone la aplicación a la misma de los preceptos sustantivos que determinan la existencia, validez y eficacia de los negocios jurídicos y consiguientemente de los referentes a su inexistencia, nulidad y rescisión—sentencia de 9 de marzo de 1951—, de lo cual se sigue que las particiones de la clase expresada en las que hayan concurrido los esenciales requisitos que exige el artículo 1.261 del Código civil para la existencia de los contratos, podrán ser anuladas conforme al artículo 1.265 si el consentimiento prestado lo ha sido por error, violencia, intimidación o dolo, y rescindidas no solamente por las causas legalmente previstas para las obligaciones en general—artículos 1.073 y 1.291 del Código civil—, sino también por la especial de lesión en más de la cuarta parte, comprendida en el artículo 1.074 del mismo Cuerpo legal, pues carente nuestro Código civil de todo precepto de carácter general relativo a la nulidad de las [particiones] son aplicables en esta materia las normas generales del Derecho sobre invalidez de los negocios jurídicos, y por ende lo relativo a la ausencia o ilícito de la causa—Ss. de 6 de noviembre de 1934 y 2 de noviembre de 1957—».

«Considerando: Que tanto la doctrina legal como la científica han estimado que el artículo 1.058 del Código civil contiene una amplísima facultad para los herederos mayores de edad que por sí mismos efectúan la partición de los bienes que constituyen la herencia, pues tal operación mediante el concierto de sus voluntades tiene carácter de contrato, en el cual, por virtud de lo que previene el artículo 1.255 del Código civil, pueden establecer válidamente quienes las otorgan cuantos pactos, cesiones o transacciones tengan por conveniente

para la valoración, liquidación y distribución del caudal hereditario, incluso la adjudicación al cónyuge superviviente en pago de su cuota legal usufructuario de un capital en efectivo, tal como previene el artículo 838 del Código civil, cuando exista acuerdo mutuo, creándose para todos los otorgantes las consiguientes obligaciones derivadas de la unánime conformidad prestada al acto complejo que entraña la partición hereditaria».

«Considerando: Que la ilicitud de la causa viene definida en el artículo 1.275 del Código civil por la nota de oposición a las leyes o a la moral, cuyo concepto genérico se desenvuelve en la doctrina jurisprudencial con gran amplitud y flexibilidad, aplicándose no solamente en los supuestos de convenciones ilícitas por razón de su objeto o de su motivo en los casos en que este último debe ser tomado en consideración por estar integrado en el contenido del contrato, sino también a múltiples negocios jurídicos que no encerrando en sí ningún elemento de manifiesta antijuridicidad son ilícitos por el matiz in-moral o de fraude de la Ley que reviste la operación en su conjunto—Ss. de 14 de diciembre de 1940, 2 de abril de 1941, 12 de abril de 1946 y 30 de octubre de 1955—, en la primera de las cuales destaca como elemento fundamental y característico el ataque o lesión de un interés general de orden jurídico o moral; pero como quiera que en los actos documentados de partición hereditaria cuya nulidad radical o absoluta se propugnó en la demanda, tal cual fácticamente se reflejan en el fallo impugnado, no concurre ninguna circunstancia susceptible de ser encuadrada dentro del concepto genérico de "oposición a las leyes o a la moral", no puede prosperar el motivo 1.º del recurso, que con amparo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acusa la violación del artículo 1.275 del Código civil y doctrina contenida en diversas sentencias de esta Sala, que cita, pues centrado el problema litigioso en una supuesta lesión patrimonial padecida por la recurrente, dada la desproporción que, a juicio de la misma, existe entre el verdadero valor del caudal hereditario y la cuota a ella asignada en plena propiedad en pago del usufructo vitalicio que libremente convino y aceptó, ello hubiera podido hallar su correctivo específico mediante el ejercicio de la acción rescisoria prevista en el artículo 1.074 del Código civil, pero sin posibilidad de que sea calificado como acto opuesto a la ley o a la moral».

«Considerando: Que en el segundo de los motivos por la misma vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se denuncia la interpretación errónea de los artículos 1.058 y 1.255 del Código civil, así como de la doctrina legal contenida en diversas sentencias de esta Sala, que cita, y en su desarrollo viénesse a reproducir en lo esencial las alegaciones contenidas en el ordinal primero del recurso, si bien contempla el problema en un aspecto diferente, aunque similar; y sobre ello es de tener en cuenta que el principio de autonomía de la voluntad predominante en materia de obligaciones viene limitado por adecuadas normas de matiz imperativo y carácter ético, en evitación de que el derecho contractual sea puesto al servicio de fines inmorales o antisociales, conceptos recogidos en el artículo 1.258 del Código civil, prohibitivo de todo aquello que sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público; mas como quiera que los razonamientos expuestos en el precedente Considerando, desestimatorio del primero de los motivos del recurso, son plenamente aplicables al presente, procede también por idénticos fundamentos desestimar este segundo motivo».

Considerando: Que en el ordinal tercero por vía del número 7.º del artícu-

lo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se acusa error de derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción del artículo 632 de la Ley de ritos, motivo que no puede prosperar porque, aparte de que el mencionado precepto es de carácter adjetivo e impropio de un recurso de casación por infracción de ley, contiene una facultad cuyo uso es potestativo de los Jueces y Tribunales de instancia y de su privativa apreciación, solamente sometido a las reglas de la sana crítica, siendo de destacar, por otra parte, que el Tribunal de instancia no se apartó, aunque pudo hacerlo, del dictamen pericial, pues lo reflejó en uno de los Considerandos.. ».

COMENTARIO

No parece que la manifestación contenida en el segundo Considerando —«cuando exista acuerdo mutuo»—deba entenderse como expresión de que sólo cabe la conmutación del usufructo viudal en caso de plena conformidad entre los herederos y el viudo—según la tesis de MEZQUITA DEL CACHO—, pues no es este el tema del recurso, en el que hay que partir de la conformidad manifestada por el viudo al hecho de la conmutación. Sin embargo, la cita del antiguo artículo 838 del Código civil permite descubrir una actitud más radical que la mantenida por sentencias anteriores—v. gr., 20 de diciembre de 1911, 28 de marzo de 1942, 11 de octubre de 1943, 13 de abril de 1956—, que es conveniente señalar.

d) La partición realizada por los herederos capaces y mayores de edad, ¿puede realizarse en cualquier forma? ¿Puede comprender sólo parte de los bienes relictos?

A ambas preguntas responde afirmativamente la sentencia de 21 de mayo de 1966, de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, no dando lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de don A. A. M. contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que confirmó en todas sus partes la del Juzgado de Primera Instancia de Utrera, en base a los siguientes razonamientos:

«Considerando: Que en el primer motivo del recurso... se denuncia la violación del artículo 659 del Código civil, a cuyo tenor "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte", al entender que la división efectuada por todos los actuales litigantes y el resto de sus hermanos al fallecimiento de la madre de todos ellos, afectó sólo a uno de los bienes que integraban el haber hereditario de la misma, olvidando que, según se declaró probado por el Tribunal *a quo*, y no ha sido impugnado en casación..., lo dividido, que era una parcela de tierra, constituía el *objeto principal* de la herencia, con respecto del cual los interesados estimaron necesario efectuar la operación particional en la forma escriturada elegida, que no puede quedar sin valor por el simple hecho de que no comprende todo el caudal relictos, en cuanto que el precepto legal invocado como infringido no impone dicha obligación, sino que es perfectamente compatible con la partición del resto por otro procedimiento o su adjudicación material o incluso la continuidad, con relación al mismo, de una proindivisión no hereditaria, permitida por el sistema de comunidad de bienes regulado en nuestra le-

gislación por los artículos 392 y siguientes del Código civil, todo lo cual obliga a la desestimación del referido motivo».

«Considerando: Que de acuerdo con la constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala—ya iniciada en las sentencias de 28 de febrero de 1913 y 13 de marzo de 1928—, la aludida validez intrínseca de los actos jurídicos similares al que es objeto del presente recurso tampoco puede quedar enervada por la falta de constancia en una forma determinada, especialmente la escritura pública, como consecuencia de la vigencia del principio espiritualista que, con profunda raigambre en nuestro Derecho histórico, consagra de modo positivo y con carácter general para toda clase de negocios jurídicos el artículo 1.278 del primer Código sustantivo español, salvo en aquellos casos en que de manera específica y excepcional se exija el cumplimiento de una forma expresa necesaria para el complemento sustancial del acto en sí, sin que dentro de esta excepción puedan considerarse incluidos todos los supuestos enumerados en el artículo 1.280, precisamente porque este precepto es necesario ponerlo en relación con el artículo 1.279 también del Código civil, donde el legislador se limita a conceder a las partes intervinientes la *facultad* de compelerse recíprocamente a llenar aquella forma a partir del momento en que hubiesen intervenido el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su *validez*, es decir, a partir del instante en que dicho contrato sea ya válido en Derecho, teniendo eficacia propia al margen de la forma que no le integra sustancialmente, razones todas ellas que fuerzan a la desestimación del motivo del recurso en que se alega interpretación errónea del artículo 1.068 del Código civil, puesto que, según todo lo declarado anteriormente, la partición realizada era completamente legal con independencia de su constancia en escritura pública».

e) *¿Puede ser convalidada la partición realizada «inter vivos» por la testadora y algunos de los interesados con base en un testamento luego revocado?*

Semejante posibilidad resulta de la sentencia de 4 de marzo de 1966, según la cual no puede ser impugnada la partición realizada *inter vivos* por la testadora y algunos de los interesados con base en un testamento revocado por otro posterior, cuando los recurrentes interesados en la misma que inicialmente no la habían suscrito prestaron su consentimiento ratificándola expresamente con posterioridad al fallecimiento de la causante.

Los HECHOS son, en síntesis, los siguientes: M. M., C. F. V. y los hijos de V. F. V., premuerta a su padre, hicieron una partición conjunta de las herencias de los padres de las tres nombradas. A su vez, M. M., una vez muerto su marido, practicó la partición de sus bienes en un cuaderno aprobado por ella y algunos de sus descendientes mediante documento privado en base a su testamento—de M. M.—, otorgado el 3 de mayo de 1900, siendo así que la misma falleció el 26 de abril de 1907 bajo testamento abierto, otorgado el 8 de noviembre de 1903, en el que se contiene la siguiente cláusula: «Ordena que en el supuesto de que sus citados hijos y nietos no aprueban la partija realizada en vida de la testadora, llevada a cabo por el Perito de P. ., don C. P. C, en este inesperado caso, entiéndase legado a favor de su tan citado hijo el M. G. todo el tercio de libre disposición de su herencia, con señalamiento a cuenta de la renta que se hizo mérito, además, mejorando en el otro tercio de la mejora, distribuyéndose el resto de todo su haber entre sus hijos y nietos con arreglo a Derecho, esto es, si la M. J. y nietos mencionados no aceptan dicha partija».

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, desestima el recurso:

«Considerando: Que el tercero de los motivos del recurso, formulado por el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, alega la violación del artículo 1.058 del Código civil y de la doctrina legal que cita, respecto a la necesidad del simultáneo consentimiento de los herederos para la liquidación de la sociedad legal de gananciales y para la ejecución de cualquier fase de las operaciones particionales; mas al razonar así se parte de un hecho contrario del que ha sido afirmado por el Tribunal *a quo*, que no ha sido controvertido adecuadamente: el de la existencia del consentimiento, que deduce de diversos actos jurídicos, incluso del resultado que ofrece la prueba testifical acreditativa de que los interesados convalidaron y reconocieron todas las operaciones particionales que los recurrentes intentan desconocer, y al deber partirse de dichas afirmaciones imbatidas, debe perecer el motivo que se apoya en su desconocimiento».

«Considerando: Que el cuarto de los motivos del recurso, .., alega la violación de los artículos 739 y 658 del Código civil, y está dirigido contra la eficacia de determinada partición por no haber sido practicada con arreglo al testamento en vigor, sino según otro que había sido dejado sin valor, pero por idénticos fundamentos a los sentados respecto al anterior motivo, al reconocer la sentencia como hecho la aprobación y expresa aquiescencia a esta partición por los ahora impugnantes, sin ser atacado por la vía adecuada, no cabe desconocerla, por lo que debe perecer el motivo que se examina».

«Considerando: Que el quinto de los motivos .. acepta una doble dirección impugnatoria: de una parte, por la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, dirigido a la interpretación de la partición, y en segundo lugar, por la violación del artículo 1.058 del Código civil y de la doctrina legal citada sobre la ya aludida falta del simultáneo consentimiento de los que son afectados por dicha partición, debiendo oponer al primer concepto que es cuestión distinta la interpretación de la partición, es decir, el sentido y alcance de las estipulaciones o cláusulas de la misma, como acto contractual de su invalidez, por apreciarse la inexistencia o la anulabilidad del acto jurídico, lo que excluye la cuestión de su interpretación, razones por las que a dichos efectos no pueden tener valor las reglas interpretativas que se invocan, y en segundo término, que la afirmación fáctica ya señalada sobre la aquiescencia explícita de los afectados por dicha partición, como hecho, sólo cabía ser desvirtuada por el empleo del adecuado cauce procesal del número 7.º del citado precepto legal, donde por la cita de documentos auténticos, no valorados en la sentencia, o por la equivocación cometida al no darse el debido valor a la prueba que imponga una norma legal que hubiera sido desconocida, se diera lugar a este error, y no cabe, como a través de este motivo se pretende, hacer un nuevo examen y valoración de las pruebas y de los actos y omisiones de los litigantes para interpretarlos en el sentido que el recurrente pretende. ».

COMENTARIO

Aun sin entrar la sentencia en el fondo de este asunto, se me ocurre la siguiente pregunta: La revocación del testamento por otro posterior, ¿arrastra

necesariamente la ineficacia de la partición «inter vivos» practicada con base en el testamento revocado? Parece que pudiera distinguirse:

A) Si el nuevo testamento contiene referencia a la partición, de tal modo que explícita o implícitamente pueda entenderse una voluntad del causante favorable a su subsistencia, la partición queda a salvo. Este parece ser el supuesto del caso de autos, pues mediante la cláusula testamentaria transcrita la testadora pretende evitar que la partición sea impugnada por no haber concurrido a su aprobación algunos de los interesados, a quienes, caso de impugnarla, deja su legítima estricta. Se ve, pues, clara una voluntad de la testadora favorable a la subsistencia de la partición, aunque no lo diga así e presa y claramente.

B) Si el nuevo testamento no se refiere en absoluto a la partición «inter vivos», practicada con base en un testamento revocado, cabe.

a) Que en el nuevo testamento se partan los bienes o que, con base en el mismo, se practique nueva partición «inter vivos». En ambos casos parece claro que la anterior partición queda sin efecto, si bien pudieran suscitarse problemas derivados de la entrega de bienes si se hizo.

b) Que no haya nueva partición. En este caso, ¿puede alguno de los interesados invocar la subsistencia de la partición practicada con base en el testamento revocado?

Está claro que consintiendo todos los interesados puedan dar por válida y eficaz la partición primitiva. Ahora bien, con independencia de este consentimiento unánime, ¿subsiste ésta? A mi juicio, pudiera responderse afirmativamente en tanto que el acto particional no resulte contradicho por el acto dispositivo contenido del testamento, y ello sin necesidad de sostener las tesis extremas de DE BUEN, ROCA SASTRE y MARÍN LÁZARO en cuanto a la no necesidad del testamento para su validez. En tanto la partición no se oponga a lo dispuesto en el testamento posterior, su eficacia puede y debe ser mantenida, ya que no cabe revocación automática (art. 739), porque la partición no forma parte del contenido del testamento revocado, aunque sea su complemento; el artículo 1.056 permite que la partición sea anterior o posterior al testamento, y en fin, si es posible la existencia de varios testamentos (v. gr., arts. 672, 739; Res. de 12 de diciembre de 1912 y 18 de diciembre de 1951), la subsistencia del anterior testamento compatible con el posterior por «disparidad del ámbito de extensión objetiva» (DÍEZ PICAZO) o por «voluntad conservadora tácita» (PASTOR RIDRUEJO), que normalmente existe en los testamentos interpretativos, particionales y modificativos, con mayor razón subsistirá la partición «inter vivos» anterior. Por último, puede añadirse que esta solución puede mantenerse con mayor fuerza si se opina que la partición «inter vivos» es acto dispositivo y es la que mejor conviene a la naturaleza de la revocación, evitando dar soluciones distintas al mismo problema, según que la revocación sea real o expresa.

Este problema no lo hemos visto tratado expresamente en la obra de PASTOR RIDRUEJO («La revocación del testamento», edit. Nauta, 1964), donde, en cambio, se estudia el supuesto inverso, la por él llamada «revocación informal del testamento por acto particional realizado entre vivos» (págs. 84 y 85), recogiendo las opiniones de MUCIUS SCAEVOLA (afirmativa sin restricciones), SÁN-

CHEZ ROMÁN y VALVERDE (*afirmativa, siempre que la partición incompatible con un testamento anterior se contenga, a su vez, en testamento*) y compartiendo la opinión de LACRUZ BERDEJO, para quien la clave está en la consideración de la partición como negocio incompleto, anejo y complementario al testamento («Derecho de sucesiones», 1961, pág. 495).

f) *Imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición.*

SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1966.

«Considerando: Que para que la imprescriptibilidad de las acciones *communi dividundo* y *familiae erciscundae*, que establece el artículo 1.965 del Código civil, no proyecte sus efectos frente a bienes concretos y determinados procedentes de una herencia, es menester que los mismos se hayan poseído por alguno de los coherederos o por un extraño, en nombre propio, ininterrumpidamente y durante el lapso de tiempo que para la usucapación extraordinaria se señala en el artículo 1.959 de dicha Ley sustantiva, circunstancias todas ellas que no concurren cuando después del fallecimiento del causante continuaron perteneciendo al caudal relicto, sin que sobre ellos dejara de subsistir la comunidad hereditaria (sentencias de 22 de junio de 1904, 24 de noviembre de 1906, 6 de junio de 1917, 8 de junio de 1943, 8 de junio de 1945, 21 de marzo de 1955 y 10 de octubre de 1958), porque en tal evento, si por cualquier causa, fuere o no intencionada, se omitió la inclusión de alguno de dichos bienes en el oportuno cuaderno particional al efecto confeccionado, deberá éste complementarse o adicionarse en la forma prevista en el artículo 1.079 del expresado Texto legal (sentencias de 2 de julio de 1908, 17 de junio de 1915, 28 de mayo de 1943 y 13 de octubre de 1960), y cómo, según la resolución impugnada, esto es lo sucedido en el supuesto que aquí se debate, y como además la posesión de los bienes litigiosos por parte del común de que forman parte los contendientes, se deduce, salvo prueba en contrario aquí irrelevante por no practicada (sentencia de 27 de febrero de 1963), de las presunciones establecidas en los artículos 440, 450 y 661 del referido Código, de ahí que, al haberse pronunciado el juzgador de instancia en el sentido acabado de exponer, no haya incurrido en las vulneraciones señaladas en los motivos 2.º y 3.º del recurso..., y que los mismos, así como la totalidad del recurso, hayan de ser rechazados».

g) *Partición realizada por el testador.—Artículo 1.056 del Código civil.*

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1966.

«Considerando: Que el Tribunal *a quo*, en la sentencia que se impugna en este recurso, declara que la facultad concedida a los padres por el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil, de poder disponer en su testamento la conservación indivisa de una explotación agrícola, industrial o fabril, mandando que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos, sólo puede utilizarla cuando tal unidad de explotación sea de la propiedad del testador, pero no en los supuestos de que tal bien tenga carácter ganancial; y calificando de radicalmente nulos los actos testamentarios-particionales que en sus respectivos tes-

tamentos llevaron a efectos los causantes don C. S. S., fallecido el día 24 de septiembre de 1927, y su esposa doña M. V. G., fallecida en 24 de abril de 1944, declara imprescriptible la acción encaminada a obtener la nulidad de tales disposiciones, y aunque en el motivo 2.º del recurso, ..., se acusa la infracción del artículo 1.964 del Código civil por su no aplicación, razonando que la acción de nulidad de un testamento es de naturaleza personal y prescribe a los quince años; al acaecer como acaece que no ha sido impugnada la calificación que de "radicalmente nulos" se hace por la Sala de instancia respecto de los actos dispositivos mencionados, el motivo carece de la suficiente base de sustentación para que pueda prosperar, pues incluso en su desarrollo se argumenta sobre la nulidad de testamentos, siendo así que la cuestión litigiosa se constreñía exclusivamente a la nulidad de cláusulas testamentarias en las que disponía de bienes que no eran de la exclusiva pertenencia de los respectivos testadores, debiendo en su consecuencia ser desestimado el motivo.

Sobre la cuestión abordada, sin entrar en el fondo de la misma, por esta sentencia, concerniente al ámbito objetivo de la facultad concedida por el artículo 1.056, párrafo 2.º, del Código civil, se han ocupado diversos autores (Cfr. Manuel de la CÁMARA, *El legado de cosa ganancial*, Anuario de Derecho civil, 1952, V, 2, págs. 467-551, especialmente págs. 522 y sigs., y *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, en Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 3.ª, vol. I, Estudios Jurídicos varios, 1964, págs. 709-1.006, especialmente págs. 941 y sigs.).

M) PRELEGADO.

Independencia de los títulos de heredero y legatario.—Artículo 890 del Código civil.

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

Don A. C. M., tío de los demandados, vendió el 22 de julio de 1953 a la demandante, doña E. E. O., la nuda propiedad de una dehesa, cuyo arrendatario era el marido de la compradora, reservándose el usufructo vitalicio, en documento privado. La documentación privada obedeció, según la demandante, al deseo del vendedor de mantener secreta la venta a fin de evitar disgustos con sus sobrinos; según éstos, la compraventa fué absolutamente simulada, sin haber mediado precio alguno.

El 30 de diciembre de 1953 don A. otorga testamento notarial concediendo al albacea la facultad de documentar en escritura pública la venta anterior. Pero dicho testamento fué revocado por el notarial de fecha 2 de abril de 1954, y éste, a su vez, por el de 14 de noviembre de 1955, en ninguno de los cuales se mencionaba la compraventa. Además, con posterioridad a ésta, don A., en concepto de propietario—no de usufructuario—, concertó nuevo contrato de arrendamiento con el marido de la compradora.

