

8.º Que con motivo de los gastos ocasionados en los pleitos sobre validez de la Memoria testamentaria, estimaban los herederos que dichos gastos deberían abonarse con parte de la herencia, y si no alcanzase, deberían pagar otra parte los legatarios, reduciéndose proporcionalmente su haber; y

9.º Que dados estos supuestos, se habían hecho bajas y adjudicaciones á los herederos y legatarios, apareciendo que al albacea *Z* se le adjudicaban bienes para cumplir lo dispuesto por el causante con fines piadosos y para pagar la mitad de los gastos hechos en el aludido pleito, encargos del testador, fines piadosos, gastos comunes, etc., etc.

Documento de inscripción y Nota del Registrador.—Presentados en el Registro los testimonios de adjudicación á favor del albacea *Z* para cumplir los fines piadosos ordenados por el testador, los expedidos á favor de las herederas *D* y *E* y la sentencia de casación de 29 Sep. 1900, el Registrador puso la siguiente nota: «No admitidas la inscripción por los defectos siguientes: *Primero*, por no estar arregladas á la ley ni á la voluntad del testador las operaciones de testamentaria en lo relativo á la adjudicación de los legados, y en las bajas que se hacen de los mismos, á saber: *a)* Si explícitamente se reconoce ser nula la cláusula 10 del testamento por lo que hace á establecer en ella un fideicomiso perpetuo sobre una finca, de la cual sólo es un mero administrador el Cura párroco que es ó fuere de la iglesia parroquial de San Antolín de esta ciudad, entonces ha llegado el caso previsto por el testador de no tener cumplido efecto lo dispuesto tal como lo manifestó, pues para ese evento, ordenó que pasase la finca libremente á su sobrino *C* ó sus sucesores y herederos, y de no hacerlo así, se infrige la voluntad del testador, consignada en testamento bajo el cual falleció, único que hay que ejecutar, á menos que autorice otra interpretación, lo cual no es presumible, la Sentencia que el Tribunal Supremo dictó después de la de casación, pues sólo se acompaña ésta y no la prevenida en el apartado último del art. 1.745 de la ley de E. C., ó que prestase su consentimiento á la adjudicación que se hace al albacea *Z* el heredero ó herederos del expresado *C* por haber premuerto éste al testador. *b)* Si los actuales legatarios son meros usufructuarios, como se reconoce en la testamentaria, entonces, para ser válidas y eficaces las deducciones que de esos legados se hacen, sería necesario, cuando menos, que prestasen su consentimiento los llamados á la propiedad, ó su representación, por ser evidente que los meros usufructuarios sólo pueden disponer de los frutos, mas no de la propiedad, con tanto mayor motivo cuanto que de todos modos no son ju-

ridicamente deducibles algunas deudas y gastos de los legados de que se trata, ni tampoco lo son en la forma que se hace; no son deducibles las deudas que algunos legatarios tienen á favor del causante (las cuales han debido inventariarse como créditos á favor de la testamentaria), ni las costas del litigio (excepto las de los albaceas), porque ni unas ni otras tienen el carácter de deudas hereditarias y testamentarias comunes, sino exclusivas de los interesados, que sólo pueden hacerse efectivas con sus propios bienes; no son deducibles las en su caso procedentes, en la forma con que se ha hecho; porque si se reconoce explícitamente que sólo los legados se sujetarán á reducción á prorrata cuando el remanente de la herencia no bastase á cubrir los gastos y deudas que se consideren bien ó mal como propios de la testamentaria, no hay razón abonada, máxime no alcanzando el caudal hereditario á cubrir dichas atenciones, para imponer reducciones á unos legatarios, hasta el extremo de no percibir algunos su legado, y en cambio, considerar intangible el legado constituido en las cláusulas 10 y 16, sin que el testador dispusiere cosa alguna sobre este particular. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4.º del C. c. y 65 de la ley Hipotecaria, se considera existir un defecto insubsanable, que produce necesariamente la nulidad del título. *Segundo*, defecto por falta de claridad, porque después de adjudicada la finca Torre Bellando, constituida ahora por reunión de varias para los efectos del Registro, se consigna en la declaración 6.ª que en esa finca se incautó la Hacienda pública de unas 20 hectáreas y las vendió á un tercero, cuyo terreno incautado *formaba* parte de la misma; y de los términos de esa declaración no se sabe con certeza si lo incautado esta incluido ó excluido de la cabida que se le asigna en su descripción, pues como hasta ahora no ha tenido existencia legal la finca y se refiere á la descrita en el título presentado, las locuciones que se emplean, por un lado inducen á creer que lo incautado reduce la cabida de lo adjudicado, y por otro, que lo incautado, ni está registrado á favor del causante ni incluido, y, por consiguiente, excluido en la adjudicación; circunstancia que es preciso aclarar para evitar error ó confusión, defecto subsanable; y *tercero*, falta de claridad en la finca 43 que se adjudica por todo su valor en el concepto 6.º, y después se adjudica aparte por el 7.º.

Recurso gubernativo.—a) Alegación de los recurrentes.—Lo interpusieron el albacea Z, respecto de su título de adjudicación y de los de las herederas D y E, pidiendo se declarasen inscribibles las fincas comprendidas en los mencionados títulos, y alegando que dichas particiones se hallan ajustadas á la voluntad del testador, que qui-

so que los productos de la finca «Torre Bellando» se aplicasen á determinados fines piadosos; que con arreglo al art. 675 del C. c., ha de observarse, en caso de duda, lo que aparezca más conforme con la voluntad del testador, según el tenor del mismo testamento y según Sentencias de 31 Enr. y 13 Oct. 1896 y 23 Nov. 1899; que el albacea Z tenía el deber de cumplir la voluntad del testador, interpretando rectamente cuál fuera ésta; que se faltaría abiertamente á la intención del finado, expuesta con toda claridad en los citados testamentos y Memoria testamentaria, si no se asegurara la inversión de los productos de la expresada finca en los fines determinados por el causante, no sólo desde el punto de vista legal, sino teniendo en cuenta el aspecto espiritual ó de conciencia; que reconocido lo que quiso el testador, pierde toda su importancia la forma de realizarlo, y si el procedimiento que el finado indicó es contrario á lo dispuesto en las leyes, el adoptado en la partición asegura perpetuamente el cumplimiento de los fines que el causante se propuso al dejar este legado en beneficio de su alma, alejando todo peligro de que estos bienes fueran enajenados por los adjudicatarios, á los que habría de hacérseles las adjudicaciones en libre y pleno dominio; que no han ocurrido ninguna de las circunstancias que habían de realizarse para que estos bienes se adjudicasen libremente á los herederos del sobrino del testador C, pues no ha habido cambio en la legislación ni alteraciones en el orden político, ni ninguna entidad ó Corporación tiene que intervenir en la administración ni entrar en el dominio de Torre Bellando si se cumple la voluntad del testador, vendiendo la finca según se determina en las operaciones de testamentaria; que en todo caso, siendo nula la institución en beneficio del alma del testador, no por el fin, sino por la manera de realizarla, esa finca debiera pasar á la herencia intestada de A; pero contra ese supuesto protestan los herederos del finado, que están conformes con todo lo hecho en las operaciones particionales; que sin el pleito que declaró nula la Memoria testamentaria del mencionado A, ni los legatarios del usufructo ni los llamados en propiedad hubieran percibido sus respectivos legados, porque en la aludida Memoria disponía el testador de los bienes objeto de dichos legados para otros fines distintos de los expresados en el testamento, y como en los aludidos litigios no hubo condena de costas, se consideró por el albacea que no era equitativo que sólo los usufructuarios pagasen los gastos ocasionados con tales contiendas, y que los propietarios entrasen desahogadamente en el pleno dominio de dichos bienes; además, de no tratarse de gastos para la entrega de legados, sino de desembolsos originados por un negocio, de cuyo

resultado dependía el derecho de unos y otros; que no es necesario que los bienes adjudicados al albacea para pago de deudas de los legatarios se inscriban previamente á favor de éstos, pues tal adjudicación é inscripción sería meramente formal, y nunca impediría que los que se considerasen lesionados con estas operaciones de testamentaria acudiesen á ventilar su derecho ante los Tribunales de justicia; que habiendo impuesto el testador á los albaceas y jueces partidores la obligación de resolverlo todo amistosamente, alcanzan las facultades de aquéllos á determinar de qué modo han de pagarse los gastos originados por los legatarios en el pleito referido; que se menciona la incautación de parte de una finca por la Hacienda pública, como protesta del hecho; pero que no constando en el Registro tal acto, tampoco debe rechazarse la inscripción de la totalidad del predio; que no existe falta de claridad en la adjudicación de la finca núm. 43, pues se adjudica por todo su valor por el concepto 6.º, y en parte por el 7.º, en el primero por 12.500 pesetas en que se valoró, y en 3.125 del valor de la casa por el concepto 7.º, debiéndose, en su consecuencia, considerar que la adjudicación del primer concepto es en 3.125 pesetas menos que la cantidad en que ha sido apreciada, y que los defectos atribuidos á los testimonios de las herederas *D* y *E* pueden ser fácilmente subsanados.