En el último testamento citado don A. instituye herederos a sus sobrinos L. y M., legándoles además la dehesa objeto del contrato de compraventa, dividida

por el mismo testador en dos fincas. Don A. muere el 14 de febrero de 1961. El albacea y los herederos se negaron a reconocer la compraventa, adjudicándose a éstos la finca como prelegado de cosa propia del testador.

Por ello, E. demanda a los dos herederos del testador pidiendo se declare la nulidad de dicha adjudicación y se reconozca la validez de la compraventa, a lo que se oponen los demandados por entender que ésta adolece de simulación [vid. más adelante letra N)], y por tanto era plenamente válido el prelegado. Resuelto el litigio favorablemente para los demandados en esta cuestión, tanto por el señor Juez de Primera Instancia del Juzgado número 2 de Badajoz, como por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso de la parte actora en el extremo que nos interesa, razonando así:

«Considerando: .. D) Que, finalmente, tampoco puede prosperar el motivo cuarto, en que se denuncia la infracción por falta de aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 890 del Código civil, pues este precepto, que se limita a establecer la independencia en cuanto a su aceptación o renuncia de la herencia y del prelegado, no ofrece base ni fundamento alguno para su aplicación al caso controvertido; claro es que con su cita pretende el recurrente ampliar su argumento en pro de la falta de acción del heredero para impugnar los actos realizados por su causante; pero aparte de que en tal sentido la cita del artículo 890, párrafo 2.º, del Código civil, más perjudica que favorece la tesis del recurrente, pues que esa independencia entre la cualidad de heredero y la de prelegatario no permitiría que la acción petitoria del legado se viese obstaculizada por limitaciones procedentes de la consideración del prelegatario como sucesor a título universal en los derechos y obligaciones del *de cuius* en referencia estricta al caso de autos, no es admisible la interpretación que quiere darse al testamento otorgado en 14 de noviembre de 1955, admitiendo que se quiso hacer un legado de cosa ajena al mismo tiempo que se legaba la dehesa le impedía la adición del legado por el respeto impuesto por el testador con carácter general a sus anteriores actos dispositivos, pues lo cierto y verdadero es que el propio supuesto vendedor fué en su testamento contra lo por el mismo contratado, manifestando su voluntad impugnatoria, que legitima ahora la postura adoptada por el legatario, y ello parte de la consideración, de carácter general, de que lo dispuesto en el artículo 661 del Código civil permite al sucesor desconocer o impugnar los negocios jurídicos inexistentes o incursos en vicio de nulidad absoluta, por todo lo cual decae también este cuarto y último motivo del recurso que se examina».

N) LEGÍTIMAS EN CATALUÑA.

a) *Su fijación. Legado alimenticio en pago de legítima a ascendientes. Su nulidad contra la voluntad del legitimario.*—Artículos 659 del Código civil y 21 y 129 de la Compilación de Cataluña.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1966.

HECHOS

Don J. A. G., hijo legítimo de doña R.—demandante, apelada y recurrente en este pleito—y esposo de la demandada, apelante y recurrida doña M., murió en Lérida sin descendencia el 15 de diciembre de 1959, bajo testamento otorgado el 9 de marzo de 1942, cuya cláusula «C» es del siguiente tenor: «La legítima que por la Ley pudiera corresponder a mis padres, es mi deseo sea satisfecha por mi heredera ayudando a mis padres para que se alimenten, procurando facilitarles los alimentos que necesiten». Y en la cláusula siguiente, «D», el causante instituye heredera universal, libre de toda traba y sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior, a su esposa M.

La demandante, única ascendiente y legitimaria de su hijo, pretende que se declare: a) Que se tiene por no puesta la cláusula «C» del testamento; b) Que quedan nulas y sin efecto alguno las donaciones efectuadas por el testador y que siendo en consecuencia bienes de propiedad del causante, aumenten con su valor el caudal relicto a efectos de la cuota legitimaria. Y las demás peticiones que se derivan de éstas y omitimos en aras de la brevedad.

El señor Juez de Primera Instancia de Lérida estimó parcialmente la demanda, declarando tener por no puesta la cláusula «C» del testamento, condenando a la demandada a pagar a la demandante en concepto de legítima en la herencia de su hijo, en metálico o en bienes, la cantidad de ... pesetas, desestimando el resto de las peticiones. Apelada esta sentencia por la demandada, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona estimó en parte el recurso y revocó la anterior resolución, declarando no haber lugar a añadir al valor de los bienes de la herencia de don J. los de la demandada doña M., a efectos de determinación de la cuantía en aquella herencia.

Interpuesto recurso de casación por doña R., el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Tomás Agayar y Ayllón, declara haber lugar al mismo, fallando que se ha de tener por no puesta la cláusula «C» del testamento otorgado por el causante de las litigantes el 9 de mayo de 1942, comprensivo de su última voluntad, condenando a doña M. a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la actora la cantidad de 173.809,75 pesetas, en metálico o en bienes de la herencia, más el interés legal de dicha suma desde el 15 de diciembre de 1959, fecha del fallecimiento del causante, absolviéndola de las demás peticiones de la demanda no estimadas, en base a las siguientes razones:

«Considerando: Que según el artículo 659 del Código civil, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, o sea, el remanente que resulte después de pagarse los legados, las deudas y los gastos de última enfermedad, entierro y funeral, a lo que hay que agregar la colación de valores basada en la presumible voluntad del causante de igualar a los legitimarios, con la formación ficticia de una masa a efectos del cómputo de las legítimas y para comprobar si las liberalidades son inoficiosas, lo que tiene lugar cuando en la herencia hay un heredero forzoso que ha recibido donaciones del causante y si concurre con otros también forzosos, ha de agregarse a la masa hereditaria los bienes o valores recibidos por liberalidad, doctrina que es aplicable a Cataluña, puesto

que al no considerar el artículo 21 de su Compilación como donaciones entre cónyuges las hechas antes del matrimonio fuera de capitulaciones, es evidente que el artículo 129 no puede referirse a las mismas y sí únicamente a las hechas a los legitimarios, para fijar igualitariamente su cuota, y al cónyuge, que retroactivamente se convalidan, doctrina que hace perecer el motivo primero, puesto que el artículo 129 no afecta a la donación hecha con anterioridad al matrimonio».

«Considerando: Que, cual antes se expresa, al comprender la herencia la totalidad de los bienes dejados por el causante, no hay duda de que deben computarse para los efectos de la fijación de la cuota legitimaria las acciones que poseía aquél por el valor de continuación que tuvieron en la fecha de su fallecimiento, bien fácil de acreditar, pero como en la sentencia de primera instancia se denegó la computación de dichas acciones al no haberse acreditado su valor real y tal denegación fue consentida por el hoy recurrente al no apelar de la misma constituye ese pronunciamiento cosa juzgada...»

«Considerando: Que, finalmente, el motivo segundo ha de acogerse porque el artículo 129 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña exige que de la herencia se deduzca, entre otras cosas, los gastos de la última enfermedad, enterramiento y funeral, y la cuarta parte de ese valor líquido es la cuantía de la legítima, y como la sentencia impugnada deduce esos gastos de la cuarta parte y no del total, con lo que los hace recaer íntegramente sobre el legítimo, se ha cometido la violación que este motivo denuncia, lo que obliga a su estimación, con los pronunciamientos del artículo 1.745 de la Ley procesal».

COMENTARIO

En la presente sentencia se abordan dos temas principales: 1.º Nulidad de la cláusula «C» del testamento de don J., concebida en los siguientes términos: «La legítima que por la Ley pudiera corresponder a mis padres, es mi deseo sea satisfecho por mi heredera, ayudando a mis padres para que se alimenten, procurando facilitarles los alimentos que necesiten». 2.º Cálculo de la legítima.

Ambas cuestiones se plantean con referencia a la Compilación de Cataluña, pues aunque el causante murió el 15 de diciembre de 1959, la demanda deducida el 13 de abril de 1961 alegó los preceptos de la Compilación, sin que la parte demandada hubiese obstado en contrario, como podía haberlo hecho fundándose en las disposiciones transitorias 6.ª de la Compilación, 1.ª y 12 del Código civil, conforme a las cuales no cabe duda que lo pertinente era la cita del Derecho especial de Cataluña anterior a la Compilación. Cosa distinta es que los preceptos de ésta coincidan con la legalidad precedente, lo que no cabe, sin más, dar por supuesto. El Supremo no se pronunció sobre el particular, lo que plantea la cuestión de si las partes pueden renunciar a la aplicación de la Ley, que señala la norma aplicable a la relación jurídica existente al producirse el cambio legislativo (normas de colisión, disposiciones transitorias), o, dicho de otro modo, si cabe opción de los particulares para determinar aplicable la nueva o la antigua Ley, tema que no abordamos por no ser objeto de la sentencia comentada, si bien hacemos constar nuestra opinión favorable a la solución negativa por regla general: salvo que expresamente se conceda la facultad de optar, ha de aplicarse la norma que resulte de las disposiciones transitorias. En el presente caso, conforme a las disposiciones transitorias 6.ª de la Compi-

lación y 1.^a y 12 del Código civil, parece que debería haberse aplicado la legislación catalana anterior a la Compilación o, por lo menos, haberse dejado clara la identidad entre ambas en el caso controvertido, ya que los derechos hereditarios nacen en el momento de la muerte del causante y para resolver las cuestiones conexas deberá tenerse en cuenta la legislación vigente en el momento en que tuvieron lugar los actos (verbigracia: liquidación de la sociedad conyugal, colación).

Acerca de la primera cuestión fueron unánimes las sentencias de instancia y la del Tribunal Supremo declarando la nulidad de la cláusula en la que el testador de vecindad catalana expresa su voluntad o deseo de que la legítima que pueda corresponder a sus padres sea pagada por su viuda mediante una pensión alimenticia, teniendo dicha cláusula por no puesta, pues va en contra del derecho que asiste al legitimario para recibir su legítima de manera inmediata en dinero o en bienes de la herencia (arts. 124, 137 a 139 de la Compilación).

La cuestión relativa al cálculo de la legítima se resuelve por el artículo 129 de la Compilación, según el cual «la cuantía de la legítima es la cuarta parte de la cantidad base resultante de aplicar las reglas siguientes: se partirá del valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante, con deducción de las deudas del mismo, los gastos de su última enfermedad, entierro y funeral. A este valor líquido se añadirá el de los bienes que hayan sido donados por el causante, sin más excepción que las donaciones, liberalidades y expensas a que se refiere el artículo 1.041 del Código civil, las efectuadas de conformidad con el uso, el esponsalicio o "escreix" y la "soldada"».

Comentando este precepto y con referencia principalmente al primer párrafo transcrito del mismo, dicen CONDOMINES y FAUS: «El artículo 129 establece la verdadera doctrina respecto al cálculo de la legítima. Por su carácter de "pars valorum bonorum" los bienes han de valorarse por el que tenían al ocurrir el fallecimiento del causante, a diferencia de la cuarta trebeliánica y de la cuarta marital que son simplemente "pars bonorum". Pero para su cómputo hay que tener en cuenta no sólo el "relictum", sino el "donatum", y, por tanto, no puede decirse simplemente que la cuantía de la legítima es la cuarta parte del valor líquido de la herencia al fallecimiento del causante. Ahora bien, según el propio artículo, el valor del "donatum" es el que tenía al fallecer el causante, y no al tiempo de la donación, sin perjuicio de que en caso de enajenación de los bienes donados tal valor se refiera al momento de la enajenación.»

Por eso el Tribunal Supremo acoge el segundo motivo del recurso, que dice así: Segundo: Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., infracción de Ley resultante y en el concepto de violación del artículo 129 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña por el fallo recurrido al establecer la cuantía de la legítima en 156.082,77 pesetas, cantidad a que llega mediante un procedimiento que viola lo dispuesto en el artículo 129 al deducir los gastos de última enfermedad y entierro en su totalidad de dicha legítima y no del valor de los bienes de la herencia. Que el artículo 129, tantas veces citado, establece un orden en las operaciones a seguir para la fijación de la legítima. Orden que tiene un fundamento de justicia y sobre el que no puede hacerse caso omiso. Y así se establece que, partiendo del valor que los bienes de la herencia tenían al tiempo de fallecer el causante, se le deducirán los gastos de última enfermedad, añadiendo los de entierro y funeral, más los bienes-

colacionables, y de dicho valor será la legítima la cuarta parte. Pues bien, la sentencia recurrida ha incidido en una absoluta violación de esta norma, como se aprecia en el penúltimo de sus Considerandos, que motiva el fallo recurrido al fijar la legítima de modo inverso, o sea, estableciendo la cuarta parte del total y deduciendo de esa cuarta parte y no del total, como debía haber hecho, los gastos de entierro, funeral y última enfermedad, con lo que se ha venido a perjudicar a esta parte en unas 17.000 pesetas».

En cambio, desestima el motivo primero, interpuesto «al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., infracción de Ley en el concepto de violación del artículo 129 de la Compilación del Derecho especial civil de Cataluña, así como y en relación del artículo 1.035 del Código civil al declarar el fallo recurrido no haber lugar a añadir al valor de los bienes de la herencia los de la demanda a efectos de determinación de la cuantía de la legítima. Que el fallo de que recurre contiene la afirmación de que los bienes de doña M., esposa del causante, no tienen que ser traídos a la herencia a fines de determinación de la legítima. Que esa afirmación obliga a examinar el discurso lógico seguido por el juzgador para estimar los bienes y llegar a la conclusión que se recurre. Y por ello el Considerando que sirve de precedente y de motivación al fallo en este aspecto concreto dice que no es donación entre cónyuges la hecha antes del matrimonio fuera de capitulaciones y no comprenderla, por consiguiente, el artículo 20 ni el 21 de la Compilación...»

El razonamiento del Tribunal Supremo es el siguiente: El artículo 129 tiene en cuenta el valor de «los bienes que hayan sido donados por el causante». El artículo 21 declara que «no se consideren donaciones entre cónyuges las hechas antes del matrimonio fuera de capitulaciones»; luego tales donaciones no son tomadas en cuenta por el artículo 129, ya que éste, además, se refiere sólo a las donaciones hechas a los legitimarios y el viudo no lo es en Cataluña.

La sentencia no separa con la nitidez que sería deseable el cálculo para averiguar si alguna donación es inoficiosa de la verdadera y propia colación, operación que no corresponde al cálculo de la legítima, sobre cuya distinción ha insistido la más autorizada doctrina (VALLET, LACRUZ).

Según ésta, la «computación» es la operación meramente contable por la que se calcula el valor del haber hereditario para deducir el correspondiente a la legítima. Supone la adición puramente ideal al patrimonio relicto líquido de «todas» las donaciones hechas por el causante, sean o no colacionables. La «imputación» es la operación inversa, mediante la cual las donaciones y legados se colocan a cuenta del tercio correspondiente para comprobar si son o no inoficiosos. Tras la reunión ficticia del «donatum» y del «relictum» y su división para averiguar la cuantía de la legítima individual (computación), viene la imputación a cada legitimario de cuantas liberalidades hubiera recibido del causante para averiguar si está o no pagado de su legítima. La computación y la imputación son operaciones que propiamente corresponden al cálculo de la legítima. En cambio, la «colación» es operación que propiamente no corresponde al cálculo de la legítima, sino a la partición de la herencia entre varios legitimarios y aunque se practique entre éstos no es un instrumento de defensa de la legítima. Las principales diferencias entre la computación, a la que se refiere el artículo 818 del Código civil, que impropriamente emplea el término «colación», y la colación determinada en el artículo 1.035 del mismo Cuerpo legal resultan del siguiente cuadro:

COMPUTACIÓN (art. 818)

COLACIÓN (art. 1.035')

1. Tiene por fin fundamental la protección de las legítimas.

Su fin principal es mantener la proporcionalidad entre los herederos-legitimarios, por presumirse que la intención del causante fue ajena a toda desigualdad de trato.

2. Se rige por normas imperativas, no pudiendo dispensarla el causante, puesto que se basa en la intangibilidad legitimaria.

Se rige por normas dispositivas, pudiendo dispensarla el causante, puesto que se basa en una presunción de su voluntad.

3. Tiene lugar, aunque sólo haya un legitimario.

Sólo tiene lugar cuando concurren varios herederos-legitimarios.

4. Comprende la totalidad líquida del caudal relicto y todas las liberalidades.

Puede no comprender la totalidad líquida del caudal relicto, pues normalmente se excluyen los legados, ni todas las liberalidades objetivamente colacionables, pues el causante puede excluirlas de la colación.

5. Significa sólo una agregación ideal, puramente contable, de lo donado a lo relicto, sin perjuicio de la posible reducción por inoficiosidad.

No significa mera agregación ideal, pues técnicamente puede realizarse: por toma de menos o materialmente.

6. No cabe que el causante fije una valoración diferente de la resultante de aplicar las reglas legales.

Cabe que el causante fije una valoración diferente de la resultante de aplicar las reglas legales.

7. Su cálculo lleva como secuela la posible reducción de los legados y donaciones inoficiosos.

No produce, por lo general, ningún desplazamiento de bienes, limitándose a modificar la proporción en que se adjudica el caudal relicto.

8. Supone la suma al caudal relicto de todas las donaciones hechas a legitimarios y a extraños.

Sólo comprende las donaciones hechas a legitimarios que sean herederos y acepten la herencia.

En el caso de autos parece claro que estamos ante un supuesto de computación y no ante un caso de colación, como lo da a entender la cita del artículo 129, mientras que la colación aparece regulada en el artículo 273 de la Compilación.

b) *Preterición errónea de hijo póstumo. Nulidad de testamento.*

SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1966.

HECHOS

Don R. B. C., esposo de la actora doña A. B. S., con quien casó el 6 de octubre de 1958, murió en Figueras ostentando la vecindad civil catalana bajo testamento notarial otorgado en estado de soltero el 17 de octubre de 1955, en el que instituyó herederos universales por partes iguales a sus hermanos J. y E., existiendo en el mismo la siguiente cláusula: «Lega a su citado padre y al solo efecto de evitar la preterición a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima de sus bienes, la que les corresponde según Ley».

El testador falleció el 23 de noviembre de 1959 y el 14 de marzo de 1960 su viuda da a luz un hijo, bautizado con el mismo nombre del padre, cuyo fallecimiento había ocurrido a consecuencia de un accidente de automóvil.

Su viuda, en nombre de su hijo póstumo, R. B. B., promueve demanda contra sus cuñados J. y E., pidiendo que se declare nulo y sin validez alguna el testamento por existir preterición de hijo póstumo, abriéndose en consecuencia la sucesión intestada a favor de éste como único heredero de su padre y reconociendo como propiedad del causante e integrante del caudal relicto una casa sita en ..., inscrita a nombre de doña E. en el Registro de la Propiedad.

Los demandados se oponen alegando que la cláusula testamentaria transcrita comprende los descendientes posibles y futuros para dejarles su legítima y que, por ello, no hay preterición citando en su apoyo la sentencia de 4 de julio de 1889, según la cual, cuando en el testamento se instituye heredero y además se lega cierta cantidad a todo el que tenga derecho a pedir legítima, no cabe impugnar la validez del otorgamiento porque haya nacido después un hijo al testador y bajo el supuesto de que este descendiente esté preterido.

El señor Juez de Primera Instancia de Figueras desestimó la demanda en todas sus partes, sentencia que fue confirmada por la de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, contra la cual se interpone recurso de casación por la actora y apelante.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Diego de la Cruz Díaz, declara haber lugar al mismo con la subsiguiente nulidad del testamento y apertura de la sucesión intestada con reconocimiento del hijo como único heredero y que la propiedad de la casa pertenecía al causante.

La doctrina es la siguiente:

«Considerando: Que si detenidamente se examina el proceso y resolución que le puso fin, causa del presente recurso, se advertirá fácilmente que la fundamental cuestión en aquél, debatida y traída a la casación, queda limitada a la interpretación de determinada cláusula testamentaria, a fin de decidir, en definitiva, si en ella son especialmente mencionados los posibles hijos póstumos del testador o, por el contrario, no fueron contemplados ni tenidos en cuenta al testar, contradictoria conceptual que lleva a una de dos consecuencias, o bien estimar válido el testamento si se entiende que hay una inequívoca mención, o reputarlo nulo si se acepta que en ella los póstumos legi-

timarios han sido preteridos, sin que en realidad haya ningún otro problema esencial planteado en el litigio ni abordado en el recurso por el actor, el cual, en su primer motivo por el camino que ofrece el apartado inicial del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciar, denuncia la violación, en cuanto derecho supletorio vigente en Cataluña, de los fragmentos del Digesto &: 33, 8, 6, 3, 35, 1, 101; 50, 17, 12 y 50, 15 (refiriéndose al 16) 120, así como la del artículo 675 del Código civil v doctrina jurisprudencial que cita».

«Considerando: Que, como el Tribunal de instancia que, en trance de interpretar la cláusula testamentaria que textualmente dice: "Lega a su citado padre, y al solo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, la que les corresponda según Ley», categóricamente argumenta como esencial fundamento de su decisión que a lo dispuesto en esta cláusula se ha de prestar completa y total atención sin entrar en el examen de la voluntad del causante por meras conjeturas producto de subjetivas apreciaciones que no nazcan de la misma conciencia del testador, claramente pone de manifiesto que rechaza y subestima inicialmente cuanto se dirija a conocer cual fuere la auténtica voluntad de éste, estimando superflua toda investigación de qué fuese lo realmente querido, cuando, a juicio del juzgador, ello aparece del sentido literal de las palabras empleadas, mas por ser el testamento una manifestación de voluntad en que se expresa aquello que se quiere se haga después de la muerte, es absolutamente necesario llegar al convencimiento de lo que el testador realmente dispone, siendo de toda evidencia que este logro no puede detenerse en un somero examen de la literalidad de las cláusulas testamentarias, pues esto sólo es suficiente y atendible cuando incontrovertiblemente es exacto reflejo del querer del testador, pero nunca si se presta a diversas interpretaciones o si pese a su aparente claridad no se compadece con lo por él querido, que, por tratarse de una declaración de voluntad no recepticia ha de imponer su hegemonía sin nada que coarte, si no se opone a la Ley, su libre decisión; supremacía de la voluntad sobre toda manifestación externa, que impera y rige la interpretación de sus postreras manifestaciones, así las que son reguladas por el Derecho común como aquellas que, como la examinada, lo son por el foral catalán, en el cual, por ser de aplicación el Derecho romano "en las condiciones de los testamentos se deben considerar más bien la voluntad que las palabras"—Dig., 35, 1, 101—, "en los testamentos se interpretan mas plenamente las voluntades de los testadores"—Dig., 50, 17, 12—, y "han de entenderse las palabras según la voluntad del testador"—Dig, 33, 6, 3—. a cuya doctrina se ajusta con fidelidad la jurisprudencia—sentencias de 2 de julio de 1920, 17 de mayo de 1927—, referentes a problemas de Derecho foral, y las de 9 de octubre de 1943, 5 de mayo de 1944, 1 de junio de 1946, entre otras, que con idéntico sentido valoran y aplican el artículo 675 del Código civil».

«Considerando: Que esta abstención del Tribunal de Instancia en la investigación de cuál fuere la voluntad del testador, por entender que "el póstumo es llamado determinadamente y en forma que ninguna duda ofrece", cuando la literalidad de los términos de la cláusula por su indeterminada extensión necesariamente obligan a una exégesis de la misma, constituye la infracción del artículo 675 del Código civil, de que el primer motivo acusa y trae a la casación en su plena integridad el tema interpretativo al que debe preceder el dejar sentado que, tanto por lo dispuesto en la Constitución II del título II del libro VI, volumen 1.º de las de Cataluña, que inserta una de Pedro III, dada

en las Cortes de Monzón de 1363, como por el privilegio concedido a la ciudad de Barcelona, vigentes en la fecha del fallecimiento del testador, 23 de noviembre de 1959, como por lo preceptuado en el párrafo tercero del artículo 141 de la Compilación de Derecho especial de Cataluña, de procedente cita y consideración, ya que en ella "se acepta en su integridad su régimen escrito y consuetudinario—cuyo complejo de normas continúa en esencia el Derecho romano—, es exigida la mención del legitimario para que no se conceptúe preterido, cuya consecuencia, caso de serlo, si se trata de póstumo, constituye preterición errónea que le inviste de acción para obtener la nulidad total del testamento"; existe, pues, como problema previo a la interpretación, el de precisar cómo han de ser mencionados los *postumi sui* para que se entienda que no hubo de ellos preterición, lo que permitiría seguidamente apreciar si en la cláusula discutida se cumple lo dispuesto por el Derecho aplicable».

«Considerando: Que exigido por el Derecho romano al que ha de acudir para determinar cómo ha de ser mencionado el póstumo para no conceptuarlo preterido, que tanto para instituir como para desheredar se requiere la designación nominativa de los herederos necesarios, esta exigencia comprende de modo indudable también a los *postumi sui*—Dig., 28, 3, 3, 5—, ya que al ser legitimarios del *pater familias*, en ellos concurre, aun acrecentada, la razón que justifica la necesidad de designar nominativamente al hijo que se deshereda, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre del que al testar se carece, sino simplemente una determinación clara, precisa, y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre cómo el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad, sin que quepa una determinación *inter caeteros*, siempre requirente de suponer comprendido en ella lo que por no ser mencionado singularmente ni fue contemplado por el testador ni, por ende, señalado en la forma requerida por el Derecho».

«Considerando: Que si lo expuesto es bastante para estimar que en la fórmula "a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, lo que corresponde según Ley", no puede admitirse una mención que por sí afirme que allí, en ese grupo de personas, se deshereda expresa y singularmente al hijo póstumo, la que emitida en la forma prescrita por el Derecho por constituir patente preterición del *postumi sui* da lugar a la nulidad del testamento y consiguiente apertura de la sucesión intestada; a cuya conclusión se llegaría también, tras una interpretación objetiva y aislada de la cláusula en que se prescindiera de las formalidades impuestas por el Derecho romano, porque en todo caso ni gramaticalmente cabe estimar comprendido en la compleja e imprecisa mención al póstumo, junto al singularmente mencionado padre, ya que éste por aquél queda desplazado sin posibilidad de coexistir, ni lógicamente cabe tampoco entender que en el contenido de la cláusula aparecen contemplados los posibles póstumos, pues si la conclusión que se siente, tras investigar cuál fuese el querer del testador, deriva de un proceso intelectual que lleva a una convicción, no es dable admitir que con tan ambigua expresión solemnemente se desheredaba a los posibles póstumos, ya que ello pugna con la lógica y aun repugna con las normales motivaciones afectivas determinantes de esta clase de disposiciones de última voluntad, que sólo pueden ser interpretadas contra un desarrollo normal de la actuación del hombre cuando claramente se demuestra esta contradicción, mas no cuando, como en el caso enjuiciado, la no modificación del testamento permita colegir la

convicción del otorgante de que la existencia de descendientes legitimarios anulaba lo que no tuvo otro alcance que una institución hecha en atención a las circunstancias que en la fecha del otorgamiento concurrían respecto al único heredero legitimario "expresa y singularmente mencionado".

COMENTARIO

Con criterio más acertado que la anterior, esta sentencia aplica la legislación anterior a la Compilación, aun reconociendo que la cita de ésta es pertinente en cuanto no innova, sino que recoge la legalidad precedente.

En cuanto a las disposiciones citadas son las siguientes:

Digesto, 33, 8, 6, 3: «Verba secundum voluntatem testatotis exaudienda» (Paulus, lib. IV, ad Sabinum).

Digesto, 35, 1, 101: «In conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat» (Papinianus, lib. VIII, Responsorum).

Digesto, 50, 17, 12: «In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur» (Paulus, lib. III, ad Sabinum).

Por la Constitución dada en las Cortes de Monzón de 1363 se exigió la men- ción de los hijos para que los testamentos no fuesen nulos ni irritos, salvo con respecto a Barcelona y pueblos que gozan de sus privilegios en virtud del con- cedido por el mismo Pedro III en 1339, según cuyo tenor «concedemos, esta- blecemos y ordenamos que mientras el testador u otro cualquiera que dispusiera cualquiera última voluntad tuviese facultad de hacer testamento e instituyere herederos capaces, tal testamento u otra cualquiera última voluntad de cual- quiera que fuese, no sea ni se pueda decir nulo o nula, o pueda anularse, "aun cuando las personas que según el derecho común deben instituirse o deshe- redarse sean preteridos o desheredados, o no se haga mención alguna de pós- tumo o póstumos"..."»

Comentando este privilegio manifiesta DURÁN Y BAS: «Pero en cuanto a la preterición del póstumo, es necesario distinguir entre si el testador tenía cono- cimiento, al tiempo de otorgar el testamento, de que estaba su esposa encinta, o lo ignoraba. En el primer caso el testador hubo de tener presente al póstumo, y si no le instituyó heredero, es porque no quiso; la condición del póstumo, pues, ha de ser en este caso igual a la del nacido. Pero cesa la presunción de que no le quiso instituir, y, por consiguiente, el motivo de respeto a la libertad de testar, cuando el padre ignoraba que su esposa llevase un hijo suyo en su seno; y para este caso debe modificarse el privilegio concedido a los ciuda- danos de Barcelona» (Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña», Barcelona, 1883, pág. 189).

Esta es la distinción entre «preterición errónea», la del legitimario que haya nacido o llegado a serlo después de otorgado el testamento o cuya exis- tencia ignoraba el causante al testar que produce la nulidad total del testa- mento si el preterido es descendiente legítimo, y la «preterición intencional» o hecha a sabiendas, consciente y deliberadamente, que no produce la nulidad del testamento, si bien al preterido le queda a salvo su derecho a exigir la legítima. Distinción que recoge el artículo 141, así como los artículos 106 y 146 de la Compilación, bajo la idea de equiparar la preterición intencional a la desheredación en cuanto a los efectos que producen.

O) REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1966.

Vid. apartado U), *Sustitución fideicomisaria de residuo*.

P) RESERVAS.

Reserva lineal. La pertenencia a la línea de donde proceden los bienes se determina por la procedencia inmediata y próxima de los bienes reservables, no por la remota.—Artículo 811.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1966.

HECHOS

D. casó en primeras nupcias con J., hija de M. y M., el 8 de enero de 1910, de cuyo matrimonio nació el 6 de diciembre de 1912 la hija M. A. M., nieta por línea paterna de J. y T. y por la materna de M. y M.

J. murió el 17 de mayo de 1913 bajo testamento notarial, otorgado el 22 de febrero del mismo año, en el que instituyó por su única y universal heredera a su hija M. A. M., y dejó a su esposo D. la porción usufructuaria del artículo 834 del Código civil.

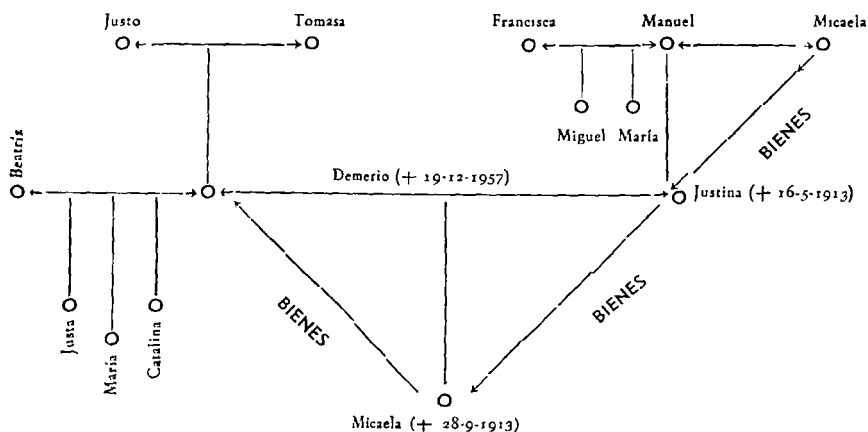
A su vez, la hija M. murió el 29 de septiembre de 1913, cuatro meses después que su madre, de la que era heredera universal, a la temprana edad de nueve meses, por lo que le sucedió su padre D. como único heredero *ab intestato*, quien contrajo segundas nupcias con B., de cuyo matrimonio tuvo tres hijas, J., M. y C., a las que donó las fincas heredadas de su hija y por ésta de su madre.

D. murió el 19 de febrero de 1957, estando casado en terceras nupcias con C. M. M., de cuyo matrimonio no deja descendencia, bajo testamento notarial otorgado el 6 de diciembre de 1950, en el que, manifestando no haber tenido sucesión de su primer matrimonio, instituyó herederas por terceras partes iguales a sus tres hijas habidas con B., J., M. y C., sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a su tercera esposa, C. M. M.,

El abuelo paterno de M., hija de D. y J., llamado M., había contraído segundas nupcias con F., de cuyo matrimonio viven dos hijos, M. y M., los cuales son hermanos consanguíneos de J. y tíos de la menor M., a la que heredó *ab intestato* su padre D., y que a su vez había sucedido a su madre J. La dicha doña M. renunció pura y simplemente a sus derechos como heredera reservataria en escritura fecha 23 de julio de 1957, antes de iniciarse el presente pleito, que lo fué en 1960 y después de muerto D. Por ello, el actor y apelante, luego recurrido, M., argumentando que es el único pariente dentro del tercer grado con derecho a los bienes reservables, pues su hermana M. renunció a sus derechos y otros hermanos de J. y tíos de la niña M. murieron antes que el reservista D., lo mismo que los padres y abuelos de J., pretende

se declare le corresponde el pleno dominio de los bienes heredados por D. de su hija M., fallecida sin haber otorgado testamento, la cual, a su vez, los había heredado de su madre J., pues el actor, como hermano consanguíneo de ésta es pariente dentro del tercer grado por la línea de procedencia de los bienes.

Las demandadas, hijas y tercera esposa de D., apeladas y recurrentes, se oponen a esta pretensión, alegando que no existe tal supuesta reserva, porque el actor M. no es pariente dentro del tercer grado *por la línea de procedencia de los bienes*, pues los bienes que de doña J. pasaron a su hija M., y luego al padre de ésta y marido de aquélla, D., proceden de la madre de J., primera esposa de M., llamada M., la que ninguna relación de parentesco guarda a estos efectos con el demandante, quien es hijo de la segunda esposa de dicho M., según se ve claramente en el gráfico que se adjunta para mayor claridad. En resumen, que como los bienes no proceden de M., sino de su primera esposa, M., con la que el actor no guarda parentesco, no hay tal supuesta reserva:



El señor Juez de Primera Instancia de Toro desestimó la demanda, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid revoca la sentencia, declarando: 1.º Que don D. heredó por ministerio de la Ley de su hija M. los bienes inmuebles que ésta había heredado de su madre doña J., quedando obligado a reservarlos por lo dispuesto en el artículo 811 del Código civil; 2.º Que desde el fallecimiento de D. dichos bienes pertenecen al actor don M. como único pariente dentro del tercer grado de M., que pertenece a la línea de donde los bienes proceden, que no ha renunciado a la reserva; 3.º Que quedan resueltas a partir de dicho fallecimiento y en cuanto a los bienes reservables, las donaciones que D. hizo a sus hijas, las actuales demandadas.

Interpuesto por éstas recurso de casación, la Sala 1.ª de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue Ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al mismo.

«Considerando: Que el artículo 811 del Código civil, si bien *inspirado* en

un principio de troncalidad, no responde derechamente a un concepto de sucesión troncal en sentido pleno, y ello no sólo por ser más limitado su ámbito y distinta su naturaleza, cual ya sostenía la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1907, sino también porque en realidad implica como una especie de transacción entre el derecho de troncalidad y la sucesión gradual, pues no persigue el fin de perpetuar en determinada familia ciertos bienes concretos, tal como el precepto parece redactado (sentencia de 24 de mayo de 1945), ni, por otra parte, hay que remontarse para su aplicación a la procedencia remota de los bienes, porque, cual sostiene la sentencia de este Tribunal de 26 de noviembre de 1943, al fijar el reducido alcance del mencionado precepto legal. "la jurisprudencia de esta Sala *ha establecido reiteradamente* que para buscar la procedencia de los bienes no se puede ir más allá del ascendiente o hermano de quien los hubo el descendiente del obligado a reserva", "o. lo que es lo mismo, que en la reserva *de traza especial* amparada por esa norma *no entra en juego la procedencia remota, sino la inmediata y próxima de los bienes que han de reservarse*", doctrina que con claridad ya se mantenía en la sentencia de 30 de diciembre de 1897, según la que "el texto del artículo 811 no autoriza para buscar la procedencia de los bienes, *al efecto de determinar el parentesco lineal*, más allá del ascendiente o del hermano de quien los hubo por título lucrativo el descendiente del obligado a reservar", criterio también patrocinado por uno de los eminentes jurisconsultos que conocidamente formó parte de la Subcomisión redactora del texto del comentado precepto, sin que a la expresada doctrina se oponga la sentencia de 7 de noviembre de 1927 cuando sostiene que no cabe dar a dicho artículo otro sentido ni alcance que el resultante de su literal contexto, habida cuenta de las circunstancias que concurrían en aquel pleito».

«Considerando: Que en el caso presente debe partirse para dilucidar lo que es objeto de recurso, de los hechos siguientes: A) Que la descendiente a que se refiere el artículo 811 era la niña M. A. M., fallecida el 28 de septiembre de 1913 cuando contaba unos nueve meses; B) Que, por ministerio de la Ley, fué declarado heredero de la mentada niña su padre D. A. A., fallecido el 19 de diciembre de 1957; C) Que los bienes heredados por la expresada niña procedían de su madre, doña J. M. C., fallecida el 16 de mayo de 1913, quien los había a su vez heredado de la suya y de un tío; D) Que el demandante, don M., es hermano consanguíneo de J., como hijos ambos de un mismo padre; E) Que D. era padre de las demandadas, habidas de un segundo matrimonio, las que no tienen parentesco alguno de consanguinidad—o sea, de sangre—con J., ascendiente de quien inmediatamente provenían los bienes heredados por su hija y descendiente».

«Considerando: Que los motivos primero y segundo, sustentadores de este recurso y amparados en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, se acusa, respectivamente, la interpretación errónea del artículo 811 del Código civil y la aplicación indebida de la misma norma legal, expresando las recurrentes que la estimación del primero ha de llevar consigo, como lógica consecuencia, la del segundo, centrándose la cuestión esencial de la tesis en que aceptado que don M. es pariente dentro del tercer grado de la causante de la reserva y que los bienes, en efecto, reunían la condición de reservables, tal parentesco del accionante no lo era en la línea de donde los bienes proceden, por entender las impugnantes que el grado en que se encuentra el pariente reservatario se refiere exclusivamente a esa línea especialísima; mas los

razonamientos con que esa tesis se desenvuelve no se estiman convincentes, porque el Tribunal *a quo*, para llegar a la conclusión mantenida en el fallo, se atiene a la doctrina enunciada en el razonamiento inicial de esta sentencia y haciendo una correcta exégesis de la jurisprudencia aplicable, sin olvidar las sentencias de esta Sala que, como principales, se citan en el motivo primero, llega a la conclusión de que este Tribunal Supremo no ha dado prioridad en ningún caso al reservista o a sus causahabientes, basándose en la opinión sustentada por las demandadas (que es la misma que constituye la tesis mantenida en el recurso por las recurrentes), sosteniendo la doctrina que juzga adecuada "por su peso y tradición", partiendo siempre de que el artículo 811 "no tiene un carácter rigurosamente troncal", como así es, en efecto; pero, además, debe destacarse que el tantas veces mentado artículo no formula distinciones en cuanto a las ramas de la línea materna o paterna que sea aplicable, pudiendo darse el caso de que el ascendiente de quien directamente hereda el ascendiente (querrá decir el ascendiente de quien directamente hereda el descendiente) haya adquirido los bienes por herencia de un extraño o por compra, y en lo que concierne a la procedencia más remota de dichos bienes, como queda dicho, no hay que buscarla *más allá* del ascendiente o del hermano de quien hubo el descendiente del obligado a la reserva, y ello aun al efecto de determinar el parentesco lineal, de modo que el trazar una línea especial siguiendo la trayectoria de los bienes reservables, implica una inquisición o búsqueda de la más remota procedencia de los mismos, cuando tal exigencia no surge del texto legal ni resulta de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, y en este caso es la procedencia de J. M. C. la que debe tenerse en cuenta, por ser la ascendiente y madre de M. A. M., y de quien ésta heredó dichos bienes, sin que aquélla tenga parentesco alguno de consanguinidad—o sea, de sangre—con las demandadas ahora recurrentes».

Q) RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO.

Ley nacional.—Artículo 10 del Código civil.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1966.

Fallecido don M. L. B., de nacionalidad inglesa, su viuda acepta la herencia ante Notario español. Reclamando a ésta un acreedor del causante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso de casación por cuanto aplicándose la ley nacional del causante, en este caso la inglesa que establece la separación absoluta entre el patrimonio hereditario y el del heredero, no responde éste con sus bienes propios de las deudas de su causante.

«Considerando Que el pleito plantea como cuestión básica la de la aplicación y alcance del estatuto personal de la demandada, señora B., en la sucesión de su esposo, dada la nacionalidad inglesa de ambos cónyuges, partiendo como supuesto jurídico admitido por la parte demandada de que le es aplicable dicho estatuto, si bien opone que su situación legal queda afectada por el otorgamiento en España de un documento notarial por el que aceptó la

herencia pura y simplemente, reconociendo, por otra parte, de que conforme a la legislación inglesa es aplicable el régimen de separación de bienes en el matrimonio, y que las deudas del cónyuge fallecido sólo se cubren y responsabilizan con los bienes del causante, y decidido el litigio desestimando las pretensiones de la parte actora, por la aplicación de su estatuto nacional, con las consecuencias legales apuntadas, es combatida en el primero de los motivos del recurso..., que denuncia la interpretación errónea de los artículos 10 y 11 del Código civil, y debe limitarse el concepto de infracción denunciado a oponer a la interpretación gramatical y lógica que el juzgador estime adecuada respecto a éstos, la que considere que se deriva de los propios términos de dichos artículos, no en cuanto a la aplicación que de los mismos haya hecho el juzgador de instancia, que no podría encontrarse en el vicio que se denuncia, debiendo declararse que respecto al artículo 11 no se plantea ninguna divergencia interpretativa, y en suma, el documento otorgado en España por la señora B. se acomodó en sus formalidades, que es lo que dicho precepto legal dispone, a las que a dicho instrumento público han de serle aplicadas, dado el país en que se otorga, y en relación al invocado artículo 10, que al disponer que las sucesiones legítimas y testamentarias, así respecto al orden de suceder, como la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, ha de entenderse que afecta tanto a los derechos en sentido estricto, cuanto a las obligaciones, esto es, a cuanto esté comprendido en la herencia, en armonía al contenido de ésta que define el artículo 659 del Código civil como integrado por los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, razón por la que la aplicación de la ley nacional no se limita, cual el recurrente pretende, a la simple declaración de heredero, sino que abarca como parte del derecho sucesorio todas las limitaciones legales que esta ley establece, y por ello la que excluye los bienes de la heredera de responder del pago de las deudas del causante, razones que hacen decaer el examinado motivo».

R) SIMULACIÓN.

a) *Compraventa simulada hecha para burlar los derechos sucesorios del adoptado.*

SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1966.

HECHOS

Vid apartado C).

«Considerando: Que esta Sala viene declarando con reiteración que la acción declarativa de simulación puede ejercitarla cualquier tercero que ostentando un derecho jurídicamente protegido resulte afectado por el acto o contrato simulado que haya podido otorgarse en su perjuicio, y a estos fines se viene reputando como "tercero interesado" al heredero forzoso o legitimario

que ve menguada o desaparecida su porción legitimaria por actos de su causante otorgados con la finalidad de privarle de los derechos que la ley y no la voluntad del testador le confiere; y por ello, es evidente que cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la obligación contraída por la adoptante, conforme al artículo 177 del Código civil en su redacción anterior a la Ley de 24 de abril de 1958, cuando, como en el caso contemplado, no sólo se contrajo aquella obligación, sino que en cumplimiento de la misma el adoptante otorgó testamento instituyendo heredera en un tercio de sus bienes a la adoptada, se da, un supuesto similar al de los herederos legitimarios, estando ésta facultada para impugnar los actos o contratos que su causante haya podido otorgar con el designio de menguar o hacer ilusorio tal derecho, sin que sea óbice a ello la circunstancia de que además de haberla instituido heredera del tercio pactado en la escritura de adopción, extendiera la institución [al] resto de la herencia, pues el hecho de que en parte sea heredera voluntaria no altera la realidad de que por lo que afecta a la cuota pactada es heredera forzosa, y al apreciarlo así el Tribunal *a quo*, admitiendo la legitimación de la demandante para impugnar los contratos simulados otorgados por su causante con el propósito de menguar o desconocer totalmente los derechos sucesorios derivados de la escritura de adopción, aplicó rectamente la doctrina jurisprudencial referida y no infringió ninguno de los preceptos señalados en el motivo sexto del recurso, que por vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil acusa la violación de los artículos 659, 661 y 1.003 del Código civil y doctrina relativa a los actos propios contenida en la sentencias de esta Sala que cita, así como la aplicación indebida de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.023 del mismo Cuerpo legal; por lo que procede la desestimación de tal motivo».

b) *Compraventa simulada efectuada por la abuela a favor de sus nietos legitimarios por derecho de representación en perjuicio de otros nietos también legitimarios.*

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.

c) *Compraventa simulada que encubre una supuesta donación en perjuicio de los herederos voluntarios.*

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

Vid. apartado K).