b) Alegación del Registrador.—Sostuvo la procedencia de su nota, fundando su dictamen en las razones siguientes: en lo dispuesto en el art. 675 del C. c., cuyo precepto es indiscentible, pero de difícil aplicación en la práctica; que para nada hay que tener en cuenta la Memoria testamentaria del causante, desde el momento en que fué declarada nula por el Tribunal Supremo, sin que tenga razón de ser el distingo que pretende sentar el recurrente entre validez y autenticidad de dicho documento; que hay que atenerse á lo dispuesto por el testador en la cláusula 10 de su testamento, cuya disposición consta de dos partes; en la primera quiso fundar una memoria piadosa en favor de su alma, amortizando y vinculando la finca titulada Torre Bellando; la segunda parte es expresiva de que si no podía tener cumplimiento la voluntad del testador tal *cual quedaba manifestada*, legaba libremente la finca á su sobrino *C* ó sus sucesores, para que en conciencia cumplieran los fines piadosos que el testador indicaba; que de no cumplir en uno de estos términos la voluntad del finado, hay que llevarla á efecto en el otro; ya que entenderlo de otra manera es infringir el testamento; que el mismo recurrente declaraba en su escrito que la voluntad del testador no podía tener cumplimiento tal *cual* se manifestaba en la primera parte de la citada cláusula testamentaria, por ignorar nuestra legislación,

de lo que en buena lógica se deducía la improcedencia de la adjudicación en cuanto concurrían las circunstancias que el causante quiso que concurrieran para la aplicación de la segunda parte; que con arreglo á las leyes desvinculadoras y desamortizadoras que siguen aplicándose después de estar vigente el C. c., la finca Torre Bellando sería vendida por el Estado y convertido su importe en láminas intransferibles, como Patronato secular con fines piadosos, sin carácter familiar, á no evitarlo la segunda parte de la referida cláusula, que llegado este caso restituía la finca á la condición de libre; que si la ignorancia del derecho vigente que se atribuye al testador era simultánea, simultáneas debieran ser las consecuencias é idénticos los efectos jurídicos; que es sofisticó limitar los efectos de la ignorancia del causante á la primera parte de la cláusula 10 de su testamento, fundándose en que después de otorgada tal disposición no ha ocurrido ninguno de los hechos á que se refiere, porque esta ignorancia ha de considerarse como una condición casual que se tiene por cumplida; que con arreglo á la disposición 12 transitoria del C. c., en relación con el párrafo 2.º del art. 735, es lo más conforme á la voluntad del finado, que los bienes de que se trata se entiendan legados libremente á *C* ó sus sucesores, alejando todo supuesto de que el finado quisiera que la finca pudiera en ningún caso adjudicarse al albacea *Z* ni á los herederos abintestato; que el referido albacea, ni por el testamento ni por el sufragio de los herederos, tiene otro carácter que el de albacea particular, juez partididor para ejecutar la voluntad del testador sin intervención judicial, pero con arreglo á las leyes; que en su virtud, no ha podido hacer lo que ha hecho y debió atenerse al testamento, sin corregirlo, enmendarlo ni ampliarlo, con mayor motivo cuanto que está interesado un tercero (art. 670 del C. c. y S. de 23 Nov. 1889), que si los herederos del mencionado *C*, sobrino del testador, aceptan el legado después de inscrita la finca á su favor, pueden, si quieren, dar vida á esta adjudicación consintiendo en ella; que las deducciones de los legados á que se refieren las cláusulas 11 y 12 del testamento no están arregladas á la ley, pues debieron adjudicarse las fincas en usufructo é inscribirlas á favor de las personas llamadas por el testador, con mención del derecho de propiedad á favor de quien en su día hubiera de serlo; que en el supuesto 5.º de las operaciones se propone lo que es perfectamente legal, ordenándose luego lo contrario, hasta el extremo de haber legatarios á quienes no se les adjudica cosa alguna, lo que constituye defecto, por no estarse en ninguno de los casos previstos por los arts. 887 y 891 del C. c., ni en el 1.064 del mismo, ya que hay remanente del caudal relicto después de satis-

fechos los legados y se ha aceptado la herencia sin beneficio de inventario; que no hay precepto legal alguno que obligue á los bienes legados al pago de litigios promovidos en nombre é interés propio de algunos legatarios, pues en tal caso no es aplicable el artículo 1.064 del C. c.; que las bajas en el legado de las legatarias *D* y *E*, por razón de lo que estas interesadas percibieron de más en la testamentaria de su tía, son improcedentes y con perjuicio de los derechos de los legatarios en propiedad, pues la indicada demasia debió inventariarse como crédito á favor de la herencia del causante *A*, que, aparte de las contradicciones entre los diferentes supuestos, no se comprende que se bajen de la herencia y no sean cargo de la finca legada para este y otros objetos los gastos del panteón y que se haga caso omiso de las rentas que ha debido producir el caudal relicto desde Feb. 1885 hasta Mar. 1902, pues si tal omisión obedece á retrotraerse la herencia á la fecha del fallecimiento del causante, con mayor motivo debe prescindirse de los gastos del pleito, originado por hechos posteriores (excepción hecha de las costas de los albaceas); que el defecto de falta de claridad de la finca Torre Torre Bellando no desaparece con la explicación del recurrente, y está fundado en el art. 9.º de la L. H., en relación con el 37, y que la supuesta aclaración del recurrente respecto á la doble adjudicación de la finca núm. 43 por los conceptos 6.º y 7.º no convence, á los efectos del Registro, porque las inscripciones se verifican en virtud de documentos públicos (R. de 9 Sep. 1901).

c) Juez delegado y Presidente de la Audiencia.—El Juez delegado confirmó la nota denegatoria del Registrador en cuanto á la inscripción de la finca Torre Bellando, y declaró inscribible el documento respecto á los demás extremos, una vez que fueran subsanados los defectos á que se refería el recurrente, fundando tal decisión en las consideraciones siguientes: que con arreglo al art. 675 del Código civil y S. de 20 Feb. 1890; toda disposición testamentaria ha de entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no aparecer claramente ser otra la voluntad del testador; que en el testamento objeto del recurso aparece con toda claridad que el otorgante quiso, si moría sin sucesión, establecer un legado á favor de su alma sobre la finca Torre Bellando, y en el caso de que esta finca no pudiera adjudicarse al Cura párroco de San Antolín en la forma que el testador disponía, se adjudicase la expresada finca, en la forma que el finado determinaba en segundo término, á nombre de su sobrino *C* ó sus sucesores; que á virtud del fallo del Tribunal Supremo declarando nula la Memoria testamentaria del causante, su testamento ha de considerarse como la última expresión de su voluntad; que