«Considerando: Que en el recurso presentado por la parte actora, en la demanda origen del juicio se trata de combatir el pronunciamiento absolutorio dictado en cuanto a la misma y cuyo fundamento radica en estimar que el documento privado de fecha 22 de julio de 1953, suscrito entre la actora y el causante de los demandados, fue un contrato disimulado que en vez de compraventa de la nuda propiedad de la finca a que se refiere suponía una dona-

ción de la misma, la que por adolecer en cuanto a forma de la solemnidad exigida por la Ley, no podía producir efecto alguno, tratándose en realidad de un contrato inexistente, y estas conclusiones, establecidas por la Sala sentenciadora, son combatidas en el recurso a través de los cuatro motivos de que consta y sobre los que procede hacer las observaciones siguientes: A) Que en el primero se denuncia un supuesto error de hecho cometido al estimar la ausencia del precio en el contrato privado referido. ; ... C) Que... al proclamar la sentencia de instancia que no existió precio, para que pudiera tenerse por perfeccionada la venta, sino propósito de donar no plasmado en la forma solemne que la Ley exige para ello dada la naturaleza de lo donado y por imperio del precepto terminante contenido en el artículo 633 del Código civil, es indudable que el documento privado de fecha 22 de julio de 1953 quiso reflejar un contrato realmente inexistente en concepto o calidad de venta como de donación...».

COMENTARIO

La materia relativa a la simulación suele ir relacionada frecuentemente con cuestiones sucesorias, por la razón de que mientras vive una de las partes que intervinieron en el contrato simulado las demás, trátase de simulación absoluta o relativa, no se atreven a romper la apariencia creada, y en otras ocasiones se mantiene el secreto hasta el momento del fallecimiento de una de las partes. Como la simulación, cualquiera que sea su especie, envuelve un engaño—en tal sentido la célebre definición de FERRARA: «Declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo por las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio que no existe o que es distinto del realmente acordado»—nunca se alabará bastante la meritoria labor de los profesionales que niegan su colaboración a tales actos y ponen de manifiesto a los particulares las graves consecuencias y perjuicios a que seguramente dará lugar. Por lo mismo, acabada la posibilidad de la prevención y llegada la hora de la represión, debemos felicitarnos cuando el criterio jurisprudencial es todo lo riguroso que tales actos merecen.

De las sentencias citadas se desprende que la simulación rara vez presentará prueba directa de su existencia, dado el deseo de las partes en ocultarla, y, por el contrario, habrá de basarse en presunciones que lleven a la convicción del juzgador la inexistencia del contrato figurado, según se expresa en la segunda de dichas sentencias. Como signos de la existencia de simulación citan estas sentencias la falta de necesidad de la enajenación, el sigilo del otorgamiento, la continuación posesoria de los bienes a nombre de la supuesta parte vendedora, el precio irrisorio o confesado, la proximidad a la muerte del vendedor, el parentesco de éste con los compradores, etc.

S) SUCESIÓN EN CASAS BARATAS.

Es aplicable la legislación común.

SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1966.

HECHOS

D. G. R. murió el 8 de marzo de 1955 bajo testamento abierto, en que instituye herederos en diversas cuotas a los demandantes y demandados, por lo que, a fin de conservar los beneficios sobre una casa barata construida al amparo del Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924 y su Reglamento, reconocieron todos ellos como único titular al heredero C. G. C., si bien en otro documento se hacía constar que ello era sólo aparente y se verificaba a los solos efectos de no perder la titularidad y los beneficios sobre la casa expresada, y que, pese a tal apariencia, la verdadera titularidad y disfrute correspondía *pro indiviso* a todos los herederos de D., satisfaciéndose la amortización pendiente entre todos.

Al llevar C. seis años viviendo en la casa en compañía de su hermana V. G. C. sin pagar cantidad alguna a los otros herederos ni aceptarles cantidades para la amortización, comportándose como si fuera el único titular de la vivienda, los demás interesados acudieron al Juzgado suplicando dictara sentencia declarando: 1.º Que para la herencia de la casa barata número 7 de la barriada ... es aplicable la legislación civil común; 2.º Que para que se adjudique dicho inmueble es necesario que éste pierda su condición legal de casa barata mediante la oportuna desvinculación, con devolución y abono de la parte que corresponde a los beneficios percibidos; 3.º Se condene a los demandados a estar y pasar...

El señor Juez de Primera Instancia del Juzgado número 1 de Burgos declaró haber lugar a la demanda accediendo a todas las peticiones, sentencia que fue confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

La Sala 1.ª de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, desestima el recurso, declarando en su tercer Considerando «que ventilándose en este pleito los derechos sucesorios que corresponden a los litigantes sobre una casa barata, se trata eminentemente de indiscutibles derechos civiles, aunque incidan sobre un objeto al que alcanzan las limitaciones administrativas impuestas por el Real Decreto-Ley de 10 de octubre de 1924, que implícitamente reconoce en dicha materia la competencia de la jurisdicción ordinaria al conferírsela en todas las cuestiones judiciales civiles a que diese lugar la adquisición de solares y terrenos y la construcción de casas baratas (art. 69), y con ello a todas las demás civiles que puedan derivarse de su propiedad, pues como declara la sentencia de 15 de abril de 1941, sólo es de exclusiva competencia de la Administración pública cuanto hace referencia a calificación de casas baratas, aprobación de proyectos y determinación económica de cada casa, extremos ajenos a los discutidos, todo lo cual hace perecer el motivo segundo».

T) SUCESIÓN.

Ley nacional aplicable.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1966.

Vid. apartado Q).

U) SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

a) *Sustitución fideicomisaria de residuo. Derecho de representación.*

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1966.

El fideicomiso de residuo envuelve una sustitución fideicomisaria condicional, aplicándose el artículo 759 y no el artículo 784 del Código civil, por lo que el fideicomisario que premuere al fiduciario no transmite derecho alguno a sus herederos, aunque sobreviva al fideicomitente.

El derecho de representación no se aplica a la sucesión testada.

Artículos 675, 759, 799, 784, 924 del Código civil.

HECHOS

Don J. T. J. murió el 23 de septiembre de 1907 bajo testamento notarial otorgado el 2 de agosto de 1901, en cuya cláusula 5.ª dispuso que «en uso del derecho que las Leyes le conceden, elige y nombra por sus únicos y universales herederos, de todos sus bienes, derechos y acciones por iguales partes, a sus sobrinos carnales, hijos de su hermana difunta doña C. y de su hermano don P., que lo son de aquélla don A. y doña R. P. T., y de éste, hoy don J., doña R., doña C. y doña P. T. G., y a cualesquiera otros que su dicho hermano pueda procrear de legítimo matrimonio; haciéndose, por tanto, tantas partes iguales del caudal del señor testador como sobrinos carnales hijos de sus dos nombrados hermanos hayan existido a contar desde hoy hasta el día de su fallecimiento, pues es su voluntad que si alguno de los nacidos o que hasta entonces pudiera nacer falleciese en ese plazo, su porción acrezca sólo a su hermano o hermanos, a menos que lo sea por muerte de todos los hermanos de cada parte, pues de ocurrir así pasará a la otra; queriendo el señor testador que sucedan igualmente con respecto a los bienes que de su procedencia puedan dejar aquél o aquéllos, que lleguen a heredarlo, de sus sobrinos que mueran sin dejar sucesión».

Fallecido el testador sin más sobrinos que los citados, le sucedieron por sextas partes los seis sobrinos, de los cuales dos eran hijos de una hermana premuerta y los otros cuatro de un hermano del causante.

Al morir en 1912 el sobrino A. sin descendencia, los bienes que había heredado del testador y de los que no había dispuesto hicieron tránsito a su hermana R. P. T.

En 1947 fallece J. T. G., dejando tres hijas, A., S. y J. T. C.; en 1950 muere doña R. P. T.—la misma que había sucedido en la parte antes heredada por A.—sin descendencia.

El problema debatido se centra en si doña A. T. C.—demandante, apelada

y recurrente—y sus dos hermanas, todas ellas hijas y herederas de su padre don J.—el cual premurió a su prima hermana y coheredera doña R. P. T.—tienen derecho a suceder en el residuo de los bienes dejado por doña R. en concurrencia con sus tías, las demandadas, apelantes y recurridas doña P. y doña C. T. G., por pertenecer todas a la misma rama—descendencia del hermano del testador don P—o bien no tienen tal derecho. Nada se dice en la sentencia respecto a doña R. T. G.

El Juzgado de Primera Instancia de Motilla del Palancar estimó lo primero, resolviendo que el residuo de la herencia de don J. T. J., vacante por fallecimiento de la heredera doña R., corresponde por terceras partes iguales a doña C. y doña P. T. G. y a las hermanas doña A.—la demandante—, doña S. y doña J. T. C., éstas tres en representación de su difunto padre don J..

Apelada esta sentencia por las demandadas, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete da lugar al recurso revocando la sentencia del Juzgado y absolviendo a las demandadas.

Interpuesto recurso de casación por doña A., invocando infracción de los artículos 675, 799 y 924 del Código civil y aplicación indebida del artículo 759 del propio Cuerpo legal, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en ponencia del Magistrado don Victoriano-Juvencio Escribano Ruipérez, declara no haber lugar al recurso de casación en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Considerando: Que los términos literales del último inciso de la cláusula 5.ª del testamento otorgado por el primitivo causante son suficientemente claros y expresivos de que se está ante un *fideicomiso de residuo*, pues a tal equivale su explícita declaración de voluntad de que los bienes de su procedencia que puedan dejar aquel o aquellos de sus sobrinos que lleguen a heredarle y fallezcan sin sucesión pasen a los otros coherederos en la misma forma dispuesta por el testador en la institución hereditaria».

«Considerando: Que en trance de encuadramiento jurídico de las cláusulas de residuo ha predominado en la doctrina y se ha proclamado con reiteración por la Jurisprudencia de esta Sala el criterio de reputarlas como una modalidad de las sustituciones fideicomisarias, pero sin llegar a identificarlas totalmente, de tal modo que clasificados como sustituciones condicionales, las excluye del artículo 784 del Código civil y las estima comprendidas en el artículo 759, con la consecuencia obligada dentro de esta tesis de que en los supuestos en que el fideicomisario llamado al residuo premuera el fiduciario, aunque haya sobrevivido al testador fiduciante, no transmite derecho alguno a sus herederos, dirección ésta no conseguida totalmente, porque esta Sala, en sentencia de 29 de marzo de 1955, apunta una dirección distinta en el sentido de que la condición de que queden bienes al fallecer el fiduciario es consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo, con lo que viene a calificarla de "condición impropia", pues el evento de que queden bienes no actúa en función de la eficacia o ineficacia del fideicomiso de residuo, sino que condiciona la existencia misma de la institución, de tal modo que más que una condición en sentido propio se está ante una figura análoga o similar a la denominada *conditio iuris*, si bien en cualquier caso habrá de estarse a la voluntad del testador».

«Considerando: Que en materia de interpretación de disposiciones testamentarias del artículo 675 del Código preceptúa que aquéllas deberán 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 con la intención de aquél según el tenor del mismo testamento, de lo cual se infiere que cuando los términos de la disposición son claros y completos, las palabras deben entenderse lisa y llanamente; teniendo declarado esta Sala con reiteración que en esta materia es función privativa del Tribunal *a quo* la de fijar el verdadero sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su criterio si no resulta manifiesta y ostensiblemente equivocado, por ofrecerse de modo patente que la voluntad del testador fue distinta de la apreciada por la Sala de instancia, y como en el caso presente los términos de la cláusula 5.^a del testamento evidencian con toda claridad que el causante ordenó la sucesión en el residuo de los bienes que de su herencia dejasen sus herederos que falleciesen sin sucesión, en la misma forma en que ordenó la institución—"queriendo el señor otorgante que suceda igualmente..."—, al estar como está hecha tal institución hereditaria en favor de sobrinos carnales, hijos de hermanos, perfectamente individualizados y nominalmente señalados, no cabe inducir que quiso llamar también a los hijos de tales sobrinos, pues la circunstancia de que no los excluyera expresamente no puede tener el alcance de considerárseles incluidos cuando no existe un llamamiento expreso ni tácito; razones todas ellas suficientes para desestimar el primero de los motivos del recurso...».

«Considerando: Que el *ius representationis* regulado en los artículos 924 a 929 del Código civil, requiere que el presentado premuera al causante, de quien no llega a ser heredero, pues los representantes suceden directamente al de *cujus*; pero establecido solamente en las sucesiones *ab intestato*, sus posibles aplicaciones en las sucesiones testamentarias no tienen lugar propiamente en las que siendo de esta última naturaleza son de carácter voluntario, porque la institución no es forzosa sino en las legales, o sea, en lo relativo a las legítimas—sentencias de 26 de junio de 1931 y 7 de junio de 1950—; y como además, a tenor del artículo 925, en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos de hermanos del causante, sin que alcance a los hijos de hermanos de los herederos—sentencia de 1 de marzo de 1902—, al acaecer, como acaece en el presente caso, que quienes pretenden ampararse en el derecho de representación no son hijos de hermanos del testador, sino hijos de un sobrino de aquél, se encuentran fuera del ámbito limitado en que tal derecho tiene aplicación, y por ello procede desestimar el segundo de los motivos del recurso...».

«Considerando: Que en el tercero y último de los motivos del recurso, ..., se acusa la violación del artículo 799 del Código y la aplicación indebida del 759, alegando sustancialmente que lo ordenado por el testador era una sustitución fideicomisaria a término o plazo, pero que aun en supuesto de tratarse de un fideicomiso de residuo con condición suspensiva, el artículo 799 citado establece que la misma no impide al heredero adquirir su derecho y transmitirlo a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento; pero sobre este tema es de tener en cuenta que no se está ante una sustitución fideicomisaria pura, sino ante un fideicomiso de residuo, cuya condicionalidad, al margen y con abstracción de su verdadera naturaleza jurídica tal como quedó razonada en este fallo, es manifiesta, en cuanto que el testador lo dispuso

para el supuesto acaecido de que el instituido falleciera sin dejar sucesión—*si sine liberis decesserit*—, condición excluyente del término o plazo que propugna la recurrente, y a la que es aplicable, tal y como correctamente hizo la Sala de instancia, lo dispuesto en el artículo 759 del Código civil, pues el 799 de dicho Cuerpo legal, no obstante su tenor literal, alude a situaciones jurídicas, *certus an, incertus quando*, más bien que a una condicionalidad propiamente dicha—sentencias de 4 de marzo de 1952, 20 de octubre de 1954 y 6 de diciembre de 1957—; debiendo, en su consecuencia, ser desestimado dicho motivo.

COMENTARIO

En la discutida cláusula testamentaria se establece:

1.º *Un derecho de acrecer entre los nombrados, con preferencia de los hermanos entre sí, y, por su falta, entre los primos hermanos, todos ellos hijos de una hermana (premuerta) y de un hermano del testador.*

2.º *Un fideicomiso de residuo en favor de los hermanos y, por su falta, de los primos hermanos.*

3.º *Además, se cuestiona sobre la posibilidad de un posible derecho de representación.*

No siendo tema de la sentencia el derecho de acrecer, puesto que faltó su necesario presupuesto, pasamos a considerar el segundo punto en relación con el concepto, modalidades y naturaleza jurídica del fideicomiso de residuo.

I. CONCEPTO.—*Con los nombres de sustitución fideicomisaria (en adelante, s. f.) de residuo, fideicomiso de residuo (f. de r.), cláusulas de residuo o disposiciones testamentarias de residuo, se conocen aquéllas por las que el testador designa a una persona como heredero o legatario, ordenando que los bienes de que no haya dispuesto a su muerte pasen a otro heredero o legatario.*

II. MODALIDADES.—*El f. de r. ofrece dos modalidades principales, cuya común característica es que en ambas es incierta la cuantía mínima de lo que el fiduciario debe restituir, la cual puede ser todo el caudal hereditario, mucho, poco o nada del mismo. Estas dos modalidades son:*

A) F. de r. "*si aliquid supererit*", *cuando el testador faculta al fiduciario para disponer de los bienes sin trabas de ningún género, en cuyo caso los fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede, si algo queda efectivamente.*

Se suele sobrentender, aunque no con unanimidad, que el fiduciario no está facultado para disponer "mortis causa" de los bienes fideicomitidos, sino sólo por actos "inter vivos", bien únicamente a título oneroso, bien incluso a título gratuito (cfr. en contra, CREHUET, "El fideicomiso en caso de abintestato", La Notaria, 1948, pág. 99, n. 1, cit. por J. LÓPEZ LÓPEZ, "Las s. f. de cuantía mínima incierta", A. D. C., 1959, XII-3, pág. 1.070).

B) F. de r. "*de eo quod supererit*", *cuando el testador restringe los poderes dispositivos del fiduciario de tal forma que siempre los fideicomisarios deben*

recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente debe recaer en ellos por expresa voluntad del causante (Sentencias de 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959, 25 de noviembre de 1960, 20 de octubre de 1962, 31 de enero de 1963 y Resolución de 5 de octubre de 1966).

En el presente caso pudiera discutirse si estamos ante el supuesto A) o antes el B). En favor del primero milita la consideración general de que al exigir los artículos 783 y 785 del Código civil que los llamamientos sean expresos, demuestra que con ello se pretende impedir limitaciones en los derechos del fiduciario no dispuestas, clara, explícita y terminantemente por el testador, y que como las limitaciones de disponer no se presumen, el silencio del testador hay que interpretarlo a favor de la libertad de disposición por el fiduciario; es decir, que en la duda hay que entender que el testador quiso facultar implícitamente al fiduciario para disponer de los bienes y no que su voluntad fuera impedirle esa libertad de disposición, conforme al principio *"in dubio contra fideicomiso"*, aparte de que, caso de optar por la solución contraria, se nos plantearía inmediatamente el problema de determinar el límite de los actos dispositivos del fiduciario. En este caso concreto actúa en favor de que estamos ante una s. f. de residuo *"si aliquid supererit"*—y no ante una s. f. de residuo *"de eo quod supererit"* ni, mucho menos, ante una s. f. vulgar—la consideración, también específica y concreta, de que la cláusula testamentaria reza: *"... bienes que de su procedencia puedan dejar..."* y no *"... bienes que de su procedencia queden..."* o algo por el estilo, y la palabra *"dejar"*, unida a *"poder"*, implica la facultad de llevar a cabo algo, realizar actos, en oposición a los términos *"quedar"*, *"restar"*, etc., más impersonales.

A favor de la solución B) puede argumentarse que la referencia a la *"sucesión"*, entendida como sinónimo de descendencia, de los fiduciarios, implica que la voluntad del testador es la de que necesariamente pasen a los otros llamados los bienes (necesariamente algunos) que pueda dejar el fiduciario que muera sin sucesión, esto es, sin hijos; de donde estaríamos ante un supuesto de s. f. de residuo condicional del tipo *"si sine liberis decesserit"*. Ahora bien, no parece del todo correcto interpretar *"sucesión"* como sinónimo de *"posteridad"*, pues puede entenderse que la frase *"sin dejar sucesión"* se refiere a que el fiduciario no deje herederos legítimos o con derecho a sucederle *"ab intestato"*, o incluso a que no deje ordenada *"su"* sucesión en testamento. Ignoramos, pues no se dice ni siquiera se alude a ello en la sentencia, si alguno de los fiduciarios dispuso de todos o parte de los bienes y, concretamente, si dispusieron de algunos don A. y doña R. P. T., así como lo que sucedió con doña R. T. G., la cual recibió una sexta parte de los bienes y a la que no se refiere en adelante la sentencia. Al decir la cláusula *"puedan dejar"*, parece que alude a una posible facultad de disposición en favor del fiduciario, en cuya virtud no operaría la subrogación real caso de que éste hubiese dispuesto efectivamente de los bienes (cosa distinta sería si se dijera *"puedan quedar"*, o *"lo que quede"*, etc., pues mientras *"dejar"* implica necesariamente un acto voluntario—yo dejo—*"quedar"* tiene un significado más bien impersonal), lo cual no es más que una aplicación en el caso concreto de la opinión más generalizada contraria, en principio, a la actuación de la subrogación real cuando no pueda deducirse un criterio favorable a su aplicación de la voluntad del testador (cfr. arts. 212, párrafo final, y 214 de la Compilación catalana, conforme a los cuales sólo actúa la subrogación real en el f. de r. *"de eo quod supererit"* y no en el *"si supererit"*). Los posibles y peligrosos equívocos en orden a esta institución resultan así descar-

tados por la *Compilación catalana*, al establecer claramente la diferencia entre la sustitución preventiva de residuo (arts. 210, 216) y los fideicomisos y s. f. de residuo (arts. 212, 214), pues mientras en éstos el fiduciario sólo puede disponer por actos "inter vivos", en la primera puede disponer incluso "mortis causa"; otra cuestión importante resuelta en la *Compilación* es que al decir que "la s. f. de r. implicará la vulgar tácita" (art. 210, párrafo final), evita la duda, entre otros, de los problemas relativos a si en caso de premoriencia o repudiación del fiduciario los fideicomisarios de residuo serán sustitutos vulgares de aquél, aunque expresamente no se haya dicho así en el testamento. Lo cual es ejemplo de diversas soluciones, no siempre justificadas, para distintos territorios españoles y evidencia la necesidad de terminar con la pluralidad legislativa acogiendo normas forales que además de ser justas—o al menos no resultar injustificadas—eviten posibles litigios, utilizando su espíritu como punto de partida para la elaboración de principios generales utilizables en el llamado *Derecho común*.