aun admitida la negada hipótesis de que pudiese tener aplicación alguna de las disposiciones de la aludida Memoria testamentaria, no era procedente la adjudicación que se hacía en la partición, respecto á la finca Torre Bellando, á favor del albacea Z, por ser contraria á la verdadera voluntad del testador; que no es motivo para denegar la inscripción las deducciones de los legados á que se refieren las cláusulas 11 y 12 del testamento, pues aun en caso de duda, sólo los Tribunales son competentes para hacer la correspondiente declaración, sin que, ínterin esto ocurra, pueda negarse efectos jurídicos á la partición formalizada, máxime aprobándola todos los interesados; bastando, para evitar perjuicio á terceras personas, hacer constar en el Registro las mencionadas cláusulas y el supuesto 5.º de las operaciones divisorias; que el art. 512 del C. c. se refiere á los gastos originados por los pleitos sostenidos sobre usufructo, mas no á los producidos por los litigios que afectan á la propiedad, que el consignar en la partición el hecho de haberse incautado la Hacienda de un trozo de terreno correspondiente á la finca Torre Bellando, no es defecto que impida la inscripción, por tener el carácter de protesta de lo que se considera abusivo, sin que su omisión dé motivo á suponer renuncia de derechos; que en la adjudicación de la finca núm. 43 para el pago del concepto 6.º no se consigna al margen la cantidad de 3.125 pesetas adjudicada para pago de dicho concepto, lo que significa que quedan deducidas de las 12.500 pesetas en que valuó la citada finca, que se adjudicó á la misma persona para pago del concepto 7.º, y que los restantes defectos ofrece subsanarlos el recurrente á los efectos de la inscripción, cuyas faltas, si bien afectan á la validez del título, no producen la nulidad de la obligación, con arreglo al art. 65 de la L. H.

El Presidente de la Audiencia confirmó el auto del inferior por sus propios fundamentos.

Dirección.—Vistos los arts. 744, 745, 747, 763, 792, 891 del Código civil y 12 de sus disposiciones transitorias, 18, 65 y 66 de la ley Hipotecaria, y Sentencias de 31 Dic. 1888, 2 Enr. 1889, 29 Diciembre 1886 y 3 Nov. 1890, resolvió:

1.º Que la escritura que ha dado lugar al recurso no adolece de los defectos consignados en la nota, relativos á la adjudicación de la hacienda denominada Torre Bellando para cumplir lo dispuesto por el testador en la cláusula 10 de su testamento.

2.º Que debe, no obstante hacerse constar en la inscripción del Registro las circunstancias de su adjudicación, insertándose literalmente dicha cláusula y el supuesto de la escritura referente á la forma de efectuarse aquélla y razones que la han motivado.

3.º Que la misma escritura no es inscribible en cuanto á las adjudicaciones que se hacen al albacea Z para pago de gastos de la testamentaria y del litigio seguido sobre nulidad de la Memoria testamentaria del causante A, por concurrir los defectos que respecto á este particular se consignan en la indicada nota, los cuales podrán subsanarse reformando dicha adjudicación ó consintiendo en ella los legatarios que lo son de la nuda propiedad de los bienes que aparecen adjudicados, ó los que, con los necesarios requisitos, los representen legalmente; y

4.º Que adolece igualmente del defecto subsanable relativo á la adjudicación de la finca 43 del inventario, á que se refiere el número 8.º de la nota puesta primeramente por el Registrador, confirmándose la providencia apelada en lo que esté conforme con esta Resolución, y revocándose en lo demás.

Doctrina.—De los defectos consignados en las notas puestas por el Registrador al pie de los distintos testimonios de adjudicación de los bienes relictos al fallecimiento del testador A, unos han sido ya subsanados, y respecto de otros, manifiesta su conformidad el recurrente, siendo únicamente objeto de este recursos los consignados en la nota del testimonio de los bienes adjudicados al albacea Z, para cumplir lo ordenado en la cláusula 10 del testamento del nombrado cuasante y para pago de gastos de la testamentaria, así como el referente á falta de claridad en la adjudicación de la finca señalada con el núm. 43 del inventario; y á estos extremos debe limitarse, por tanto, la resolución.

Fundado el primer motivo de la expresada nota denegatoria en no estar arregladas á la ley ni á la voluntad del testador las operaciones testamentarias de que se trata, por suponerse que la disposición relativa á la finca Torre Bellando, dejada por aquél en beneficio de su alma, envuelve una amortización en cuanto para ello se ordena que los productos de la misma se empleen en determinados fines pios, y que al adjudicarse al Administrador nombrado para el cumplimiento de éstos, autorizándole para que la venda, destinando sus productos á dichos fines, se contraría lo ordenado por el propio testador, procede examinar si la indicada disposición de halla comprendida en las prohibiciones establecidas por las leyes desamortizadoras, y si la forma en que se ha hecho la adjudicación de la repeda finca es opuesta á la ley y á lo ordenado por el referido causante.

Es válida la institución hereditaria hecha en favor del alma del testador, según lo dispuesto en el art. 747 del C. c. y lo declarado por el Tribunal Supremo en difentes Sentencias, entre ellas, en las de 31 Diciembre 1888 y 2 Enr. 1889, y estando determinados concreta-

mente en el testamento de A los sufragios y obras piadosas á que han de aplicarse los productos de la finca á tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser ésta la suprema ley á que ha de atenderse en materia de sucesiones.

La adjudicación de la hacienda llamada Torre Bellando, hecha en la forma indicada, no puede estimarse como opuesta á la voluntad del testador, como tampoco puede calificarse desde luego de nula la cláusula del testamento de aquél referente á la misma, bajo el supuesto de que envuelve una amortización prohibida por las leyes, porque conforme á la doctrina consignada por el Tribunal Supremo en Sentencias de 29 Dic. 1886 y 3 Nor. 1890, recaídas en casos análogos al presente, el carácter esencial de la vinculación de bienes consiste en la prohibición absoluta de su enajenación, la cual condición, como contraria á la natural libertad de las cosas para los efectos de la contratación, no puede presumirse y debe reconocerse tan sólo en los casos en que explícitamente se halle establecida, y en su virtud, aunque el testador haya dispuesto en la cláusula mencionada de su testamento que dicha finca se inscribiese á nombre de los sucesivos administradores que designó, para invertir sus productos en el cumplimiento de las obras piadosas que estableció en la misma cláusula, no habiendo prohibido expresamente su enajenación, no puede afirmarse, conforme á la doctrina expuesta, que dicha disposición sea contraria á las leyes, y en consecuencia, necesariamente nula, circunstancia precisa para que pueda denegarse la inscripción en el Registro, con arreglo al art. 65 de la L. H.; aparte de que, siendo válida la institución hereditaria y refiriéndose solamente la supuesta causa de nulidad á una condición establecida para la realización de aquella, debería estimarse como no puesta, según lo prevenido en el artículo 792 del citado C. c.

Otorgada la escritura de división y adjudicación objeto del recurso por el albacea y herederos del testador, del modo que han estimado más legal y procedente para llevar á efecto la voluntad del mismo, ha de tenerse por válida y subsistente, mientras no sea impugnada á instancia de parte legítima y se rescinda judicialmente, tanto más, cuanto que la sustitución dispuesta por el propio testador en la finca de referencia á favor de su sobrino, ó de sus sucesores ó herederos, con el encargo de cumplir los fines piadosos indicados por el mismo, solamente debía tener lugar, según sus palabras, cuando por reformas en la legislación civil ó por alteraciones en el orden político no pudiera tener cumplimiento su expresada voluntad, y es notorio que ni en uno ni en otro concepto ha habido mudanza alguna que altere lo que sobre el particular se hallaba establecido en la fecha en que se

otorgó el testamento de dicho causante ni concurrido, por consiguiente, las condiciones necesarias para dicha sustitución.

Esto no obstante, debiendo ser conocida para los efectos del Registro la naturaleza del derecho inscrito, es procedente hacer constar en él las circunstancias de la adjudicación, con lo cual se evita todo perjuicio, aun dado caso que se promoviera cuestión acerca de la misma ante los Tribunales, para lo cual basta insertar íntegramente la citada cláusula 10 del testamento de A y el supuesto de la escritura particional en que se explican las razones que han tenido el nombrado albacea y herederos para interpretar y aplicar la disposición testamentaria á que aquélla se refiere en la forma que lo han efectuado.

Respecto del extremo de la nota denegatoria del Registrador relativa á las adjudicaciones que se hacen á favor del albacea Z para pago de varias deudas de la testamentaria, y especialmente de los gastos hechos por los interesados en el pleito sobre nulidad de la Memoria del testador, recayendo aquéllas, no sobre los bienes que constituyen el remanente de la herencia, sino sobre los legados especiales dejados por el testador en las cláusulas 11 y 12 de su testamento, conforme á las cuales el usufructo de los mismos corresponde á sus sobrinos, nominalmente designados en dichas cláusulas, y la nuda propiedad á los hijos de éstos, no basta la conformidad de aquéllos, sino que es necesaria también la de estos últimos, toda vez que por virtud de aquellas bajas quedan considerablemente reducidos dichos legados, y aun alguno de ellos anulado completamente; que aun en la hipótesis de estar debidamente justificadas dichas deudas y de que todos los gastos del pleito deban ser pagados por la testamentaria, no han debido recaer sobre los bienes objeto de legados, sino sobre los que corresponden á los herederos; que en caso contrario, no han podido tampoco ser excluidos de la reducción algunos de dichos legados, en perjuicio de otros, y que, aun dado que la herencia se hubiese distribuido toda ella en legados, lo que aquí no ocurre, y que sería cuando únicamente vendrían á cargo de los legatarios las deudas y gravámenes de la misma, éstas deberían prorratearse entre aquéllos á proporción de sus cuotas, como dispone el art. 891 del C. c., y no distribuirse desigualmente, como se hace en la escritura origen del recurso.

Por las razones expuestas, adolece ésta del defecto consignado en segundo lugar por el Registrador, el cual podrá subsanarse reformando en este particular, por medio de una nueva escritura, las adjudicaciones hechas para pago de dichas deudas, y consiguientemente, la de los legados á que se refieren las cláusulas 11 y 12 del testamento, ó prestando su conformidad á las operaciones particionales los lega-

tarios á quienes corresponda la nuda propiedad de dichos bienes, ó los que, con los requisitos legales, tengan su legítima representación.

En la escritura particional se describe la hacienda Torre Bellando en términos conformes con lo que resulta del Registro, y así aparece hecha su adjudicación; pues si bien en la declaración 6.^a se expresa haberse incautado la Hacienda pública de una parte de la misma, se añade que tal incautación se hizo sin que precediera el correspondiente deslinde, reservándose por ello su derecho al adjudicatario para reclamar y reivindicar el referido terreno; y no constando esta segregación en el Registro, carece de base el otro motivo de suspensión que, fundado en estas manifestaciones, se consigna en la nota recurrida.

Respecto del defecto de falta de claridad en la forma de adjudicarse la finca núm. 43 del inventario, realmente induce á confusión el modo como aparece adjudicada, puesto que primero aparece hecha esta adjudicación en su totalidad para satisfacer unos gastos y luego parte de su importe para pago de otros, el cual defecto es más de notar en este caso, porque tratándose de una adjudicación para pago de deudas, tal obligación ha de mencionarse en la inscripción literalmente, con arreglo á lo prevenido en el art. 33 del Reglamento dictado para la ejecución de la L. H., y, debe por tanto, subsanarse.

Arts. 785 y 786.—S. 5 Jun. —(Art. 1.957 C. c.)

Art. 790.—S. 12 Dic. (G. 17 May. 1908.)—Testamento.—Partición efectuada por los albaceas.—Exclusión de un heredero por incumplimiento de la condición puesta por el testador en su última disposición.—Falta de personalidad del heredero excluido para impugnar las particiones, mientras en juicio previo no se discuta y reconozca su derecho á la herencia

Hechos.—Antecedentes.—En 6 Mar. 1891, falleció X, bajo testamento de 12 Oct. 1882, en cuya cláusula 11 dispuso: «careciendo de ascendientes y descendientes de todas clases, y teniendo en mi compañía á mi sobrino A y á mi sobrina B, ambos en estado de soltería, de continuar en mi compañía y casa de mi ordinaria habitación al tiempo de mi fallecimiento, ya en estado de solteros, ya en el de casados ó viudos, los instituyo por mis únicos y universales herederos del remanente que quedare de mi hacienda, para que la gocen por iguales partes. Respecto á los bienes inmuebles que de mí hubieren, la institución de herederos que les dejo hecha se entenderá simplemente de usufructuarios, á menos que estando casados á la sazón, ó contrayendo después este estado, obtuvieren en él legítima sucesión, pues desde el momento que esto suceda, la institución se entenderá plenamente en propiedad y usufructo y podrán

disponer libremente de todo lo que de mí hubiesen adquirido. Si ninguno de mis dos citados herederos llegaren á tener sucesión, en este caso llamo á sustituirlos en el caudal inmueble que de mí hubieren recibido á mis hermanos», y, por la cláusula 13 del mismo testamento, nombró albaceas universales, contadores partidores y apoderados especiales á *C* y *D*, confiriéndoles «cuanto poder y facultades se requiriesen y necesitasen para que, ocurrido el fallecimiento del causante, entrasen en sus bienes, los inventariasen, valuasen, liquidasen, dividiesen y adjudicasen en conformidad á sus disposiciones testamentarias, prorrogándoles el plazo legal del albaceazgo por todo el tiempo que necesitaren y empleasen».

Primera demanda.—La dedujo *A* en 23 Jun. 1902, contra *C* y *D*, exponiendo que no obstante haber los demandados aceptado el cargo de albaceas de *X*, habían dejado transcurrir más de once años sin realizar su misión, concretándose á presentar en el Registro de la Propiedad una relación valorada de bienes, al objeto de liquidar provisionalmente y pagar los derechos reales; y que invitados en acto de conciliación dichos albaceas á que considerasen cumplido el término del albaceazgo y se diesen por removidos del cargo y, en su virtud, entregasen los bienes á los herederos y rindiesen cuenta de su gestión, contestó *C* que consideraba sin derecho alguno al actor, ni como heredero, ni como legatario, para que le exigiera nada que en dicha testamentaría tuviera que hacer como albacea. Suplicó se declarase que los albaceas demandados *C* y *D* habían cesado en sus cargos desde el día 6 May. 1893, en que se cumplieron dos años de la muerte del testador, ó que debieron cesar desde que judicialmente fueron requeridos para ello, y, en su virtud, se ordenase rindiesen cuenta de su gestión é hiciesen entrega de todos los bienes hereditarios, con sus acciones, al actor y á su coheredera *B*.

Contestación.—Personado únicamente *C*, expuso que había llenado todos sus deberes de albacea, llegando hasta entregar los bienes de la sucesión de que se trataba á la heredera *B*, toda vez que se hallaba investido de tal atribución por mandato expreso del testador; que en 12 Mar. 1903, presentó al Juzgado la partición de los bienes de *X*, y que negaba al actor la cualidad de heredero del causante. Suplicó se le absolviese de la demanda.

Cuestión previa: Presentación de las operaciones particionales.—Con fecha 12 Mar. 1903, el albacea *C* presentó al Juzgado las operaciones de inventario, avalúo y adjudicación de los bienes de *X*, y manifestó que nada había adjudicado á *A* porque habiendo el causante instituido herederos á *A* y *B*, si continuaban viviendo en su

compañía y casa de su ordinaria habitación al tiempo de su fallecimiento, A ni continuó dando á su tío las pruebas de consideración, respeto y cariño de que había hablado el testador, ni vivía con éste el día de su fallecimiento, por haber abandonado la casa años antes, quedando excluido de la herencia por no haber cumplido la condición que el testador impuso.

Impugnadas las operaciones particionales por A, se convocó á los interesados á junta, que tuvo lugar el 9. May. 1903, y como no resultase avenencia, ordenó el Juzgado se diese al asunto la tramitación del juicio correspondiente.