III. NATURALEZA JURÍDICA.—Respecto a la naturaleza jurídica del f. de r. se han mantenido dos opiniones principales:

A) Según la primera de ellas, no cabe encuadrarlo dentro de la genuina s. f., siquiera se le apliquen sus normas por analogía, dado que el Código civil carece de disposiciones específicas, pero siempre se trata de una institución autónoma, cuya autonomía y especialidad estriba en la condicionalidad que la afecta, la cual lleva a decir a CLEMENTE DE DIEGO que se trata de una especie de institución condicional de heredero a favor de los fideicomisarios, estribando la condición en que existan bienes al morir el fiduciario. Esta es la opinión que puede decirse predomina en la doctrina y en la jurisprudencia (sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1955, 25 de noviembre de 1960 y 20 de octubre de 1962, afirmando la de 10 de julio de 1954 que se aplican los artículos 791, 1.114 y 1.121, y no los arts. 781 y siguientes, denominándola "institución condicional de residuo"), apoyándose fundamentalmente en la consideración de que falta la obligación de conservar y de restituir bien todos, bien una parte de los bienes.

B) Se trata de una modalidad de la s. f., pues hay obligación de restituir el remanente, caso de haberlo, y, en consecuencia, no es preciso acudir a la analogía para aplicar las normas del Código civil relativas a aquélla. Esta es la opinión que parece tiende hoy a abrirse camino en la doctrina (GONZÁLEZ PALOMINO: "Enajenación de bienes pseudousufructuados", A. A. M. N., V, p. 913; ROCA SASTRE: "Estudios de Derecho privado", II, p. 77; J. LÓPEZ LÓPEZ: "La regulación del fideicomiso de residuo en el Código civil español", A. D. C., VIII-3, julio-septiembre 1955, pp. 743-789), fundada en consideraciones de tipo histórico y en que el inciso final del artículo 783, "... salvo el caso de que el testador...", permite entenderlas comprendidas en la s. f. de modo directo.

La resolución de 8 de febrero de 1957 sintetiza muy bien estas dos opiniones al decir que el Tribunal Supremo estima que el fideicomiso de residuo es una institución condicional de heredero, subordinada a que al morir el primer instituido queden algunos bienes hereditarios, sin que hasta entonces corresponda a los fideicomisarios más que una simple expectativa para adquirir la cualidad de herederos; en cambio, para otros autores no ofrece duda que el f. de r. participa de la naturaleza de las s. f., en las que el llamado en segundo lugar adquiere derecho al residuo desde el momento de la muerte del testador (fidei-

comitente), puesto que el llamamiento de los fideicomisarios no está condicionado cualitativamente, sino sólo en su contenido.

Del aludido carácter condicional el Tribunal Supremo ha deducido que la diferencia fundamental entre la s. f. y el f. de r. es que mientras en la primera el fideicomisario transmite su derecho conforme al artículo 784 del Código civil, este precepto no se aplica al f. de r., sino que se aplica al artículo 759, en cuya virtud el fideicomisario que premuera al fiduciario nada puede transmitir, aunque, naturalmente, sobreviva al fideicomitente (sentencias de 4 de marzo de 1952 y 20 de octubre de 1954, entre otras muchas). De esta dirección parece desviarse la sentencia de 30—no de 29, como se dice equivocadamente en ésta que comentamos—de marzo de 1955 (C. L. núm. 138, t. XXXIX, páginas 538 y sigs.), cuyos dos únicos Considerandos dicen así:

«Considerando: Que en el único motivo de este recurso y con base en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., se acusa por el recurrente que la sentencia recurrida infringe el artículo 759 del Código civil, en cuanto instituidos fideicomisarios en un testamento que contiene una cláusula de residuo determinadas personas, todas ellas murieron antes que la heredera fiduciaria, no dándose el derecho de representación, por lo que debió abrirse la sucesión intestada en favor del recurrente, pero es claro que no planteándose problema alguno de interpretación de testamento y si sólo de aplicación de dicho artículo 759 del Código civil, el rigor que en nuestra Ley procesal caracteriza el recurso de casación veda a esta Sala examinar cuál sea el alcance de la institución de herederos fideicomisarios hecha en el testamento y las consecuencias que pudieran derivarse del fallecimiento de los instituidos antes de la fiduciaria autorizada para disponer de los bienes de la herencia del causante».

«Considerando: Que cualquiera que sea la estimación que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula testamentaria de residuo, tan discutida por los tratadistas, que no se ha llegado a una conclusión definitiva respecto a si le son aplicables las normas de la institución pura, las de la condicional, las de a plazo, o las modales, hasta el punto de que más bien debe atenderse a la voluntad del testador expresada en el testamento para deducir si en el fideicomiso se ha querido fijar un plazo o más bien se quiso establecer una condicionalidad, carácter condicional a que se inclina la doctrina de esta Sala, pero lo cierto es que la condición está en todo caso referida únicamente a que a la muerte del fiduciario queden bienes por no haber dispuesto de nada o sólo de parte de ellos, pues en otro supuesto el acto jurídico de la sucesión no se habría producido por la inexistencia de "residuo", quedando reducida la institución a una simple expectativa, y esto demuestra que la condición es consustancial a la existencia y naturaleza del fideicomiso de residuo y no puede serle aplicable el artículo 759 del Código civil, que se refiere a la institución de heredero o legatario afectado por una condición extrínseca a tal institución y como la define el artículo 1.113 del mismo Cuerpo legal, precepto aquél que es una aplicación concreta del principio que sienta con carácter general el artículo 1.114, y siendo éste el único motivo y fundamento del recurso, debe ser desestimado».

De aquí parece desprenderse que al tratarse de una condición impropia o "condictio iuris" no se le puede aplicar el artículo 759 del Código civil, que se refiere a las condiciones propias.

En cuanto al posible derecho de representación, cuya existencia admitió el Juzgado, se rechaza por el Tribunal Supremo, argumentando:

a) Que teniendo su razón de ser, en este caso, tal supuesto derecho de representación en la herencia de don J. T. J., y exigiéndose para su actuación la premoriencia del representado al causante, este requisito no se cumple, pues J. T. G. muere bastante después que don J., aunque premuera a su prima R. P. T.

Pero nótese que, en realidad, el problema no se centra sobre la premoriencia a don J., sino en la premoriencia de don J. a doña R. P. T., siendo ésta la transmisión que se discute, una vez que ya los bienes hicieron tránsito a la misma. Quizá por ello, no estimando el anterior razonamiento del todo convincente, se añade:

b) Que el derecho de representación no tiene lugar en la sucesión testada, al menos por lo que respecta a la que sea de carácter voluntario—de donde implícitamente pudiera considerarse admitido en cuanto a la legítima—, y que los supuestos representantes se encuentran fuera del límite de llamamientos establecido en el artículo 925, pues no son hijos de un hermano del testador, sino hijos de un sobrino del testador.

Tradicionalmente se ha venido considerando la representación como institución típica y exclusiva de la sucesión intestada, constituyendo una excepción a la regla de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto ("proximiores excludunt remotiores"), lo que no obsta para que se haya planteado la cuestión de su posible aplicación a la sucesión testamentaria, bien por vía indirecta—entendiendo que la palabra "hijos" utilizada por el testador comprende no sólo a sus descendientes directos o de primer grado, sino también a los de grado ulterior, conforme a la Ley "De verborum significatione", según la cual "filii appellatione omnes liberos intelligimus"—, bien directamente, con independencia de la interpretación testamentaria, tal y como funciona este derecho en la sucesión intestada.

El problema ha recibido distintas soluciones en las legislaciones modernas, pudiendo citarse: a) legislaciones que admiten el derecho de representación en la sucesión testamentaria, como la inglesa y los Códigos civiles de Austria, Alemania, Costa Rica, Italia (de 1865 y 1942), Turquía y Venezuela, y b) aquellas otras que no admiten la representación en la sucesión testada o, por lo menos, no la admiten expresamente como los Códigos civiles de Argentina, Cuba, Francia, Portugal y el nuestro, ante cuyo silencio una parte de la doctrina pretende su admisión.

Al estudiar en nuestro Derecho esta cuestión parece conveniente distinguir entre los tres tercios de la herencia, si bien como en el tercio de mejora la parte de que efectivamente ha dispuesto el testador juega—dentro de su limitado ámbito personal—de una forma similar a la parte de libre disposición, y la parte de que no ha dispuesto juega de manera análoga a la de legítima estricta, el problema queda reducido, en realidad, a examinar la posible actuación del derecho de representación en los tercios de libre disposición y de legítima estricta, cuyas respectivas reglas se aplicarán al de mejora según que el testador haya dispuesto o no del mismo.

Como argumentos favorables a la existencia del derecho de representación en la parte libre pueden citarse:

1.º El mismo argumento de piedad, humanidad o equidad que justifica la existencia del derecho de representación en la sucesión intestada.

2.º La palabra "siempre" que emplea el artículo 925 del Código civil indica que la representación tiene lugar "siempre" en la línea recta descendente, es decir, tanto en la sucesión intestada como en la testada, pues para referirse sólo a la primera no se hubiera empleado ese término.

3.º El artículo 929 del propio Código admite la posibilidad de representar a una persona viva en el caso de desheredación, y como ésta—la desheredación— es una institución genuina de la sucesión testada (art. 849), resulta admitida la representación en esta sucesión.

4.º La interpretación de los artículos 761, 766 y 857 del Código civil, unidos a la amplia fórmula empleada por el artículo 927 de dicho Código.

5.º En el Derecho histórico se citan como favorables la Ley 40 de Toro, una Ley de Cortes de Pamplona de 1580 y el Fuero aragonés "De fideicommissis" de 1533.

6.º En apoyo de esta solución se citan también algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y un grupo de sentencias del Tribunal Supremo relativas a Cataluña.

Frente a tales argumentos cabe decir que:

1.º El testador tiene un medio muy fácil para evitar la supuesta injusticia que trata de prevenirse mediante la equidad, como es ordenar la sustitución vulgar.

2.º La palabra "siempre", como dice LACRUZ, se refiere a que la representación se extiende en la línea recta indefinidamente y que la misma tiene lugar incluso cuando suceden los nietos solos, sin concurrir con sus tios, siendo antitética al adverbio "nunca", utilizado en el mismo artículo 925 al hablar de la representación en la línea recta ascendente.

3.º Si el testamento contiene sólo la desheredación se abrirá la sucesión intestada (art. 912, núm. 2.º), y si en el mismo existen disposiciones patrimoniales, el derecho de representación—en caso de que sea tal—se circunscribe a la legítima (art. 857), con lo que estamos fuera de la sucesión testada.

4.º De los artículos 761, 766 y 857 no puede desprenderse un argumento favorable a la existencia del derecho de representación en la sucesión testada en cuándo, en los distintos casos de concurrencia, se hereda por cabezas o por utilizables tendrían que decir que el representante legitimario adquiere derecho a todo lo que por testamento se atribuye a su representado, lo que, desde luego, no manifiestan en absoluto. Y el artículo 927 está destinado a explicar cuándo, en los distintos casos de concurrencia, se hereda por cabezas o por estirpes, por lo que al no ser su materia la cuestión relativa a la existencia del derecho de representación, carece de trascendencia a estos efectos.

5.º Los textos históricos citados no abordan el puro problema de la existencia del derecho de representación en la parte libre de la sucesión testada, sino que contemplan supuestos enlazados con la doctrina de los hijos puestos en condición, y además una disposición de las Cortes de Tudela de 1583 se muestra contraria al mismo, por lo que la cuestión tampoco era pacífica en el Derecho histórico, como se puede comprobar en nuestros clásicos.

6.º La jurisprudencia no es decisiva, pues se resiente de las mismas dudas, pudiendo citarse sentencias asimismo relativas a Cataluña, en las que se rechaza el juego del derecho de representación en la sucesión testada.

Con independencia de los anteriores argumentos negativos, pueden citarse los siguientes:

a) *La misma naturaleza del derecho de representación, en cuya virtud es la Ley y no la voluntad la que llama directamente a la estirpe del heredero; interferir un llamamiento legal en la sucesión testamentaria es un contrasentido que la Ley no autoriza, máxime existiendo para llenar este vacío la posibilidad de la sustitución vulgar.*

b) *La colocación sistemática de la materia relativa a la representación dentro del capítulo "De la sucesión intestada" en el Código civil, parece que no debe entenderse como algo casual y nos pone en la pista de que la idea del legislador es contraria a su aplicación en la sucesión testamentaria.*

c) *Esta interpretación se confirma por cuanto el propio Código alude a la representación cuando los llamamientos son legales (v. gr., art. 922) y nunca cuando resultan ineficaces los llamamientos testamentarios (v. gr., arts. 888, 912, 913, 986), siendo digna de notarse la supresión del inciso final del artículo 562 del Proyecto de 1851—equivalente al actual artículo 751—, que admitía el derecho de representación en la institución genérica hecha a favor de los parientes del testador.*

d) *El artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940 viene a dar a entender que fuera del supuesto excepcional regulado en el mismo no se admite el derecho de representación.*

e) *Históricamente parece más segura y generalizada la opinión que rechaza la ampliación de la representación a la sucesión testada, pudiéndose decir otro tanto de la jurisprudencia (sentencias de 4 de abril de 1871, 22 de junio de 1931, 7 de junio de 1932, 7 de junio de 1950 y 6 de diciembre de 1952, entre otras).*

f) *El artículo 766 del Código civil, al decir "el heredero voluntario... no transmite..." no puede menos de significar que el heredero voluntario no puede ser representado por sus sucesores en los derechos hereditarios que el testador le haya atribuido voluntariamente, pues interpretado literalmente sería un precepto redundante e inútil, por ser evidente que quien premuere al testador nada adquiere ni, por tanto, nada puede transmitir.*

A la vista de lo expuesto y aunque haya quienes, como NOVOA SEOANE, GIMÉNEZ ARNAU, ALEI AGERO, MARTÍNEZ CALCERRADA y CASTÁN, se muestran partidarios de admitir la representación en la sucesión testada, puede concluirse que no es preciso invocar ésta, pues para conseguir sus mismos efectos se puede entender, cuando exista base suficiente para ello en el testamento—lo que normalmente sucederá más fácilmente cuando todos los interesados sean descendientes del testador que si se trata de colaterales o extraños—, que hay a favor de los descendientes ulteriores una sustitución vulgar tácita, ya que, como dice DE LA CÁMARA, siempre que el testador haya instituido a todos sus sucesores legales de un mismo rango o grupo de ellos sin discrepar de la regulación legal del "ab intestato", podrá acudirse a las normas de éste para interpretar y completar las disposiciones testamentarias oscuras o insuficientes, suministrándonos el propio Código civil, en su artículo 770, un ejemplo de lo que decimos. Por todo lo cual parece conveniente reafirmar con la mayor energía y claridad posibles la inexistencia del derecho de representación en la sucesión testamentaria, al menos en cuanto a la porción libre y a la de mejora de que

dispuso el testador. En cuanto a la parte de legítima escrita y a la de mejora de que no ha dispuesto el testador, sólo diremos, por no ser tema de esta sentencia, que la opinión más general entiende que en los supuestos de incapacidad, indignidad o desheredación no hay propio derecho de representación, sino una "successio graduum", y que en el caso de premoriencia existirá preterición, conforme declaró la Resolución de 14 de noviembre de 1959 frente a la sentencia de 6 de diciembre de 1952, que admitió la representación en este caso.

b) Sustitución fideicomisaria familiar condicional en Cataluña.

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1966.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado don R. F. B. contra la sentencia pronunciada por la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria en cuanto al dicho demandado, apelante y recurrente, de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Barcelona.

«Considerando: Que para resolver con acierto la primera cuestión—si las cláusulas del testamento otorgado por don J. O. V. en 7 de noviembre de 1889 no establecen un fideicomiso familiar condicional de manera clara y concreta y, por tanto, existiendo duda sobre ello debe prevalecer el criterio de libertad de disposición en el instituido—basta tener en cuenta que aquel testador en su discutido testamento dispuso: «Instituyo y nombro en heredero mío universal a mi amado hijo I., con la obligación empero de . . . de cuya herencia el citado I. si muriera dejando hijos uno o más legítimos y naturales y de legítimo y carnal matrimonio procreados, podrá disponer libremente a favor de los mismos sus hijos del modo que mejor le parezca. Y para el caso de morir sin hijo o hijos, podrá disponer... y de lo demás al mismo I. sustituyo y en herederos míos universales instituyo a los demás hijos suyos varones, que nacidos o póstumos, en el día de mi muerte, tal vez existiesen, no a todos juntos, sino al uno después del otro, orden de primogenitura guardado, con las mismas obligaciones y condiciones que impuse a mi hijo primogénito...».

«Considerando: Que, por tanto, cuando la sentencia recurrida afirma que en tal testamento se estableció un fideicomiso familiar condicional, interpreta correctamente sus cláusulas, pues en ella aparece claramente reflejada la voluntad del testador de que su hijo I no podía disponer libremente de la herencia que le deja más que haciéndolo en favor de sus aludidos hijos, adjudicándole a cada uno lo que estimase conveniente—en la forma que le parezca—con tal que los distribuya toda la herencia; contra esa interpretación no puede prevalecer la que propugna el recurrente en el primer motivo del recurso, el que sostiene que al ordenar el testador que su hijo I. pueda disponer libremente en favor de sus hijos, le faculta para disponer libremente de sus fincas como le plazca en favor de cualquier persona, aunque no sea hijo suyo. .».

«Considerando: Que el motivo segundo del recurso también tiene que claudicar, porque el recurrente para fundarlo parte de un supuesto que no se da en el presente caso: sostiene el motivo que el testamento de don J. O. V. con-

tiene cláusulas oscuras de las que no aparece la imposición de la carga o gravamen de restitución de bienes al don I., y, consiguientemente, ante esa duda debe optarse por la libertad de disposición; pero como la realidad es otra, pues no existe tal duda, sino que aparece clara la imposición de aquel gravamen de restitución, el motivo, al carecer de apoyo, no puede prosperar».

COMENTARIO

Los motivos primero y segundo del recurso aducen, respectivamente, la violación o no aplicación del artículo 675 del Código civil, por haberse interpretado erróneamente el testamento otorgado por don J. O. V. y la violación o no aplicación de las Leyes 25, 1, del Digesto, "*De legatis et fideicommissis*"; 9.^a, "*Quando dies legat vel fideicommissis cedat*"; 1.^a y 27, "*De vulgari et pupilari substitutione*"; 3.^a del Codex, "*De liberis praeteritis vel exheredatis*"; 5.^a, "*De impuberum et aliis substitutionibus*", así como los artículos 165, 169 y 174 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, 783 y 785 del Código civil y doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 21 de mayo de 1890 y 8 de julio de 1929, y el principio de Derecho romano "*in dubio contra fideicomisso*".

La argumentación se mueve toda ella en la misma línea, consistente en invocar la regla de que, en caso de duda, debe estarse a favor de la mayor libertad de disposición, por lo que el fideicomiso no se presume (art. 165 de la Compilación catalana); en la duda, se entenderá que es simple recomendación (art. 169); prevalece la sustitución vulgar sobre la fideicomisaria en los casos dudosos y el fideicomiso de sustitución sobre el puro (art. 169).

En el presente caso nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria condicional familiar y de elección, impuesta al fiduciario en favor de sus hijos, cuyo precedente se encuentra en la Novela 159 de Justiniano. Precisamente durante la dominación romana nació el fideicomiso familiar en Cataluña, cuya defensa hace DURÁN Y BAS ("*Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*", Barcelona, 1883, págs. 248-250). Parecen, por tanto aplicables los principios que inspiran el Derecho catalán, recogidos en los artículos 177, 178 y 180 de la Compilación.

Afirmada la existencia de la sustitución fideicomisaria, la regla general, recogida en el artículo 186, párrafo 1.º, de la Compilación—conforme el precedente del Codex 6, 43, 3—es la de la inalienabilidad de los bienes fideicomitidos, que arrastra la nulidad de las enajenaciones hechas por el fiduciario, según manifiestan las sentencias dictadas en el presente caso.

V) TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL.

a) *Capacidad del testador. Enajenación mental no declarada judicialmente. Heredero de confianza.*—Artículos 661, 663, 664, 666, 685, 695.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1966.

HECHOS

Fallecido en San Baudilio el 29 de marzo de 1959 F. A. B., bajo testamento notarial abierto—único otorgado—, de fecha 30 de enero de 1940, en el que nombró heredero de confianza al que sea Alcalde-Presidente del Ayuntamiento del pueblo de S. al tiempo de su muerte, circunstancia que concurrió en el demandado, para que distribuya los bienes relictos entre las diez familias pobres más necesitadas de la expresada localidad, uno de los cinco hermanos del testador, R. A. B., pretende que se dicte sentencia declarando la nulidad absoluta y radical ineficacia de dicho testamento por enajenación mental del testador, el cual había sido internado en una clínica psiquiátrica, donde permaneció hasta su muerte, el 1 de marzo de 1941—por tanto, después de haber otorgado el testamento—, si bien no había sido declarado legalmente incapacitado.

El Juzgado de Primera Instancia de Cervera declaró nulo de pleno derecho el testamento; pero apelada por el demandado la sentencia, la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona estima el recurso, y revocando la sentencia del Juzgado, absuelve al demandado.

Interpuesto recurso de casación por el demandante y apelado, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al mismo en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Considerando: Que por tratarse de un testamento público autorizado notarialmente habrá igualmente de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 685 y 695, ambos del Código civil, en el primero de los cuales se dice: «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», añadiéndose en el segundo, después de establecer los requisitos formales a que habrá de ajustarse esta clase de testamento, que «el Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento», preceptos que consiguientemente no puede afirmarse que fueron aplicados indebidamente, como se pretende en el motivo sexto del recurso, porque al no existir, como no existía, una declaración legal de incapacidad, la aseveración del Notario de que el testador se encontraba en la integridad de sus facultades mentales es absolutamente necesaria en cuanto que autorizó el testamento de referencia, como reconoció la constante jurisprudencia de esta Sala, la cual ha precisado que la expresión «procurarán asegurarse» del artículo 685, que sustituye a la más imperativa «deberán asegurarse» de la primera edición oficial del Código, revela que no se requiere una aseveración de capacidad con certeza absoluta, ni tampoco la intervención facultativa, sólo necesaria en el caso de demencia, previsto en el artículo 665 (sentencia de 25 de mayo de 1940), sino que simplemente indica un juicio que sirve para integrar una presunción *iuris tantum*, a la cual habrá que estar mientras que de

una manera clara, concluyente y terminante no se demuestre la incapacidad del testador (sentencias de 16 de noviembre de 1918, 8 de mayo de 1922, 25 de octubre de 1928 y 23 de febrero de 1944), lo que pone de relieve la procedencia de la aplicación efectuada por la sentencia recurrida y obliga al perecimiento de dicho motivo».