Segunda demanda.—En su vista, en 18 Jun. siguiente, presentó A la oportuna demanda contra los albaceas C y D, exponiendo, entre otros hechos, que C, excediéndose en sus atribuciones y separándose de la ley, excluyó de la herencia al actor, acreciendo su porción al otro heredero B; que no se habían incluido en las operaciones particionales todos los bienes del causante; y que se daba á éstos distinto valor del que realmente tenían. Terminó suplicando se negase por el Juzgado su aprobación á las operaciones divisorias expresadas.

Contestación.—Opuso C que se habían incluido en las operaciones todos los bienes de X, con su justo valor; que el actor no había reclamado en los doce años siguientes al fallecimiento del causante la parte de herencia que hubiera podido corresponderle; y que la institución de ambos herederos fué hecha condicionalmente, no habiendo A cumplido la condición. Suplicó la absolución de la demanda.

Acumulación.—A instancia de la parte demandada, y de conformidad las partes, dictó el Juzgado auto acordando la acumulación de ambos juicios.

Sentencia.—Confirmando la apelada, la Audiencia falló absolviendo á los demandados.

Recurso de casación.—Lo interpuso A, citando como infringidos:

1.º *Art. 359 de la ley de E. C.*, en cuanto la sentencia recurrida se limita á absolver de la demanda, sin decidir en los considerados los puntos litigiosos objeto del debate, tales como los actos realizados por los albaceas y la impugnación de la partición.

2.º *Art. 361 de la ley de E. C.*, en razón á que prohibiendo dicho precepto aplazar, dilatar ó negar la resolución de las cuestiones debatidas, la Sala sentenciadora ha omitido resolver sobre las cuestiones discutidas en el pleito, dejando para otro juicio pretensiones oportunamente deducidas, bajo pretexto de no haber sido emplazada una parte, cuyos derechos no se negaron en lo que por testa-

mento le correspondía, sino en lo que por actos de albaceazgo se realizó, pugnando dicha omisión con la doctrina declarada en *S. de 3 Feb. 1890*.

3.º *Art. 372 de la ley de E. C.*, en cuanto no se apreciaron en los considerandos de la sentencia recurrida los puntos de derecho fijados por las partes y constando en aquéllos que se cometieron defectos acumulando autos y calificando á éstos de nulos, no estimaba la sentencia en el último considerando la doctrina conducente á la recta inteligencia y aplicación de la ley.

4.º *S. de 10 Nov. 1891*, toda vez que en el pleito se ha sentenciado sobre cuestiones solamente indicadas en el mismo, como fueron la personalidad del demandante y la falta de emplazamiento de un heredero, y no se han resuelto las pretensiones formalmente deducidas en la demanda.

5.º *Arts. 670, 791, 795, 799, 800, 801, 805 y 903 del C. c.*, al dejar á la voluntad de los albaceas quién es ó no heredero, toda vez que en los preceptos invocados se expresa que la personalidad del heredero nace del testamento, y, en su consecuencia, goza de derechos para litigar.

6.º *Art. 1.092 de la ley de E. C.*, puesto que para entregar la herencia es preciso que hayan sido aprobadas definitivamente las particiones, y, por tanto, si se hizo tal entrega por los albaceas, y luego fueron absueltos de la demanda formulada, con arreglo al artículo 1.088 de la citada ley, se cometió la infracción de este número porque aquéllos realizaron un delito: y si no se hizo entrega de la herencia, resultaba igual infracción, ya que no pudo haber perjuicio de un tercero que no litigó, como expresaba la sentencia, supuesto que la única personalidad demandada sólo pudo y debió ser el albaceazgo, cuyas operaciones divisorias fueron las impugnadas en la demanda.

7.º *Art. 902, núm. 3.º, del C. c.*, por ser los albaceas la personalidad demandable y á la que corresponde sostener la validez del testamento, y no un coheredero, que no debió entrar en posesión de la herencia por haberse impugnado la partición por el otro coheredero.

8.º *Art. 904 del C. c.*, por haber tardado doce años los albaceas en efectuar la partición.

9.º *Art. 10 de la Constitución y 901 del C. c.*, porque siendo la sucesión un modo de adquirir la propiedad no puede un albacea por sí mismo desposeer al heredero.

10.º *Art. 675 del C. c.*, desde el momento en que la Sala sentenciadora confirmó la absolución de la demanda á un albacea que en-

tregó la herencia á un heredero y negó esta cualidad á otro, por cuanto que, en el sentido literal de las palabras del testamento, resultaba que si un heredero estaba en la casa del testador al ocurrir el óbito de éste, no por eso se le declaraba único, y en cambio, cabía la duda de si bastó que continuase en la casa uno para que heredasen los dos, ó bastó que uno se ausentase para que, faltando la condición, no fuese ninguno de los dos heredero; y que la intención del testador era bastante clara respecto á que no fuese heredero único el que en su casa siguió viviendo: primero, porque de lo contrario, hubiera revocado el testamento que hizo nueve años antes de morir, mucho más cuando no sería difícil que el heredero que permaneció á su lado le hiciese insinuaciones sobre ello; segundo, porque si el cariño y las simpatías hubiesen sido mayores por el heredero que con él vivió que por el ausente, también hubiera revocado el testamento; tercero, porque no olvidando el testador, como no olvidaría, el sentido literal del testamento, lo interpretó, al dejarlo subsistente, en el sentido de ser herederos los dos ó de no serlo ninguno, mucho más al prevenir en la cláusula 12 «que si entre sus papeles se hallase alguna Memoria relativa á aquel testamento se tuviese como parte integrante de él»; y cuarto, porque si dejó un legado de 8.000 pesetas á una sobrina, haciendo constar que lo efectuaba porque vivió catorce años en su compañía, no era presumible que supusiese quedaría desheredado quien vivió con él más de veinte años, le siguió tratando con cariño y fué nombrado heredero.

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso.

Doctrina.—*Tanto la demanda relativa á la remoción de los albaceas como la referente á la aprobación de las operaciones particionales presentadas á la del Juzgado, en tanto podrían ser apreciadas y resueltas en cuanto el demandante tuviese acción para ejercitar los derechos que ambas demandas presuponen; mas como quiera que solamente á título de heredero las ha formulado A, y es un hecho que al ejecutar los albaceas la voluntad del testador, consignada en el testamento de 12 Oct. 1882, estimaron que, según la misma, no era tal heredero A, estimación fundada, no en facultad alguna especial que para ello confriese el testador á los albaceas, sino en aquella propia voluntad, interpretada como ha de interpretarse cualquier testamento para su cumplimiento, es manifiesto que mientras el actual recurrente no lleve esta cuestión á los Tribunales directamente y en debida forma, con la citación de todos los interesados en su resolución, si considera que ha sido aquella mal entendida y aplicada, no puede, con el supuesto carácter de heredero, ejercitar derechos inherentes á tal cualidad; y la Audiencia, que por este fundamento, en-*

tre otros, absuelve de la demanda al albacea C, no ha cometido las infracciones que en primer término se la imputan en los cuatro primeros motivos del recurso, porque la falta de acción del actor es excluyente de la necesidad de ocuparse de las cuestiones por el mismo planteadas, y no hay consiguientemente incongruencia alguna cuando se absuelve á la parte demandada por dicho fundamento.

Son igualmente de desestimar los motivos 6.º, 7.º y 8.º del recurso, porque cualquiera que sea la pertinencia ó impertinencia de las razones doctrinales invocadas, no bastaría la estimación de aquélla si quien la alega carece, como queda expuesto respecto de A, de acción para reclamar el restablecimiento del derecho.