«Considerando: Que con el fin de atacar esta presunción que la Sala sentenciadora estima no fue suficientemente desvirtuada, se alegan los cuatro primeros motivos del recurso, en el primero de los cuales se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, con apoyatura en cuatro clase de documentos, de los que se pretende resultar con evidencia la denuncia del testador: a) una certificación médica, del momento del internamiento del interesado en un casa de salud varios meses después de otorgado el testamento, en la que se dice que padecía una anomalía psíquica desde cuatro años antes; b) un diagnóstico de parafrenia crónica, redactado por un médico especialista; c) un certificado de defunción, donde figura que la causa de la misma había sido la esquizofrenia; d) finalmente, unos llamados «documentos delirantes», redactados al parecer por el propio testador cinco años antes del otorgamiento del testamento; debiéndose decir, sin embargo, que ninguno de ellos sirve para la finalidad pretendida, no sólo porque carecen del carácter de auténticos exigidos por la Ley a los efectos de la casación civil, sino además porque no se refieren al momento mismo de la redacción del testamento, que es al que se contrae la aseveración notarial de capacidad, de acuerdo con la norma del artículo 666 del Código civil, siendo inoperante el hecho de la causa de la muerte acaecida diecinueve años después, así como la circunstancia del internamiento en un centro psiquiátrico, puesto que el artículo 664 del mismo Código legal proclama la validez del testamento hecho antes de la enajenación mental, y en este caso, según ya se ha dicho, no existió precedentemente una declaración legal de incapacidad; del mismo modo que es irrelevante la situación mencionada de anomalías anteriores que se afirma existieron, en cuanto no debieron ser ni constantes ni graves hasta el instante en que aquel internamiento tiene lugar, pues, caso contrario, éste se habría verificado con anterioridad; todo ello con independencia de la disparidad diagnóstica que algunos de dichos documentos ponen de manifiesto, al afirmarse en uno que el testador padecía una parafrenia crónica—que, por otra parte, no indica sino la presencia de manías más o menos acusadas—, y sostenerse en otro que falleció a consecuencia de la esquizofrenia que padecía, pues se trata de conceptos técnicos perfectamente diferenciados en el mundo de la moderna psiquiatría; razones todas ellas que obligan a la desestimación del indicado motivo».

«Considerando: Que... se denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, y concretamente la pericial, afirmándose que la sentencia recurrida infringió la norma del artículo 1.243 del Código civil, en relación con el 632 de la Ley Procesal, al no dar valor debido al dictamen emitido por tres médicos que negaron la lucidez del testador, frente a la cual es preciso afirmar que la doctrina de esta Sala es constante y unánime en el sentido de que aunque la prueba pericial fuese la única utilizada en el juicio, no puede obligar al Tribunal a aceptar el dictamen del perito ..., quedando en definitiva sometida la prueba pericial a la discrecional apreciación del juzgador de instancia... debiéndose añadir que, por otra parte, el dictamen alegado ni se refiere al momento concreto del otorgamiento del testamento—que una vez

más es necesario recordar es al que se contrae el artículo 666 del Código civil—, ni es emitido como consecuencia de un examen personal de presente, sino a la vista de unos diagnósticos e historias clínicas redactadas precedentemente y que fueron presentadas a los facultativos que lo emiten, a causa de todo lo cual este motivo está también obligado a perecer».

«Considerando: Que .. la presunción derivada de la fe notarial en cuanto a la capacidad del testador no fué desvirtuada por una prueba plena y concluyente, sino que, por el contrario, quedó reforzada con el resultado negativo de la practicada, que no ha sido bastante para el fin que se propuso. ».

COMENTARIO

Esta sentencia insiste en una doctrina ya consolidada, cuyos principales puntos son:

1.º *La apreciación de la capacidad del testador es una cuestión de hecho, cuya valoración es de la competencia exclusiva de la Sala sentenciadora (sentencias de 9 de abril de 1948—C. L. núm. 110—, 18 de mayo de 1954—C. L. número 204—, 18 de diciembre de 1958—C. L. núm. 769—, 16 de abril de 1959—C. L. núm. 239—y 24 de abril de 1959—C. L. núm. 268—, la cual hace referencia, a su vez, a las de 8 de mayo de 1909, 24 de noviembre de 1944, 10 de abril de 1944, 9 de abril de 1948 y 16 de abril de 1959).*

2.º *Al no existir una declaración legal de incapacidad, la aseveración del Notario de que el testador se encontraba en la integridad de sus facultades mentales, a juicio del mismo, es absolutamente necesaria y suficiente, integrando una presunción "iuris tantum", a la cual habrá que estar mientras que de una manera clara, concluyente y terminante no se demuestre la incapacidad del testador.*

Sobre este particular, sentencias anteriores manifiestan que la intervención del fedatario imprime a las afirmaciones contenidas en el testamento que autoriza una mayor seguridad, que obliga al juzgador a examinar incluso la falsedad del acto para producir sus declaraciones contrarias al mismo (sentencias de 9 de abril de 1948, 18 de diciembre de 1958 y 16 de abril de 1959) y que la capacidad mental de todo testador se presume, salvo prueba en contrario, por lo que su incapacidad ha de tener cumplida demostración (sentencias de 1 de febrero de 1956—C. L. núm. 64—y 25 de marzo de 1957—C. L. número 257—, que cita las de 30 de abril de 1920, 8 de mayo de 1922, 7 de diciembre de 1927 y 10 de abril de 1944).

3.º *La expresión "procurarán asegurarse" revela que no se requiere una aseveración de capacidad con certeza absoluta.*

Sabido es que las frases "procurarán asegurarse" y "a su juicio", de los artículos 685 y 965 del Código civil fueron introducidas en la segunda edición del Código, en atención a la crítica adversa que suscitó la primitiva redacción (cfr. Modesto FALCÓN, "Código civil español", Apéndice, tomo V, Madrid, 1890, páginas 53-55), de la que pueda servir de muestra las siguientes palabras, pronunciadas por Luis SILVELA en la discusión parlamentaria: "El Notario puede dar fe de aquellas cosas que entran por los sentidos; por ejemplo, de que están presentes el testador y los testigos; pero dar fe de que el testador tiene la capacidad necesaria para otorgar testamento, es decir, de que tiene su mente

serena, de que sabe perfectamente lo que dice y de que no está loco, en ocasiones es sumamente difícil" ("El Código civil". *Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889. Colección de discursos pronunciados en el Senado y Congreso de Diputados, Madrid, 1889, pág. 345*).

4.º *Se declara además que "aunque la prueba pericial sea la única utilizada en un juicio no puede obligarse al Tribunal a aceptar el dictamen del perito", conforme a un criterio ya reiterado.*

5.º *En cuanto al heredero de confianza, por no ser su naturaleza jurídica y atribuciones objeto del recurso, se limita a declarar la sentencia que es una categoría especial, según el Derecho catalán, que está privada en absoluto del carácter de parte interesada y que se presenta rodeada, más que de derechos, de auténticos deberes en cuanto al modo de distribución de los bienes hereditarios entre los verdaderos herederos.*

Esta figura se encuentra regulada en los artículos 118 a 121, 244, 262 y disposición transitoria 1.ª de la Compilación catalana, a partir de cuya entrada en vigor sólo podrá nombrarse herederos o legatarios de confianza a personas individualmente determinadas y no a personas jurídicas ni a personas físicas por razón de su cargo, pues tales cargos entrañan conocimiento y hasta intimidad de los designados con el testador, que no puede darse en las personas jurídicas ni en los cargos renovables. Como el causante falleció antes de la vigencia de la Compilación, no hay lugar a plantearse siquiera el problema de derecho transitorio.

6.º *Por último, interesa precisar que no es rigurosamente exacto, contra lo que se afirma en la sentencia, que la aseveración notarial de capacidad, de acuerdo con el artículo 666 del Código civil, se contrae al "momento mismo" de la "redacción" del testamento, sino al del otorgamiento, pues tal y como es interpretado el requisito de la unidad de acto es perfectamente posible que la redacción del testamento preceda en bastante tiempo al otorgamiento. Quizá advirtiendo este "lapsus" rectifica luego la sentencia, manifestando que el momento concreto del otorgamiento del testamento es el que se contrae al artículo 666 del Código civil.*

b) *Fe pública notarial: ¿puede prevalecer sobre la afirmación del Notario autorizante del testamento el contenido de un acta notarial en la que los tres testigos del testamento manifestaron no conocer al testador ni recordar haber intervenido en semejante acto, la primera de cuyas negaciones—no conocer al testador—fué desvirtuada al declarar como testigos a la presencia judicial?*

La sentencia de 8 de octubre de 1966 responde negativamente.

«Considerando: Que en el primero de los motivos... se alega error de derecho en la apreciación de la prueba, diciéndose infringido lo dispuesto en el artículo 1.218 del Código civil..., centrándose la pretendida infracción en torno al acta de requerimiento notarial de 2 de diciembre de 1959, en que los tres testigos del testamento que da lugar a las presentes actuaciones, otorgado el 12 de marzo del mismo año, afirmaron no conocer al testador ni recordar haber intervenido en semejante acto, afirmación que después a lo largo del pleito y concretamente al declarar como testigos a la presencia judicial, fué desvirtuada en cuanto a lo primero, momento éste en que se apoya fundamentalmente la sentencia recurrida para llegar a la conclusión impugnada, que no

incurrir en el error de Derecho que se denuncia, porque, como tiene proclamado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala..., las manifestaciones o declaraciones hechas por las partes en documento público, especialmente actas notariales, carecen de fe pública en cuanto a su veracidad intrínseca, pues lo único que aquélla cubre es el hecho en sí de las mismas, pero nunca su certidumbre, que puede ser desvirtuada por cualquiera de los demás medios probatorios dentro del conjunto de la prueba que se practique, al modo como sucedió en el presente caso».

«Considerando: Que el perecimiento del anterior deja sin la base fáctica indispensable el segundo y último de los motivos del recurso..., en cuanto que en el testamento cuya nulidad se pretendió resulta que intervinieron los testigos de conocimiento requeridos legalmente, no pudiéndose, por tanto, sostener que se incumplieron las formalidades exigidas ni que sea preciso aplicar la sanción que para estos supuestos se decreta en el artículo 687, lo que obliga a la desestimación de este motivo y con él la del recurso en su totalidad...».

X) TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Nulidad por falta de autografía y firma.

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1966.

«Considerando: Que el primer motivo del recurso acusa la infracción, por violación de lo dispuesto en el artículo 688 del Código civil, ya que éste, en su párrafo segundo, dice que para que sea válido el testamento ológrafo deberá estar todo él escrito y firmado por el testador, con la expresión del año, mes y día en que se otorgue, circunstancias que, a juicio del recurrente, concurren en el que es objeto de autos; pero es fácil ver que tal afirmación choca radicalmente con la que hace la Sala sentenciadora al proclamar textualmente "que admite" en sustancia los argumentos y presunciones *ad hominem* contenidos en el octavo Considerando de la sentencia recurrida, estima que el documento manuscrito fechado en Plasencia el 23 de diciembre de 1959, y que se protocolizó por el Notario de dicha ciudad, don ..., el día 23 de enero de 1962 con el número 5 de su protocolo corriente, no fué escrito de puño y letra de don G. G. C., no habiendo sido tampoco firmado por dicho señor, y estima igualmente que el repetido don G. no estampó su firma al pie del documento mecanografiado que aparece fechado en 15 de noviembre de 1959, ambos documentos literalmente transcritos en los hechos cuarto y sexto, respectivamente, de la demanda", aceptando así de modo expreso lo que, por su parte y también de modo textual, consignó el Juzgado al declarar que "el examen conjunto de los objetivos y de las presunciones *ad hominem*, antes aludidos, impide al Juzgado el estimar probada la autenticidad de los documentos cuestionados y la falta de prueba de esta autenticidad ha de ser padecida, conforme a las reglas distribuidoras del *onus probandi*, que, como la jurisprudencia dice, son reguladoras de la falta de prueba, por la parte actora reconvenida"; es decir, que el motivo, en su literal enunciado, no puede prosperar porque parte de un supuesto negado en las sentencias de instancia, y que, por referirse a

simples cuestiones de hecho, exigía en casación su impugnación previa, por el cauce o vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil.

«Considerando: Que, pasando del enunciado al desarrollo del motivo, se advierte que en el fáctico necesario para que prospere la infracción por violación del artículo 688 del Código civil, estima el recurrente que se da a su favor, por cuanto, según afirma, "el reconocimiento de que el testamento de 3 de diciembre de 1959, otorgado por don G. G. C., estaba escrito todo él de puño y letra del testador y firmado por el mismo, con expresión del año, mes y día en que se otorgó, consta de forma clara, terminante y definitiva en el auto del Juzgado de Plasencia de 10 de enero de 1962, que resolvió el expediente de protocolización y ordenó la incorporación de dicho documento al protocolo de la Notaría de don . . . de Plasencia, incorporación que se llevó a cabo en 23 de enero de 1962", y en cuyo primer Considerando se dice textualmente que "el testamento ológrafo cumple todas las condiciones exigidas, por estar todo él escrito por el testador, y que el mecanográfico, también acompañado, no podía viciar aquél, por el principio *utile per inutile, non viciatur*, pues en el último término se tendrá por no existente", de cuyas alegaciones y de las demás que se contienen en el motivo se viene a deducir que, al conceder una fuerza vinculante tal al auto ordenando la protocolización del testamento discutido, que invalida *per se* y *a priori* lo afirmado por los juzgadores de instancia al resolver el procedimiento contencioso, iniciado posteriormente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 693 del Código civil, establece de manera indirecta una presunción de cosa juzgada a favor de lo resuelto en aquel auto que por sí contiene la base fáctica necesaria para apoyar la tesis que el motivo definido, prescindiendo de las afirmaciones hechas en contrario por quienes juzgaron el pleito a que el recurso se contrae, lo que obliga a examinar, por su trascendencia, este aspecto de la cuestión, tanto en su fase meramente formal, como en la que atañe a su fondo y contenido».

«Considerando: Que para ello es preciso tener en cuenta: A) En su matiz meramente formal: 1.º) Que esa discordancia entre el enunciado del motivo y su contenido material se compagina difícilmente con la claridad y precisión que se exige en la formación del recurso por el párrafo 1.º del artículo 1.720 de la Ley Procesal, 2.º) Que el tema de la "cosa juzgada" tiene para su acceso a la casación el cauce específico del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, por lo que es incorrecto el planteamiento de la cuestión al amparo del número 1.º de aquél; 3.º) Que teniendo la "cosa juzgada" un matiz predominantemente sustantivo, requiere para su éxito en casación la cita del artículo 1.252 del Código civil, absolutamente omitida en el caso de autos; y 4.º) Que, por imperativo de lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, no puede plantearse en casación eficazmente el tema de la "cosa juzgada" si no se ha alegado esta excepción en el juicio, debiendo entenderse la prevención legal en el sentido de haber de deducirse en el período expositivo de aquél, pues en otro caso y a efectos de admisión, y en su caso desestimación, de este recurso extraordinario, entrará en juego lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1.629, que excluye las llamadas "cuestiones nuevas", o sea, las no debatidas en el pleito, y en el presente litigio aducida y postulada, por vía reconvenzional, la declaración de nulidad del testamento, base de la demanda, por faltarle el esencial requisito de la autografía, el actor renunció al trámite de réplica y contestación a la reconvencción, y nada ha argüido ni propuesto hasta este trance sobre la excepción que ahora tan tardía e indirectamente se

alega. B) En cuanto al fondo de la cuestión, basta con tener en cuenta que si bien los preceptos de carácter procesal contenidos en la sección IV del capítulo 1.º del título III del Código civil, que hubo de incluir en su articulado al introducir como nuevo el testamento ológrafo, no ofrecen una identidad absoluta con los que en la Ley de Enjuiciamiento regulan los actos de jurisdicción voluntaria, pudiendo señalarse diferencias, alguna tan acusada como la de no ser obstáculo la oposición que se formule para la decisión del expediente y aun para la ejecución de lo acordado en la misma, no puede negarse la finalidad común de fijar, por trámites abreviados, una situación jurídica, sin perjuicio del derecho de los interesados para discutir la misma cuestión en un procedimiento posterior más amplio; este derecho lo fija, para los interesados, en la validez o ineficacia del testamento ológrafo, el párrafo 2.º del artículo 693 del Código civil, cuya infracción ni siquiera se aduce en el presente recurso, y por la generalidad con que el precepto se expresa no estableciendo cortapisa ni limitación ninguna para el ejercicio del derecho que reconoce y atendido el carácter restringido y especial que ofrece la prueba que se autoriza a practicar en el expediente de protocolización que la cita para la práctica de las diligencias se ciñe a las personas que señala el artículo 692, por lo que pueden estar en involuntaria ausencia del expediente los verdaderamente interesados en la sucesión, y, sobre todo, habida cuenta de la importancia que tiene la fijación de la norma rectora de aquélla, que pueda afectar a intereses cuantiosos, sin existir razón alguna para que se disminuyan sus garantías en el terreno procesal, se ha de concluir, sentando la doctrina ya anticipada por esta Sala al proclamar que la resolución que recaiga no puede ser objeto del recurso de casación, por no tener carácter de definitiva, que el auto accediendo o denegando la protocolización no puede producir o fundamentar la excepción de "cosa juzgada" ni aun en el sentido limitado a la autografía del testamento que el recurrente propugna, todo lo que impone, unido a lo dicho en el Considerando primero, la plena desestimación del motivo que se examina».

«Considerando: Que en el segundo de los que integran el recurso y también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia la infracción, por violación, de la doctrina legal aplicable al testamento ológrafo y que se hace derivar de las sentencias que se citan, ninguna de las cuales debilita, sino que, por el contrario, robustece cuanto queda con anterioridad dicho; en esencia, la tesis del recurrente se centra en la alegación de que tanto la afirmación notarial de quedar cumplidos los preceptos legales que regulan el testamento abierto, como la que haga el Juez de Primera Instancia en el mismo sentido, al dictar el auto con que resultaba el expediente de protocolización del testamento ológrafo, son sendas presunciones que sólo cabe destruir por adecuada prueba en contrario; hasta aquí la tesis resulta correcta, pero lo que a continuación agrega el recurrente es que en el caso de autos la prueba no fué suficiente para llegar a la afirmación contraria a lo establecido en el auto ordenando la protocolización, e intenta demostrarlo mediante un estudio subjetivo de los dictámenes periciales vertidos o aportados a los autos; de nuevo la rotulación del motivo no corresponde a su contenido real, pues evidentemente lo que se aduce es un error de Derecho, cometido en la valoración de la prueba, cuyo cauce adecuado sería el del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley ritualaria, pero que sin duda no lo utilizó el recurrente ante la reiterada doctrina sentada por esta Sala de que las normas reguladoras de la valoración de la prueba de peritos no pueden servir de

fundamento a un recurso de casación, dada la libertad que para su apreciación se concede a los Tribunales de instancia, y como, en suma, contra tal libertad de apreciación se va en el motivo que ahora se examina, tampoco el mismo puede prosperar».

Y) TESTAMENTO EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE.

Sus requisitos. Domiciliación de los testigos.—Artículos 681, número 2.º, 687, 700 del Código civil.

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1966.

HECHOS

El testador, señor Cura párroco de ., falleció el 17 de noviembre de 1960, a los ochenta y nueve años de edad, bajo testamento—cuya validez se discute—otorgado el día antes de su muerte ante cinco testigos, de los cuales dos estaban domiciliados en diferente término municipal, conforme al artículo 700 del Código civil, el cual fué ordenado protocolizar por el Juzgado, y en cuya virtud resultaban considerablemente perjudicadas las dos sobrinas del testador, únicas herederas del mismo, conforme al testamento notarial abierto, otorgado el 7 de marzo de 1934, las cuales veían, por tanto, sumamente mermadas sus participaciones en la herencia de su tío.

Las sobrinas del causante suplican al Juzgado de Primera Instancia que se declare nulo y sin valor alguno el pretendido testamento ante testigos, como así lo declaró el Juzgado.

Apelada esta sentencia por el principal favorecido, según el supuesto testamento testifical, la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de ... estimó la apelación y revocó la sentencia del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación por las demandantes y apeladas, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso, casando y anulando la sentencia de la Audiencia y confirmando la del Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Considerando: Que al girar toda la discusión que ha dado lugar al presente recurso en torno a la validez de un determinado acto testamentario, es imprescindible partir del carácter que el testamento tiene en nuestro Derecho, en el sentido de que por su esencia es eminentemente formal y solemne, que precisa la existencia de una forma escrita—que aquí es requisito *as substantiam*—y de otros requisitos requeridos por cada especie de los que el testador no puede prescindir ni sustituir y cuyo incumplimiento acarrea inexorablemente la sanción del artículo 687 del Código civil...».

«Considerando: Que la antedicha regla formalista de carácter general tiene aplicación lógica en el caso—como el aquí contemplado—del testamento hecho en peligro de muerte, regulado en el artículo 700 del Código civil, puesto que

está incluido dentro del mismo capítulo, que es el 1.º del título III del libro 3.º del propio Código, que supone una excepción a la forma pública ordinaria en la que no es necesaria la presencia del Notario, bastando la concurrencia de los cinco testigos allí prescritos, quienes habrán de reunir las condiciones indispensables de idoneidad que la Ley establece y sin que, por tanto, medie ninguna de las causas de incapacidad señaladas en el artículo 681, donde se enumeran las personas que no pueden ser testigos en los testamentos, las cuales tendrán que ser interpretadas aquí con criterio restrictivo—como ya dijeron las sentencias de 5 de mayo de 1897, 4 de octubre de 1957 y 24 de octubre de 1958—, dada la índole excepcional del supuesto a que se refieren, pues una cosa es que se den facilidades para la confección de esta clase de testamentos y otra completamente distinta que al socaire de aquella facilidad se pretenda eludir el cumplimiento de los demás requisitos esenciales exigidos para esta clase de actos en la sección del Código civil dedicada al testamento abierto, siempre que, como dijo la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1957, sean racionalmente compatibles con las peculiaridades que distinguen a esta forma especial de testar, con el fin de que no se ponga en peligro su autenticidad con una posible confabulación posterior».

«Considerando: Que entre los referidos requisitos de capacidad que deben reunir los testigos testamentarios interesa destacar—dado el problema planteado en este recurso—el comprendido en el número 2.º del citado artículo 681 del Código civil, es decir, la domiciliación, establecida en la forma de considerar inhábiles a "los no domiciliados en el lugar del otorgamiento", salvo en los casos en que expresamente exceptúe la Ley o cuando intervenga Notario, siempre que los testigos aseguren conocer al testador y dicho Notario conozca tanto a éste como a aquéllos, excepción ésta que fué introducida con la reforma de 24 de abril de 1958 siguiendo las huellas de la Ley del Notariado de 1 de abril de 1939, cuyo artículo 2.º, en su párrafo 2.º, así lo había establecido para el mencionado supuesto específico del testamento autorizado por fedatario público, único que permite contemplar la propia redacción del precepto, así como el sentido lógico y sistemático que la doctrina científica reconoció unánimemente y que la misma sentencia recurrida no duda tampoco en admitir sin discusión».

«Considerando: Que al no estar incluido el testamento hecho en peligro de muerte en ninguno de los casos en que la exigencia del domicilio hace excepción, es necesario precisar su concepto a los efectos de valorar si en el presente caso fué cumplida o no con respecto al testamento que aquí se discute, debiéndose a este fin tener en cuenta lo siguiente: a) Que el único domicilio que la Ley toma en consideración es el civil, es decir, el definido en el artículo 40 del Código como "el lugar de la residencia habitual", sin perjuicio de los requisitos específicos que puedan establecer las Leyes administrativas al referirlo a determinado Municipio, al modo como ya dijo esta Sala en las sentencias de 20 de noviembre de 1906 y 17 de abril de 1907; b) Que, como consecuencia, lo decisivo es el hecho de dicha residencia habitual, con absoluta independencia del empadronamiento o demás exigencias de orden administrativo a los efectos de su concreción en un término municipal, siempre que no se trate de una residencia accidental o pasajera, como también se dijo por esta misma Sala en las sentencias de 30 de abril y 1 de junio de 1909 y en la de 31 de diciembre de 1893; c) Que igualmente es independiente de los conceptos canónicos de parroquia y de feligres, pues como declaró la jurisprudencia

ciá anterior al Código civil—especialmente en las sentencias de 17 de febrero de 1882 y 19 de mayo de 1887—el único criterio aceptable para fijar el concepto de vecino en caso de conflicto entre demarcaciones eclesiásticas y civiles es el hecho de pertenecer al mismo Municipio o término municipal, siendo, por tanto, indiferente que sean todos feligreses de una misma parroquia o habiten en diversos grupos de población; d) Que el domicilio exigido, entendido como residencia habitual, ha de ser el del lugar del otorgamiento del testamento».

«Considerando: Que el testamento discutido que da lugar al presente recurso aparece otorgado el día 18 de noviembre de 1960 en la parroquia de San Martín de Meirás, término municipal de Sada, figurando en el mismo dos de los cinco testigos—concretamente, don A. D. G. y don A. M. D.—como vecinos de San Martín de Dorneda, del término municipal de Oleiro, distinto, consiguientemente, de aquel en que el testamento fué otorgado, como el Tribunal *a quo* reconoce abiertamente, sin que la disparidad aludida pueda quedar justificada por la circunstancia de que la parroquia de la segunda de las citadas poblaciones la tuviese anexionada el testador, siendo absolutamente inoperante a efectos civiles el hecho de que los indicados testigos fuesen o no feligreses del testador y en esta condición le conociesen—al modo como para toda clase de testigos y testamentos exige el párrafo 2.º del artículo 685 del Código civil—, pues como ya se ha dicho anteriormente, este simple conocimiento—única posible consecuencia civil de la feligresía de orden canónico—no puede ser bastante en los testamentos como el que aquí se examina, en que no interviene un Notario autorizante, ni tampoco puede sostenerse que la anexión eclesiástica de la parroquia pueda suponer una idea de término territorial superior y comprensivo de las demarcaciones administrativas, y al entenderlo de otro modo la sentencia recurrida es evidente que cometió la infracción, por violación del artículo 681, en conexión con el 700 del Código civil, que se denuncia en el motivo primero..., que, en consecuencia, debe ser estimado y con él la totalidad del recurso interpuesto..., casando y anulando la sentencia que se recurre».

Y en la segunda sentencia se confirma íntegramente la del Juzgado.

COMENTARIO

Merece aplauso esta sentencia, que continúa la trayectoria de otras anteriores a la reforma de 1958 (v. gr., sentencias de 17 de noviembre de 1898, 20 de noviembre de 1893 y 31 de diciembre de 1900), en cuya virtud y con criterio netamente jurídico se corta la posibilidad de abusos y el consiguiente desprestigio del acto testamentario. Así, la sentencia de 19 de octubre de 1953 expresa que "las condiciones exigidas a los testigos en los testamentos en peligro inminente de muerte han sido objeto de un amplio criterio, admitiendo que puedan serlo los vecinos y domiciliados en la localidad donde se otorga, por constituir su residencia habitual; pero no se autoriza para ello a los transeúntes, como ocurre con las personas que circunstancialmente prestan servicios de vendimia en determinado lugar, sin ser residentes en él".

Los artículos 572 y 590 del Proyecto de 1851 venían a establecer el principio contrario, esto es, la no domiciliación de los testigos, salvo en el caso de que la Ley lo exigiese expresamente, observando GARCÍA GOYENA que "la Ley recopi-

lada 1, título 18, libro 10, exigía la calidad de vecinos; pero como en muchos casos podía ser dudosa y dar ocasión a pleitos, se ha sustituido la vecindad por el domicilio, que en casi todos los casos bastará para que los testigos conozcan al testador, y ellos mismos sean conocidos". La "ratio" de la exigencia parece ser, por tanto, la de que los testigos conozcan realmente al testador, lo que se presume más fácilmente si tienen el mismo domicilio. Pero nótese que tal exigencia es prácticamente inoperante en poblaciones de alguna importancia. Quizá por esta razón, la jurisprudencia ha acentuado el carácter formalista y "abstracto", pudiéramos decir, de la domiciliación, destigándolo de su objetivo o finalidad. Por lo mismo, parece que no sería aplicable en este punto la solución dada por las Instituciones, el Código y las Partidas (2, 10, 7; 6, 23, 1, y 6, 1, 9, respectivamente), favorable a la validez del testamento en el caso de que se padeciese error en la domiciliación del testigo, originado por la creencia común o la opinión pública de tener el testigo un domicilio distinto al real y efectivo.

F. C. L.

2) JURISPRUDENCIA MERCANTIL.

POR RAMÓN GABRIEL SÁNCHEZ DE FRUTOS.

II. SOCIEDADES

Sociedad irregular. Régimen (Gallego y Crespo c. Carnicero).

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1966.

De acuerdo con las sentencias de 22 de diciembre de 1926 y 24 de marzo de 1952, los contratos de Sociedad privada (es decir, aquellos que no se constituyen mediante escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil) se rigen, aplicando el párrafo 2.º del artículo 1.669 del Código civil, por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes; por lo que no cabe poner en duda, cual enseña la Jurisprudencia interpretando dicho precepto legal, que en esta clase de Sociedades los socios conservan la propiedad de sus aportaciones, lo que ha de tenerse presente en trance de liquidación, doctrina que también debe aplicarse a las cantidades anticipadas por los socios a favor de la Sociedad y a su correspondiente reintegro.

VI. QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS

¿Es admisible la casación contra la sentencia de la Audiencia Territorial que declara el estado de quiebra? (Guillamón c. «Manufacturas Textiles, T.-B., S. A.»).

SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1966.

Declarado el estado formal de quiebra por auto del Juzgado de Primera Instancia, el actor dedujo ante el propio Juzgado oposición a tal pronunciamiento judicial, mediante demanda incidental. El Juzgado dictó sentencia desestimando dicho demanda incidental; apelada, fué confirmada por sentencia de la Audiencia Territorial. Contra esta resolución judicial se interpuso recurso de casación, que no prosperó. El Tribunal Supremo se fundó en los siguientes argumentos:

— Que nuestro Ordenamiento procesal, siguiendo la corriente general de otros países, sólo reputa susceptibles de recurso de casación por infracción de Ley aquellas resoluciones que gozan de la máxima importancia material y funcional, determinando que, en términos generales, sólo cabrá tal recurso contra las sentencias definitivas que pronuncian las Audiencias—artículo 1.689, núme-

ro 1.º, y que también cabrá contra aquellas otras que, no obstante ser resoluciones interlocutorias y no definitivas, sin embargo, al recaer sobre un incidente o artículo, se equiparan a ellos, pues ponen término al pleito, haciendo imposible su continuación—artículo 1.690, número 1.º—, es decir, aquellas que, recayendo sobre una cuestión previa que impide entrar en el fondo del pleito, bloquean la continuación de las actuaciones judiciales y dejan terminado definitivamente el asunto principal.

— Que la sentencia de la Audiencia, confirmatoria de la del Juzgado, no tiene el concepto de definitiva, porque no pone término al pleito haciendo imposible su continuación, sino que, por el contrario, deja subsistente la declaración judicial que había iniciado el juicio universal de quiebra (conforme a los autos del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1924, que reiteraba doctrina anterior; 8 de octubre de 1949, 29 de septiembre de 1886, 7 de octubre de 1890, 3 de octubre de 1922 y sentencia de 7 de octubre de 1949).

— Que si bien la tramitación del recurso de casación tiene una fase previa en la cual debe decidirse si el recurso es o no admisible, con independencia de su fundamentación de fondo, ello no quiere significar, sin embargo, que en la posterior fase de decisión no puedan valorarse ya los motivos de admisibilidad y que quede el Tribunal vinculado a su admisión, pues si un recurso ha sido indebidamente admitido, puede en la ulterior fase de decisión rechazarlo por razones previas de fondo, que en definitiva constituyen una desestimación última del recurso (así sentencias de 3 de diciembre de 1927, 31 de mayo de 1928, 3 de junio de 1929, 24 de enero de 1930, 7 de noviembre de 1931, 15 de abril de 1932, 15 de febrero de 1936, 12 de junio de 1940, 21 de septiembre de 1945, etcétera).

R. G. S. de F.

3) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

REGIMEN JURIDICO E IMPUGNACION DE LAS LICENCIAS
URBANISTICAS

SENTENCIA DE LA SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE ABRIL DE 1967.

I —PLANTEAMIENTO.

1 Los hechos.

Los hechos que dieron lugar al recurso contencioso-administrativo resuelto por la sentencia que se comenta, son los siguientes:

a) El 26 de diciembre de 1962, la Comisión permanente del Ayuntamiento de Madrid otorgó licencia para construir en terrenos situados en la ciudad satélite de La Florida, precisamente en parcelas colindantes a la que es propiedad de don J. M., licencia que se publicó en el *Boletín del Ayuntamiento* de 31 de diciembre de 1962.

b) El 9 de octubre de 1963, don J. M. denuncia, ante el Ayuntamiento de Madrid, la infracción de la Ordenanza municipal número 23, en que se incurria en la construcción de obras que se venían realizando en terrenos colindantes a su propiedad.

c) El 10 de diciembre de 1963, ante la denuncia formulada, se acuerda la suspensión de las obras, suspensión que se deja sin efecto por acuerdo de 20 de diciembre siguiente, por entender que habían sido concedidas las licencias reglamentarias, atendiendo a las características de la parcelación de la manzana y a las dificultades que se presentaban para obtener un mejor aprovechamiento, y que los acuerdos de concesión había creado a favor de los beneficiarios un derecho subjetivo que no podía ser revocado más que en vía de recurso, que no se había presentado en plazo legal, por haberse publicado los acuerdos en el *Boletín del Ayuntamiento* de 31 de diciembre de 1962.

d) Don J. M. interpuso recurso de reposición contra el anterior acuerdo, en el que solicitaba.

a') La revocación de las licencias otorgadas, reduciéndose la concesión a una sola, previa la reparcelación que procediese legalmente y con la superficie edificable que en función del terreno correspondiera legalmente a la casa que hubiese de mantenerse; y

b') En su defecto, la anulación parcial de ambas licencias, reduciendo el

contenido de cada una de ellas a la superficie edificable que correspondía como máxima, según la Ordenanza municipal número 24, con demolición de lo construido indebidamente en exceso.

e) Desestimando el recurso de reposición por la Comisión municipal permanente de 30 de diciembre de 1964, don J. M. interpuso recurso contencioso-administrativo, que es estimado por sentencia de la Sala 2.ª de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de 22 de octubre de 1966. cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

«Que rechazando las excepciones de inadmisibilidad alegadas, debemos estimar, en parte, el recurso contencioso-administrativo tramitado con el número 74 de 1965, promovido por el Procurador señor M. A. en nombre y representación de don J. M. V., contra el Ayuntamiento de Madrid, sobre anulación de los acuerdos de dicha Corporación de fechas 26 de diciembre de 1962 y 20 de enero y 30 de diciembre de 1964, acuerdos que se declaran nulos por no ser ajustados a Derecho, y, en consecuencia, se condena a la Corporación demandada a que anule, como otorgadas por error, las licencias concedidas por acuerdos de 26 de diciembre de 1962, a favor de don E. P. M. y don E. B. S., para construir dos hoteles en la ciudad satélite La Florida, sitios en Nuestra Señora de Begoña, con vuelta a Lasarte, y Lasarte con vuelta a Motrico, indemnizando a los titulares en la cuantía que se fijará en ejecución de sentencia. Firme esta sentencia y antes de proceder a su ejecución, oficiase a la Comisión Provincial de Urbanismo a los efectos previstos en el artículo 228 de la Ley del Suelo, absolviendo a la Administración Municipal de las demás peticiones instadas. Todo ello sin costas».

2. La sentencia de la Sala 4.ª de 22 de abril de 1967.

El Tribunal Supremo, ante el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia de la Audiencia, dicta sentencia el 22 de abril de 1967, que confirma la apelada.

Fué ponente de esta sentencia el excelentísimo señor don Enrique Amat Casado, cuyos considerandos y fallo se transcriben a continuación:

«Considerando: Que como correctamente estima la Sala sentenciadora en sus considerandos 4.º, 5.º y 6.º, las licencias municipales de 26 de diciembre de 1962, a favor de don E. P. y don D. E. B., para construir dos hoteles en la ciudad satélite de La Florida, sitios en Nuestra Señora de Begoña, con vuelta a Lasarte, y Lasarte con vuelta a Motrico, implican, por su propia virtualidad, una modificación, a título singular, de las Ordenanzas municipales de la Edificación de Madrid, de 29 de noviembre de 1950, y de las del mes de febrero de 1947 para el Sector de La Florida, en cuanto que por un conocimiento incompleto o equivocado de las realidades de diversa índole que las determinan, entre otros aspectos de la cuestión, del uso de las zonas verdes o de los espacios libres, se encuentra claramente en pugna con lo preestablecido en las Ordenanzas de la Edificación para zonas que, cual la de autos, se hallan catalogadas en la señalada con el número 24 de las Municipales de Madrid, como edificación dispersa de lujo, tal como implícitamente reconoce la propia Administración Municipal al consignar, en su acuerdo de 20 de enero de 1964,

que la parcela es «inferior a la prescrita en el proyecto de reparcelación, re-basándose, además, el límite de la superficie edificable».

Considerando: Que como también establece con acierto en su considerando 3.º la sentencia recurrida, estas singulares modificaciones urbanísticas de Planes que gozan de rango general, emergen manifiestamente opuestas al derecho del propietario colindante señor M. V., que, al amparo del artículo 209 de la Ley sobre el régimen del Suelo de 12 de mayo de 1956, cimiento de conocidas limitaciones dominales inscribibles en el Registro, se halla paralelamente investida, como titular de signo contrario de un auténtico derecho real, consiguientemente individualizado, a efectos administrativos.

Considerando: Que como igualmente expresa la sentencia recurrida en su considerando 2.º—el primero es de puro planteamiento—, es indudable que el demandante señor M. V., parte recurrida en esta apelación, por cuanto ostentaba derechos directamente afectados por las licencias municipales impugnadas, tenía en la fecha de la tramitación de las mismas, como sigue teniendo todavía, el más caracterizado carácter procesal de interesado, con todas las legales consecuencias que esta investidura jurídica lleva consigo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 23, apartado b), de la Ley reguladora del procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, por lo que, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 26, se le debió comunicar, no ya la terminación, sino la propia transmisión del expediente incoado por el Ayuntamiento, preceptos éstos que, con el artículo 296 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1953 y con el 31 del propio Reglamento, por su concreta aplicación al supuesto de que existan «interesados», son de insoslayable engarce procesal con los artículos 9, 10 y 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1955, que el apelante invoca como exclusivamente aplicables en el procedimiento administrativo, originador de las licencias impugnadas.

Considerando: Que esta total y absoluta omisión del procedimiento administrativo que afectaba al interesado señor M. V. no constituye un defecto cualquiera, ni una simple omisión parcial de lo normado, sino que da lugar a una clarísima situación de indefensión del señor M. V., sustancialmente contradictoria de disposiciones procesales administrativas de carácter general, que lleva indudablemente aparejada la invalidez del acto administrativo con nulidad de pleno derecho, a la luz del artículo 47, apartado c), de la Ley reguladora del procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, precepto aún más decisivo y terminante que el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1957, aplicado en su considerando 5.º por la Sala sentenciadora.

Considerando: Que si con arreglo al artículo 109 de la Ley reguladora del procedimiento administrativo, antes calendada, y a la doctrina de las sentencias de este Supremo Tribunal de 14 de mayo y 15 de noviembre de 1965, la invalidez de los actos nulos de pleno derecho podrá pedirse por el interesado en *cualquier momento*, claro es que, consiguientemente, deben ser rechazados los dos primeros motivos básicos de este recurso de apelación: a) inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo respecto de aquellos actos que fuesen reproducción de otros definitivos y firmes o confirmatorios de acuerdos consentidos, y b) inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por recurso de reposición fuera de plazo: el primero por no haber devenido firmes,

ni estar consentidos por el señor M. V. los acuerdos municipales de 26 de diciembre de 1962, y el segundo, porque siendo imperativa en el procedimiento administrativo que hubo de determinarlos la notificación personal de aquéllos por lo establecido en los artículos 313, 314 y 315 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, anteriormente citado, no es pertinente admitir el juego del artículo 58, número 3, apartado b), de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, invocada por la parte recurrente, que sólo se da en el caso de que no sea preceptivo el recurso de reposición y que no proceda la notificación personal.

Considerando: Que es igualmente cierto el criterio de la Sala 2.^a de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid: a) al ordenar en su considerando 8.º la notificación de la sentencia de la Comisión Provincial de Urbanismo, a los efectos preceptuados en el artículo 228 de la Ley sobre régimen del suelo de 12 de mayo de 1956; b) y al precisar en su considerando 6.º el verdadero alcance de la invalidez que estima: lo primero porque no afectando al fallo propiamente dicho, sino a su comunicación una vez ya pronunciado y firme, en modo alguno rompe ese equilibrio entre el *petum* de pleito y la parte dispositiva de la sentencia, en que en realidad reside el centro de gravedad del principio de la congruencia en las resoluciones judiciales, y lo segundo, porque como sienta reiteradísima doctrina, la incongruencia no existe cuando se concede menos de lo pedido, aunque no esto siguiera lo que hace en su sentencia el Tribunal *a quo*, sino que por la circunstancia de las cuestiones comprendidas en el suplico del escrito de reposición de 23 de marzo de 1964, prudencialmente las subsane en el artículo 172 de la Ley sobre régimen del suelo de 12 de mayo de 1956, como automática consecuencia suya; de acuerdo con la sentencia de la Sala de 23 de abril de 1964, según la cual: "No es preciso el examen de todas y cada una de las alegaciones convergentes en una sola pretensión, cuando la estimación de la más importante y trascendental para el objeto común hace superfluo cualquier pronunciamiento sobre las otras, carentes de consecuencias directas e inmediata por sí, y ello, no por economía en labor jurisdiccional, sino en observancia de una prudencia concisión, al sentar materia que, como la administrativa, tan fácilmente se presta a la invocación extensiva de reales o supuestos precedentes, propios para una multiplicidad de exégesis que tanto daño hace al principio de la seguridad jurídica".

Considerando: Que, por el contrario, no es dable compartir el criterio de la Sala de instancia al insertar en el fallo un pronunciamiento de indemnización, porque lo fundamental en la problemática de las cosas que se conceden en la *litis* es que no se condena al demandado a algo no pedido en el pleito por el actor, siendo evidente que el demandante nada pide en cuanto a ello en estos autos, y que, por consiguiente debe en justicia prosperar la apelación en este punto, en cuanto resulta generador de derechos en favor de tercero que nadie ha solicitado en este procedimiento, y que, por ende, no han podido ser discutidos ni valorados en él, sin que obste la razón que aduce la Sala de la Audiencia, de que la indemnización se halla comportada por la propia invalidez del acto administrativo, conforme el artículo 172, número 2.º, de la Ley para el régimen del suelo de 12 de mayo de 1956, y al 16, número 3.º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

Considerando: Que no concurren motivos para la imposición de costas,

tanto en ésa como en la primera instancia, dentro de lo prevenido en el artículo 131 de la Ley jurisdiccional,

Fallamos: Que no dando lugar a la apelación instada por la representación jurídica del Ayuntamiento de esta capital, contra la sentencia dictada por la Sala 2.^a de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de 22 de octubre de 1966, sobre anulación de los acuerdos de dicha Corporación, de 26 de diciembre de 1962 y 20 de enero y 30 de diciembre de 1964, por cuya resolución se declaran nulos dichos acuerdos y se condena a la Corporación demandada a que anule, como otorgadas por error, las licencias concedidas por los acuerdos de 26 de diciembre de 1962, a favor de don E. P. M. y don E. B. S., para construir dos hoteles en la ciudad satélite La Florida, sitios en Nuestra Señora de Begoña, con vuelta a Lasarte, y Lasarte con vuelta a Motrico, excepto en lo relativo al pronunciamiento que se hace en ella sobre la indemnización, único punto en que se estima este recurso, debemos confirmar y confirmarnos en lo demás dicha sentencia con todos los extremos que contiene, sin perjuicio de los derechos que pueda corresponder a cualquiera que se crea perjudicado por la invalidación de los actos administrativos, sin hacer expresa imposición de costas.»