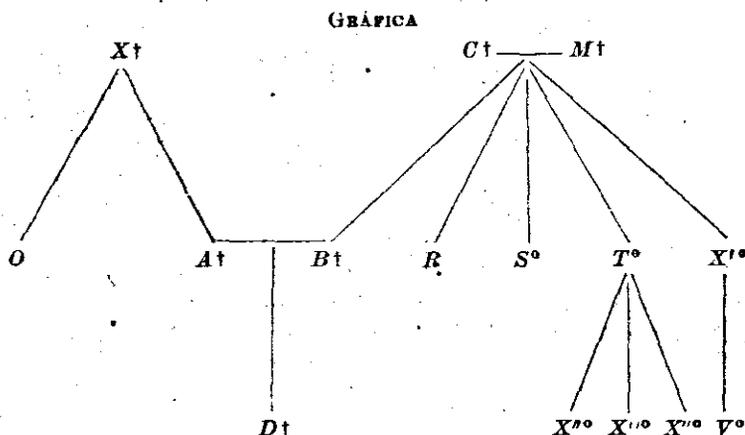
Al negarse esta acción por la Audiencia, lo hace en virtud del reconocimiento de un estado de derecho nacido no del uso de facultades atribuidas indebidamente á los albaceas de X, sino del cumplimiento dado por éstos á la voluntad del testador, sin que su recta ó desacertada inteligencia haya sido hasta ahora planteada como cuestión en el correspondiente juicio para que A pueda reivindicar su carácter de heredero y ejercitar después las acciones que extemporáneamente y sin fundamento legal ha ejercitado en los dos juicios acumulados; y como en los motivos 5.º y 9.º se prescinde de tal situación y estado, como si el recurrente pudiera ostentar su cualidad de heredero, es manifiesta la improcedencia de los mismos.

Por último, en el motivo 10 se plantea una cuestión notoriamente incongruente con la indole y finalidad de las demandas acumuladas, que no ha podido resolverse con ellas, cual es la del alcance é interpretación del testamento de X, por no haber sido objeto de ninguna de ellas, ni con relación al fondo de tal pretensión ni en cuanto á su forma, es notorio que se impone su desestimación, por ser en absoluto improcedente resolverlas de soslayo y sin la debida discusión y contradicción de todos los interesados.

Art. 792.—R. 20 Abr.—(Art. 747 C. c.)

Art. 807.—S. 4 Jul.—(Art. 1.026 C. c.)

Art. 811.—S. 30 Abr. (G. 15 y 27 Febr. 1907.)—Reserva lineal.



EXPLICACIÓN DE LA GRÁFICA:

- X*, ascendiente común de *O* y *A*.
M y *C*, padres de *B*, *R*, *S*, *T* y *X'* y abuelos de *D*.
A y *B*, padres de *D*.
O, reservatoria de *D* por la línea paterna, ó sea de *A*.
R, reservatoria de *D* por la línea materna, ó sea de *B*.
O y *B*, litigantes; la primera como detentadora de la dote de *B*, reservable á *R* como sucesora de *M*, heredera de *D*.

El signo † denota fallecimiento.

El signo ° denota exclusión del derecho debatido en el litigio.

Hechos.—*Antecedentes*.—*a*) Con motivo del matrimonio concertado entre *A*, varón, y *B*, mujer, el padre de ésta, *C*, constituyó, en Febrero 1875, en favor de su hija una dote de 37.500 pesetas, formada con 2.375 pesetas en metálico y dos créditos hipotecarios que transfirió á *A*.

b) Del matrimonio de *A* y *B* nació, en Enr. 1876, una hija, *D*.

c) En Feb. 1877, murió la madre, *B*, y en 1883, el padre, *A*.

c) En Jun. 1891, ó sea cuando *D* tenía quince años y cuatro meses, murió bajo testamento otorgado unas horas antes, en el cual instituyó heredera de la mitad de su haber á su abuela materna *M*, y legó la otra mitad á su tía, por parte de madre, *N*.

d) Fallecida *M*, otra tía de *D*, por parte de padre, *O*, promovió demanda contra los herederos de *M*, son á saber: *R*, *S*, *T* y *V*, con la

pretensión de que se declarase nulo el testamento de *D*; que los bienes de ésta deberían pasar y se tomarían por pasados á la abuela materna *M*, y que por consecuencia de lo dispuesto en el art. 811 del Código civil, se condenase á los demandados á entregarle los bienes que *D* adquirió de su padre por herencia ú otro cualquier título lucrativo, y en los cuales la sucedió la citada abuela, la cual tenía obligación de reservarlos para la demandante.

Sustanciado el pleito hasta recurso de casación inclusive, recayó ejecutoria, dando lugar á la demanda en todas sus partes, por consecuencia de cuya ejecutoria se dió posesión judicial á *O* de todos los bienes inmuebles que pertenecieron á su hermano *A*, así de los aportados por éste á su matrimonio con *B*, como de los adquiridos constante matrimonio, manifestando la administradora de tales bienes *R*, en el acto de ser requerida, que hacía la entrega obedeciendo el mandato judicial, pero reservándose reclamar todos los derechos de que se creía asistida contra la herencia de su sobrina *D* y la del padre de ésta *A*.

e) *R*, *S* y los sucesores de *T*, representados por la viuda del mismo, dedujeron demanda contra *O*, con súplica de que se declarase: 1.º, que los demandantes, como reservatarios, según el art. 811, tenían derecho á las 37.500 pesetas que en concepto de dote aportó *B* á su enlace con *A*; 2.º, que se procediera por medio de contadores á liquidar la expresada sociedad conyugal, que en vida formaron *A* y *B* para detraer la dote de los aportados al vínculo por el marido *A*, y poder conocer la porción de bienes que por fallecimiento de *B* pasó á su hija *D*; y 3.º, que se condenase á la demandada *O* á restituir cuanto, por consecuencia de la referida liquidación, resultase ser la herencia de *B*, de que eran responsables los bienes de su marido *A*, con el interés legal y las costas. El Juzgado y la Audiencia dictaron sentencia absolutoria de la demanda; pero el Tribunal Supremo, en 21 Nov. 1902, casó aquella sentencia y por otra de la citada fecha declaró «que procedía llevar á efecto la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre *A* y *B* con intervención de *O* y *R*, á fin de que los bienes á que tenga derecho procedentes de *B* y de los gananciales que corresponderán á la misma, sean entregados á *R*, sin haber lugar á otros pronunciamientos».

En ejecución de sentencia, *O* y *R* nombraron cada una un contador, y en Ags. 1903, el contador de *O* presentó sus operaciones, en las cuales aparecían inventariadas y deslindadas 18 fincas, que juzgaba pertenecientes al caudal adquirido constante matrimonio, evaluadas en 3.500 pesetas, en cuya cantidad las adjudicaba á *R*, apareciendo una diferencia de menos por la dote de *B* importante pese-

tas 33.950, respecto de las que nada resolvía, porque, según su criterio, en la Sentencia del Tribunal Supremo no se decía si había responsabilidad ni á quién afectaba.

En Septiembre del mismo año, presentó también su operación el contador elegido por *R*, resultando de ella: ser el haber de *A* constituido por los inmuebles, derechos reales y demás efectos entregados á *O*, 75.000 pesetas, 37.500 la dote de *B*, y 3.550 el valor de las 18 fincas compradas constante matrimonio, de cuyas cantidades adjudicó á *O* las 75.000 y las 3.500 pesetas y las 37.500 á *R*, hermana de *B*, con la obligación, por parte de *O*, de hacerla efectiva dentro de quinto día por cuenta de bienes que le fueron entregados como procedentes de su hermano.

Nombrado por la discordia de los contadores un tercero dirimente, éste hizo suya la operación del contador de *R*; mas celebrada junta, no pudo lograrse avenencia de las partes.