3. *Problemas.*

La sentencia que comentamos plantea interesantes problemas sobre el régimen jurídico de las licencias, tanto en el aspecto del procedimiento como en el de fondo. En especial, los siguientes:

a) Sujeción de la licencia a las Ordenanzas.

b) Procedimiento para la concesión de licencia. Concretamente, intervención de los interesados y notificación a los mismos de la resolución, con la consiguiente repercusión en orden a su impugnación.

Al estudio de cada uno de estos problemas se dedican los apartados siguientes:

II.—NATURALEZA REGLADA DE LAS LICENCIAS.

1. La licencia presupone el ejercicio de una actividad típicamente reglada: se otorgará o denegará en función del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones o requisitos que establecen las normas aplicables; dependerá de que se esté dentro de los límites y cumplan los deberes que establecen la Ley del Suelo y los planes de Ordenación (art. 61 del Reglamento de Servicios).

Cuando el artículo 165 de la Ley del Suelo sujeta a previa licencia, las actividades que en él se enumeran es para impedir que se vulneren los planes que son obligatorios (art. 45 de la Ley del Suelo). Y precisamente por ello, por ser obligatorios los Planes también para la Administración, ésta no puede denegar una licencia cuando la edificación para la cual se pida sea conforme al Plan de ordenación previsto. La Administración, entonces, no puede, discrecionalmente, concederla o denegarla, sino que debe concederla, sin

discrecionalidad alguna. Y en este sentido existe numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, de las que, por no hacer de ellas un acopio desmesurado, citaremos sólo las de 29 de diciembre de 1956, 13 de junio, 31 de octubre y 6 de noviembre de 1953, 5 de octubre de 1960 y 9 de abril de 1962. Y la propia jurisprudencia ha subrayado el fundamento de tal vinculación, diciendo que de otro modo «quedaría reducido a mera entelequia el derecho, que, como accesorio del dominio, concede a todos los titulares el artículo 388 del Código civil» (sentencia de 23 de enero de 1957), «llevando al absurdo de que un Ayuntamiento pudiera impedir arbitrariamente las actividades constructoras de los particulares, cercenando sustancialmente derechos dominicales» (sentencia de 29 de diciembre de 1956).

Entre la jurisprudencia mas reciente, una sentencia de 14 de abril de 1966 establece: «Cuando se demuestra (sentencia de 24 de enero de 1961) que no existe el fundamento en que basó el Ayuntamiento su negativa del permiso, tiene el interesado derecho a que el mismo se le conceda, ya que si la facultad de otorgar licencia se entendiera como discrecional, ello llevaria al absurdo de que un Ayuntamiento pudiera impedir arbitrariamente las actividades de los particulares, cercenando sustancialmente sus derechos (sentencias de 29 de diciembre de 1956 y 10 de noviembre de 1960, entre otras)». Otra, de 13 de octubre de 1966, afirma: «Como el criterio reglado de investigación pública en la libre iniciativa de los administrados, y más cuando ésta se concreta en el ejercicio de una potestad dominical, supone limitaciones eventualmente obstativas de otorgamiento de licencia de edificación; éstas deben sujetarse, rigurosa y no extensivamente, a la completa carencia de los supuestos exigibles para la edificación, bastando, en otro caso, condicionar el otorgamiento de tales licencias a que la construcción suponga el paralelo y efectivo compromiso de dotar al inmueble de los servicios mínimos en cuestión».

Y la de 16 de octubre del mismo año, resume así esta reiterada doctrina: «Que constituye un principio básico e indiscutible el de que las Corporaciones Locales, al intervenir, condicionar y eventualmente prohibir las actividades privadas en una materia urbanística tan caracterizada, como la de edificación de viviendas, están sujetas a preceptos generales, terminantemente encauzadores de sus facultades, ya sean de alcance nacional, ya estrictamente locales, dentro de cuyos límites pueden apreciar las circunstancias que concurren en las solicitudes y proyectos de edificación, tanto contemplando si su confrontación con las normas preestablecidas permite su aprobación, como concesión graciosa, como igualmente teniendo presentes otras circunstancias más generales de interés público urbano; pero nunca invirtiendo el orden de las motivaciones de sus actos, esto es, sin llegar a contrariar los específicos preceptos en vigor regulatorios de la materia por móviles que, aun bien intencionados —como el «aspecto higiénico-sanitario» que invocó para su denegación el Ayuntamiento—, no hayan recibido su consagración positiva: pues con todos los defectos—inherentes a cualquier humana formulación de regla estricta de Derecho—impide la anarquía de conductas, y si los móviles metajurídicos merecen su consagración, o si, dicho desde otra perspectiva, los Reglamentos y Ordenanzas resultan insuficientes o inadecuados para proteger y promover los intereses generales de los que son gestores las Corporaciones, está al alcance de éstas iniciar o acordar la modificación de las normas, pero nunca anticiparla en sus efectos al decidir un caso concreto, con la consecuencia indiscutible de transformar una discrecional y aun arbitraria, una potestad de acción

regulada, vulnerando derechos subjetivos de obligado respeto, criterio recogido *inter alia* en los apartados 122, f), de la Ley de régimen local, y 70, 78 y 79, del Reglamento de Administración Municipal de Navarra, con el refuerzo del principio, enunciado en el artículo 5.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales».

Ante la petición de cualesquiera de las licencias a que se refiere el artículo 165 de la Ley del Suelo, el órgano competente deberá verificar si el proyecto de actuación está de acuerdo con los planes vigentes, y no proyectos futuros de aprobación más o menos inmediata. Aun cuando se esté tramitando la modificación de un plan, el órgano competente no podrá invocar la nueva ordenación para denegar licencias, a no ser que se den las circunstancias formales que prevé el artículo 22 de la Ley del Suelo.

En este sentido, también se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, entre otras, una sentencia de 27 de noviembre de 1961 ya sentó la siguiente doctrina general: «Que las relaciones entre el plan de aprobación parcial y la licencia de edificación están previstas y reguladas en el artículo 22 de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956, y con arreglo al mismo, los órganos competentes para la formación del plan pueden acordar la suspensión del otorgamiento de licencias de edificación en las fincas comprendidas en el perímetro del mismo, publicándolo en el *Boletín Oficial de la Provincia*, y por término de un año, prorrogable a dos, con indemnización a los peticionarios de licencias anteriores a la publicación de esa suspensión; mas como el Ayuntamiento no uso esa facultad, no había razón para que no pudiera otorgar la licencia, siempre y cuando, con arreglo a los preceptos de la Ley y de la Ordenanza vigente, procediera ese otorgamiento».

Luego, no existiendo el acuerdo de suspensión dictado a tenor del artículo 22 de la Ley del Suelo, los Ayuntamientos respectivos—a los que corresponderá el otorgamiento de licencias, según el artículo 166 de la propia Ley—habrán de atenerse a los planes vigentes en aquel momento, y sólo a tenor de sus normas, sería correcta la resolución denegatoria.

2 Con arreglo a estos elementales principios, la licencia a que se refiere la sentencia comentada no debió otorgarse, por impedirlo las Ordenanzas vigentes. De aquí la doctrina correcta del primer considerando. La sanción de la infracción de la Ordenanza es, en principio, la anulabilidad.

III—PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LICENCIAS.

1. Ahora bien, para que el acto de concesión o denegación de una licencia sea válido, no basta que se ajuste a las Ordenanzas vigentes en el momento de la petición. Es necesario, además, que se dicte previos los trámites de inexcusable cumplimiento.

Por remisión expresa del artículo 165, párrafo 2, de la Ley del Suelo, el Ayuntamiento decidirá sobre las peticiones de licencia con arreglo al procedimiento regulado en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, del que serán supletorias las normas sobre procedimiento de la Ley de régimen local y del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, y en defecto de éstas, las de la

Ley de procedimiento administrativo (art. 1.º, párrafo 4, de ésta). Si la Corporación respectiva hubiese dictado el Reglamento que se prevé en el artículo 258 del Reglamento de organización, habrán de tenerse en cuenta sus normas. Como recuerda la sentencia de 24 de marzo de 1961, el artículo 165, párrafo 2, de la Ley del Suelo, señala que el procedimiento y condiciones de otorgamiento de licencias se ajustarán, en todo caso, a lo establecido en el Reglamento de Servicios.

Como los actos administrativos han de adaptarse mediante el procedimiento que, en cada caso, estuviere establecido (art. 40, párrafo 1, de la Ley de procedimiento administrativo), cuando el órgano competente se aparte del mismo, el acto que dictare podrá ser nulo de pleno derecho [art. 47, párrafo 1, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo], anulable o simplemente irregular (art. 48, párrafo 2, de la misma Ley).

La sentencia comentada se refiere a problemas procedimentales tan concretos, como el de la intervención de terceros interesados.

2. En el procedimiento de concesión de licencias, como en todo procedimiento administrativo, hay que distinguir, en función de la legitimación para intervenir en el mismo, dos tipos de interesados:

a) *Titulares de derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento.*—En este caso, el titular del derecho es interesado desde el momento mismo de incoarse el procedimiento [art. 23, b), de la Ley de procedimiento administrativo]. Desde este momento son interesados, con las facultades que a los mismos se reconoce en el procedimiento administrativo. Es evidente, pues, que el órgano ante el que se tramita deberá notificarles los actos que les afecten y darles audiencia y vista, aun cuando no hubiesen comparecido. Es más: el artículo 26 de la Ley de procedimiento administrativo dice: «Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal se advierte la existencia de interesados, comprendidos en el apartado b) del artículo 23, y que no hayan comparecido en el mismo, se comunicará a dichas personas la tramitación del expediente». Así, las sentencias de 10 de noviembre de 1964 (Ponente: ESTEVA), 28 de junio de 1965 (Ponente: VITAL) y 6 de noviembre de 1965 (Ponente: CAMPRUBÍ). «Cuando en un procedimiento administrativo —dice la sentencia de 9 de diciembre de 1966 (Ponente: GONZÁLEZ GARCÍA)—, al lado del que lo inicia como titular de pretensiones legítimas, surja un tercero con derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en su día se adopte, según previene el apartado b) del artículo 23 de la Ley expresada, sea inexcusable, a tenor de su artículo 26, y siempre que no medie publicidad en las actuaciones, ni haya comparecido en las mismas, comunicarle, en concepto de interesado accesorio, la tramitación del expediente, a fin de que alegue lo que estime adecuado en su defensa, conforme al artículo 83, para evitar, en la hipótesis de desviarse de la trayectoria marcada, el motivo de invalidación previsto en el inciso c) del artículo 47».

Ahora bien, para gozar de esta situación, es necesario no sólo la titularidad de un derecho, sino que el mismo pueda resultar directamente afectado. Existen supuestos evidentes, como en un procedimiento sancionador, el supuesto responsable; en un procedimiento expropiatorio, el expropiado; en un procedimiento sobre caducidad de concesión, el concesionario; en procedimientos

sobre declaración de ruina, el propietario y los ocupantes del inmueble, etcétera. Pero en otros supuestos, la solución no es tan clara y dependerá de la concurrencia de una serie de circunstancias de hecho. Pensemos, por ejemplo, en un procedimiento sobre concesión de un aprovechamiento de las aguas públicas de una corriente en la que preexistan otros concesionarios. Para que éstos gocen de la posición que contempla el artículo 23, b), de la Ley de procedimiento administrativo, es necesario que, dado el caudal del río, la nueva concesión supusiera una merma del caudal anteriormente concedido.

A tal efecto, en los procedimientos de concesión—de servicio público y de dominio público—suele existir un trámite de información pública, en el que pueden comparecer aquellos interesados. Pero aun cuando no exista tal trámite, si del expediente resulta la existencia de interesados comprendidos en el artículo 23, b), de la Ley de procedimiento administrativo, será aplicable el artículo 26 de la propia Ley. «No se ostenta la condición de interesado, ni, por tanto, existe necesidad de dar audiencia, cuando la decisión que se dicte en el procedimiento no afecta los derechos subjetivos de que se puede ser titular el sujeto». Así, no tiene tal condición en procedimiento para conceder la autorización de derribo del piso alto de un inmueble el arrendatario del piso bajo» (sentencia de 21 de noviembre de 1966).

b) *Titulares de intereses legítimos, personales y directos, que puedan resultar afectados por la resolución.*—Están asimismo legitimados, si bien sólo ostentarán las facultades propias de los interesados desde el momento de la comparecencia. Así, sentencia de 7 de julio de 1962. Por lo que no ostentan la condición de interesados quienes no se personaron como tales interesados personales y directos en el procedimiento (sentencia de 23 de diciembre de 1965).

En sentencia de 20 de abril de 1966 (Ponente: FERNÁNDEZ HERNANDO) se recuerda que «los apartados b) y c) del artículo 23 exigen para reputar como interesados a los que no hubieran promovido el expediente, o bien la realidad de un derecho que puede resultar directamente afectado por la decisión, o al menos que sean portadores de un interés legítimo, personal y directo, de donde se infiere que, en este caso, la legitimación se halla estrechamente unida a la titularidad y no cuentan al efecto intereses indirectos o problemáticos».

La comparecencia puede tener lugar en cualquier momento del procedimiento «en tanto no haya recaído resolución definitiva [art. 23, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo], aun cuando en ningún caso podrán retrotraerse las actuaciones».

Puede tener lugar la comparecencia durante la tramitación del recurso que se hubiese interpuesto contra la decisión dictada en el procedimiento.

2. La sentencia comentada se enfrenta con el problema de la condición de interesado del propietario colindante al terreno al que se refiere la licencia solicitada, y no duda en considerarle titular de un derecho subjetivo, que llega a calificar de «real, consiguientemente individualizado a efectos administrativos» (2.º considerando). Consecuencia ineludible: su condición de interesado a todos los efectos, y, entre ellos, la necesaria notificación al mismo, no sólo del acto de terminación del procedimiento, sino su tramitación a efectos del trámite de audiencia y vista. Al no hacerse así, se incurrió en infracción que determina la invalidez del acto.

3. Ahora bien, a la hora de determinar el grado de la invalidez, la sentencia comentada, en sus considerandos 4.º y 5.º, quizá no sea del todo acertada al considerar que existe nulidad de pleno Derecho, a tenor del artículo 47, párrafo 1, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo. No porque estemos ante un acto local y no sea aplicable la Ley de procedimiento administrativo, pues—y en esto la sentencia sienta doctrina correcta—al ser ésta supletoria de la legislación local y no existir en ésta una especial regulación de las nulidades, debe acudirse a los preceptos de la Ley de procedimiento administrativo. Si afirmamos que la doctrina de la sentencia no es correcta, es porque para que pueda aplicarse el artículo 47, párrafo 1, apartado a), de la Ley de procedimiento administrativo, es necesario que exista ausencia total de procedimiento

Para que se dé el supuesto, pues, no basta que se infrinja alguno de los trámites esenciales del procedimiento. «Hay que notar—dice la sentencia de 15 de noviembre de 1965—en la recta interpretación del apartado c) del artículo 47 aducido, que el empleo de las dos locuciones adverbiales de que se vale: total y absolutamente, recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento fijado en la Ley para elaborar el acto, exigencia totalitaria que se comprende, como se razonó en sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 1963 por la trascendencia que reviste para la seguridad jurídica la invalidación radical o de pleno derecho del acto que consecutivo a ella se defina de inexistente». Cuando se ha seguido el procedimiento reglamentario, pero se ha incurrido en la infracción de alguno de sus trámites, podrá producirse la anulabilidad—en los supuestos del artículo 48, párrafo 2.º, de la Ley de procedimiento administrativo—o no tener repercusión alguna la infracción en otro caso (1).

(1) La jurisprudencia, a veces, al referirse a estos supuestos de anulabilidad, emplea impropriamente el término «nulidad». Esta imprecisión terminológica se acusa también en el libro de DE LA OLIVA, *Los vicios de forma del acto administrativo*, Madrid, 1963, pp 39-40, al decir: «La nulidad de pleno derecho alcanza, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a algunos casos en los que no hay una ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Puede citarse la sentencia de 9 de febrero de 1960, relativa a deslinde de terrenos de dominio público. El Tribunal Supremo declara la nulidad de todas las actuaciones practicadas en expediente administrativo y también la Orden Ministerial recurrida. Pero no era una hipótesis en la que se hubiere prescindido del procedimiento adecuado, si bien se habían cometido defectos graves en el mismo. Esto sucede también en otros casos de procedimientos especiales. Así, la sentencia de 14 de febrero de 1962 declara la nulidad de una Orden del Ministerio de Trabajo por traer base de un acta de inspección que contiene varios defectos de forma. Existía expediente, no había ausencia total y absoluta de procedimiento, pero los vicios tramitados llevan a la declaración de nulidad con efecto *ex tunc*, al igual que en el caso de la sentencia de 9 de febrero de 1960. Las mismas consecuencias se producen en el caso resuelto por sentencia de 31 de enero de 1962, que declara nula un acta de licitación de seguros sociales por carecer de datos exigidos legalmente, de «ineludible mención» y da lugar a un defecto «fundamental y básico». La sentencia de 28 de febrero de 1962 se expresa en los siguientes términos: «Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo... que el Tribunal debe declarar, aun de oficio, la nulidad de actuaciones cuando se han infringido los trámites esenciales del procedimiento administrativo.» Se trataba de un caso de «nulidad de pleno derecho por violación de las normas que contienen las reglas esenciales para consecución del fin de la contratación por subasta», como alterar un licitador su oferta al conocer la de otro».

En realidad, las sentencias que cita, aun cuando hablan de nulidad, están contemplando un supuesto de anulabilidad, hecho valer a través de la impugnación deducida dentro de los plazos legales. Para que legalmente se contemple

Para que se dé la nulidad de pleno Derecho, es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, por esenciales que sean, sino la falta total de procedimiento, que se haya prescindido absolutamente del procedimiento previsto en la Ley para dictar el acto (2). Como dice la sentencia de 10 de noviembre de 1964, «los actos de la Administración son nulos de pleno Derecho si se dictan, prescindiendo, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido para ello». En análogo sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 1965. Pero no cuando, existiendo procedimiento, sólo se ha producido la omisión parcial de trámite, «lo que, sin duda, implica una de las muchas formas de concreción de las anulabilidades relativas que recoge amplia redacción del artículo 48, párrafo 1, de la Ley de procedimiento administrativo» (sentencia de 29 de abril de 1966).

Una sentencia de 31 de marzo de 1966 (Ponente. FERNÁNDEZ VALLADARES) se refiere a «la esencial significación que en el contenido de dicha norma [artículo 47, párrafo 1, apartado c), de la Ley de procedimiento administrativo], tienen las palabras, «total y absolutamente», referidas al procedimiento legalmente establecido, pues como se razonó en la sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 1963, el matiz tan rotundo y reiterado de la expresión entrecomillada denota claramente la finalidad de resaltar al máximo la *mens legis*, de que, en atención al procedimiento, sólo podrá estimarse el acto administrativo nulo de pleno derecho si ha prescindido, total y absolutamente, de las normas establecidas para su confección y emisión». Cuando se prescinde, total y absolutamente, del procedimiento especial y legalmente establecido para dictar un acto, la consecuencia es la nulidad de pleno derecho, con arreglo al apartado c), número 1, del artículo 47, de la Ley de procedimiento administrativo (sentencia de 15 de noviembre de 1966).

En sentencia de 14 de noviembre de 1966 (Ponente: PARRA JIMÉNEZ), se dice: «Si la nulidad de pleno derecho, a tenor del artículo 47 de la vigente Ley de procedimiento administrativo, va implícita, entre otros casos, en aquellos actos en que se prescinde, total y absolutamente, del procedimiento legalmente establecido, la nulidad, jurisdiccionalmente declarada, se impone como ineludible cuando la Administración vulnera en sus relaciones lo establecido en la Ley, contradiciendo sustancialmente las normas que regulan la actuación administrativa o incidiendo en desviaciones del procedimiento que abiertamente vulneran un imperativo mandato legal de inexcusable observancia, cuya violación hace que el acto carezca de los indispensables requisitos para alcanzar su fin»

Ya se ha dicho que la Administración puede, por sí, unilateralmente, no sólo dictar decisiones ejecutivas, sino llevar a cabo la ejecución material de las mismas frente a la resistencia del obligado (art. 102 de la Ley de procedimiento administrativo). Pero para ello, para legitimar esta actuación material, es necesario que exista la decisión, el acto administrativo (art. 100 de la misma Ley). Si cuando existe el acto jurídico el particular obligado carece

un supuesto de nulidad de pleno derecho, sería necesario que se hubiera planteado fuera de aquellos plazos y que el Tribunal Supremo hubiera estimado la pretensión de nulidad.

(2) DE LA OLIVA, *Los vicios de forma*, Madrid, 1963, pp. 37-38, cita las siguientes sentencias que contemplan este supuesto de nulidad: 21 de enero de 1960, 27 de febrero de 1962, 7 de marzo de 1961, 10 de marzo de 1961, 26 de enero de 1962, 21 de diciembre de 1961 y 7 de marzo de 1961.

de los medios jurisdiccionales ordinarios para defenderse frente a la actuación material de la Administración, cuando el acto falta estamos ante la vía de hecho y el particular puede utilizar los medios judiciales ordinarios (3).

En el supuesto que contempla la sentencia comentada no existió, propiamente, ausencia total del procedimiento establecido. Se siguió el procedimiento, si bien con omisión de un trámite esencial, que determinó la indefensión de un interesado. Y, por tanto, la anulabilidad era incuestionable.

4. Ahora bien, la conclusión a que llega la sentencia es correcta. Y a la misma se hubiera llegado partiendo de la anulabilidad. Pues, al existir un interesado al que no sólo no se le concedió audiencia, sino que no se le notificó el acto que puso fin al procedimiento, no podía correr el plazo para impugnar el acto.

De aquí que cuando, al ver que se levantaba una edificación que infringía la Ordenanza, acude al Ayuntamiento, en defensa de sus derechos, no podía invocarse frente al mismo el consentimiento de un acto que no se le había notificado. La doctrina del acto consentido únicamente opera respecto de actos que han sido debidamente notificados.

J. G. P.

(3) Sobre el problema, me remito a mi libro *El procedimiento administrativo*. Madrid, 1964, pp. 373-375.