Demanda.—La dedujo *O* contra *R* con súplica de que se declarase: 1.º, no haber lugar á aprobar las operaciones liquidatorias de la sociedad conyugal que existió entre *A* y *B*, practicadas por el contador de *R* y aceptadas por el dirimente, por haberse prescindido del inventario de todo el haber social, del avalúo y de las personas interesadas en ellas como legatarios del quinto de la herencia de *A*; 2.º, que dichos contadores no estaban facultados para hacer la declaración de que la demandante *O* era responsable por los bienes que se le entregaron procedentes de la herencia de su hermano *A* de la dote de *B*; 3.º, estimar la excepción de cosa juzgada en cuanto á la supuesta responsabilidad de la dote de *B*, por bienes procedentes de *A*; y 4.º, que *R* sólo tenía derecho, como pariente dentro del tercer grado de *D*, hija de *A* y *B*, á los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal y á los que constase haberle correspondido á *B*, existentes á la muerte de *D*. En apoyo de las acciones utilizadas alegó los hechos que constan ya relacionados, y como fundamentos jurídicos expuso sustancialmente: que la reserva troncal se refiere á bienes ó cosas susceptibles de ser apropiadas; pero no al derecho que la mujer pudiera tener para reclamar la dote de su marido; que ninguna de las litigantes gestionaba en concepto de heredera de *D*, sino en virtud del derecho concedido en el art. 811, derecho que sólo podía hacerse efectivo en los bienes *existentes*; que la sucesión de *A* y de su mujer *B* terminó en su hijo *D*, y que si bien por ministerio legal la abuela materna de *D*, *M*, obtuvo su herencia, fué como en depósito y para devolverla intacta á las respectivas líneas troncales, á cada una, lo que de ellas procediere, razón por la que no podía ejercitar las acciones que en su caso habían correspondido á

los herederos de uno de los cónyuges contra el otro, y, finalmente, que no pudiéndose reclamar sino bienes troncales, *R* sólo tenía acción para pedir lo que *D* hubiese podido exigir de su padre, si ambos viviesen.

Contestación.—La demandada solicitó la absolución de la demanda, alegando fundamentalmente: que la verdadera clave del asunto estaba en el segundo considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 Nov. 1902, en el cual se reconocía la existencia y realidad de bienes procedentes de la línea materna de *D*, como lo fué la dote de 37.500 pesetas, aportada al matrimonio por *B*, quien estuvo además necesariamente en sociedad legal de gananciales, no liquidada aún, con su marido; y que siendo esto cierto, y hallándose la demandada *R* en las circunstancias prevenidas en el artículo 811 del C. c., se imponía la necesidad legal de aplicar este artículo, adjudicándole estos bienes, es decir, las 37.500 pesetas y mitad de gananciales, caso de existir, ya estuvieren representados por cosas específicamente determinadas, ó por créditos, que en el concepto jurídico y por la generalidad con que se expresa el antedicho artículo no pueden dejar de ser tenidos como bienes, siendo de notar que al hablar el aludido considerando de créditos, no pudo referirse más que al dotal á favor de *B*, primero, y de su hija *D*, después, ya que de ningún otro tenía noticia el Tribunal Supremo al pronunciar la citada Sentencia; que la frase final del fallo aludido de *no haber lugar á otros pronunciamientos* no tenía la importancia que se le daba de contrario, pues tan sólo significó ser innecesario seguir uno á uno los puntos ó pretensiones contenidas en la demanda, por haber sido resueltos en conjunto y en el sentido de deber reservarse en favor de *R* la dote aportada por su hermana *B* y los gananciales á la misma correspondientes, siendo esto lo que había que darle y lo pedido en ejecución de la referida Sentencia.

Sentencia.—La Audiencia, revocando la pronunciada por el Juzgado, aprobó la liquidación hecha por el contador de *R* y rectificada por el dirimente, la cual mandó se llevase á efecto.

Recurso de casación.—Lo interpuso la demandante, á virtud de las siguientes infracciones:

1.º *Art. 811 del C. c. y S. de 21 Nov. 1902*, porque en la operación aprobada se dice, y por tanto la Sala manda, que se entreguen á *R* 37.500 pesetas que en dos créditos hipotecarios y metálico aportó al matrimonio su hermana *B*, bienes á que tiene derecho por la reserva lineal del art. 811 del C. c.; y no existiendo metálico ni esos créditos, se adjudican en pago bienes de distinta naturaleza, gravando los adquiridos por la recurrente procedentes de su herma-

no *A*, con lo cual, interpretando erróneamente el artículo y fallo citados, se sustituyen los bienes reservables por otros de distinta naturaleza, no pudiendo hacerse esto, porque dicha calidad de reservables afecta á los *mismos bienes* heredados por el ascendiente del descendiente, y se considera una acción real la derivada del repetido artículo, *persecutoria de los propios bienes*, estén éstos en poder de una ú otra persona; por todo lo cual, los debidos adjudicar á *R* deberán ser los créditos hipotecarios y resto de metálico, y aun pudiera admitirse que por la no existencia de ellos se le adjudicasen los en que se hubiesen convertido durante el matrimonio de *A* y *B*, ó sean los adquiridos por estos cónyuges; pero nunca que se graven con la obligación de tal pago bienes de otra procedencia, ó sean los aportados al matrimonio por *A*.

2.º *El propio art. 811 del C. c.*, en cuanto la sentencia recurrida acuerda la adjudicación á *R* de bienes reservables de *O*, y que ésta obtuvo por virtud de la citada disposición legal, puesto que fallecida *D*, fué heredada por su abuela *M*, y á la muerte de ésta vinieron á poder de *O* los bienes que *D* había heredado de su padre *A*, y que la madre de éste y abuela de aquélla tuvo la obligación de reservar para la hoy recurrente *M*, hermana de *A*, del cual no es heredera.

3.º *Sentencia de 21 Nov. 1902*, en cuanto en la liquidación y en la sentencia recurrida que la aprueba se afirma que el fallo contenido en la ejecutoria invocada de 21 Nov., ordena se entregue á *R* el importe de la dote aportada por *B* á su matrimonio con *A*, con cargo á los bienes de éste adquiridos por su hermana *O*, cuando lo que se ordenó en el repetido fallo fué que se entregaran á *R* los bienes á que tuviera derecho procedentes de la dote de *B*, y no el importe de los citados bienes, y declaró no haber lugar á otros pronunciamientos que están suplicados en la demanda y que se refieren á la entrega de esa dote ó de su importe; y

4.º *Art. 1.421 del C. c.*, por aplicación indebida de su doctrina, porque tratándose de bienes reservables, sólo éstos son los que deben entregarse á *R*, y en todo caso, ser cargo de los adquiridos durante el matrimonio, pero no de los que disfruta *O* en concepto también de reservables, lo cual, unido á que ésta posee los bienes, no como causahabiente ó heredera de su hermana, sino por el derecho lineal de reserva declarado en el art. 811, hace que no tenga responsabilidad alguna por la no entrega de esa dote, comprendiéndose por todo ello el concepto de la infracción alegada en este número.

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso.

Doctrina.—*Por corresponder y deber entregarse á la recurrida como reservable el crédito dotal representativo de los bienes procedentes de la dote que A estaba obligado á devolver á su consorte ó á los herederos de ésta, para lo cual y determinar los bienes libres del mismo A, que en igual concepto de reservables pertenecían á la recurrente, debía hacerse la liquidación de la sociedad conyugal, según lo mandado en la ejecutoria de 21 Nov. 1902, es manifiesto que en la resolución recaída no se ha cometido infracción alguna de las alegadas en los cuatro motivos del recurso, porque los términos del art. 811 del C. c. no autorizan la infundada é ilógica suposición de que para determinar los bienes reservables hayan de alterarse las condiciones de la liquidación de toda clase de herencias, condiciones á tenor de las que el pago de lo debido debe realizarse, ya con los mismos bienes del acreedor, ya en otros cuando subsista la deuda; y porque no habiendo en ningún caso herencia líquida mientras no se hayan satisfecho las obligaciones y deducido las responsabilidades de la misma, es obvio que la expresada recurrente y actora únicamente tiene derecho al saldo que resulte de los bienes de su hermano después de satisfechas las obligaciones de éste, pues sólo en tanto quedaran algunos podría afirmarse que D había heredado bienes de su padre A para trasmitirlos á su abuela M, obligada á reservarlos á favor de O.*

R. 27 Jun. (G. 27 Jul.)—*Reserva lineal.*—*Declaración judicial del derecho de los reservatarios.*

Hechos.—*Antecedentes.*—*P*, en concepto de única heredera de su nieta *B* y como tutora de su nieto incapacitado *C*, de una parte, y de otra, *D*, por su propio derecho, otorgaron en Marzo de 1905 una escritura pública, por la que fueron adjudicadas á los hermanos *B*, *C* y *D* varias participaciones de dos casas, que se expresaba les correspondían en concepto de bienes reservables desde el fallecimiento de sus abuelos *M* y *N* por las consideraciones siguientes:

1.^a Que dichas participaciones habían pertenecido á *O*, por cuya muerte, en estado de viudez, fueron declarados judicialmente sus herederos sus cuatro hijos *A*, *B*, *C* y *D*, adjudicándose las repetidas participaciones á *A* por su herencia materna en virtud de testimonio expedido en Ags. 1890, que fué inscrito en el Registro de la Propiedad. 2.^a, que *A* murió á los cuatro años de edad, siendo sus herederos su abuela, de la línea materna, *M*, y sus abuelos de la paterna, *N* y *P*, cuyos herederos practicaron las operaciones divisorias en Nov. 1892, y se adjudicaron los citados inmuebles con la calidad de reservables. 3.^o, que los abuelos *M* y *N* fallecieron cuando vivían *B*, *C* y *D*, parientes en segundo grado de *A* por la línea de donde procedían los bienes, sin que pudiera haber otros hermanos,

puesto que habían fallecido sus ascendientes; y 4.^a, que constando en el Registro todas las circunstancias referidas, era evidente que sólo podían tener derecho á dichos bienes reservables los tres citados adjudicatarios *B*, *C* y *D*.

Nota del Registrador.—«No admitida la inscripción en cuanto á los bienes que se adjudican los otorgantes en concepto de reservatarios, con arreglo al art. 811 del C. c., por falta de capacidad para atribuirse por sí mismos este derecho y no acompañar á la escritura de adjudicación el verdadero título inscribible en semejantes casos, ó sea el documento público, expedido por Autoridad competente, en que se les reconozca y declare el expresado derecho sucesorio como únicas personas á quienes corresponden los bienes reservados.»

Recurso gubernativo.—*a) Alegación del recurrente.*—Lo interpuso el heredero *D*, solicitando la declaración de ser inscribible la escritura particional y aduciendo que todos los antecedentes de la escritura que comprueban el derecho del recurrente y de sus hermanos á los bienes reservables de referencia, constan inscritos en el Registro de la Propiedad; que las Sentencias de 16 Dic. 1892, 5 Enr. 1903 y 30 Dic. 1897 establecen la doctrina para la aplicación de los arts. 811 y 921 del C. c. y confirman también el derecho de dichos reservatarios; que la R. de 20 Mar. 1905, resolviendo un caso análogo, decidió no ser precisa la previa declaración judicial de no existir otros interesados con igual derecho á los bienes reservables, y que esa declaración no debía solicitarse en este caso, puesto que existía un auto judicial que acreditaba que al morir *O* sólo dejó cuatro hijos, no ofreciendo, por tanto, duda que la menor *A* no tenía otros hermanos legítimos que los adjudicatarios en la partición de que se trataba.

b) Alegación del Registrador.—Mantuvo la pertinencia de su nota, exponiendo: que nuestras leyes de procedimiento no han establecido todavía el que corresponde para la declaración ante los Tribunales del derecho sustantivo que establece el art. 811 del C. c.; pero que pudiera aplicarse la tramitación del título XI del libro II de la ley de E. C., puesto que trata de la sucesión de bienes entre parientes hasta cierto grado, llamados á ella por la ley; que dicha omisión de la ley procesal no debe suplirse por declaración que los mismos interesados hagan ante Notario de corresponderles un derecho, y que esa escritura sea título suficiente para apoderarse de los bienes, adjudicárselos é inscribirlos en el Registro de la Propiedad, porque en tal caso, el verdadero título inscribible no es la escritura, ni lo que transfiere el dominio es la adjudicación hecha por los otorgantes, sino el derecho que afirman les asiste, conforme al

citado art. 811, derecho que es verdadero título inscribible, según el art. 2.º de la L. H., porque ha de constar en un documento público, conforme al art. 3.º, y que aquí deberá ser el auténtico, que define el art. 8.º del Reglamento, «expedido por Autoridad ó funcionario competente para darlo y que deba hacer fe por sí sólo»; que las pruebas del derecho que se aducen en la escritura estarían en su lugar si se alegaran ante un Tribunal autorizado por la ley para apreciarlas, pero ni el Notario al dar fe de lo manifestado da más fuerza á la declaración, ni el Registrador tiene autoridad para reconocerlo, como tampoco la tiene para considerar prescrito un derecho cuyo plazo de prescripción resulte ya vencido, para tener por firme una sentencia, aunque haya transcurrido el término necesario, ni para tener por herederos *abintestato* de los padres á los hijos, aunque les conste cuáles sean éstos, puesto que sus atribuciones se limitan á inscribir ó rechazar el documento por lo que resulte del mismo, y tan sólo á la Autoridad judicial compete apreciar pruebas para fundar declaración de derechos; y que la R. de 20 Marzo 1905 es, como todas, aplicable sólo al caso para que se dicta, como particularmente dice en uno de los considerandos de la misma con las palabras «lo que excusa en el presente caso» la necesidad de la previa declaración judicial.

c) *Juez delegado y Presidente de la Audiencia.*—Revocaron la nota del Registrador, por los propios fundamentos del recurrente.

Dirección.—Revocó la providencia apelada y confirmó la nota del Registrador, vistos el art. 811 del C. c., los 2.º, 3.º y 23 de la ley Hipotecaria, la S. de 30 Dic. 1897 y la R. de 20 Mar. 1905.

Doctrina.—*El art. 811 del C. c. ha establecido una nueva forma de sucesión al disponer que el ascendiente que heredase de un descendiente bienes que éste hubiere adquirido por título lucrativo de otro ascendiente ó de un hermano, se halla obligado á reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden.*

Dicho artículo impone, por tanto, de una parte, una obligación al ascendiente que hereda en las circunstancias indicadas, ó sea la de reservar los bienes heredados, y de otra, el consiguiente derecho en favor del pariente ó parientes á quienes han de pasar éstos, derecho cuya extensión no es posible precisar desde luego, porque, según lo declarado por el Tribunal Supremo en S. de 30 Dic. 1897, no lo permite la índole y transcendencia de la reserva, pues así como puede aquél desaparecer por premorir los herederos al reservista, puede también ser absoluta cuando éste fallezca.

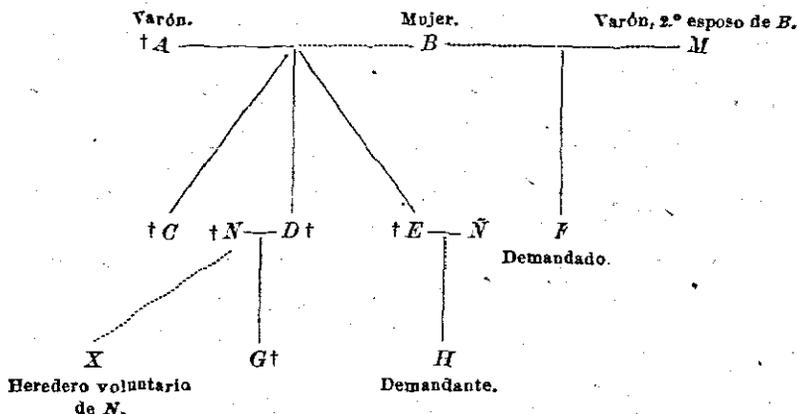
De la citada disposición y de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, lógicamente se deduce que la determinación nominal de la persona ó personas que en el caso del art. 811 han de suceder en los bienes, no puede hacerse hasta después de fallecido el ascendiente obligado á reservar, y que la declaración de quiénes sean dichos herederos, como la de todos los llamados á heredar por sucesión legítima, ha de hacerse por la Autoridad judicial correspondiente.

Si bien por no haberse modificado ó ampliado las disposiciones de la ley de E. C. para armonizarlas con las nuevas instituciones ó derechos creados por el citado Código, pudiera suponerse que no existe procedimiento adecuado para la declaración de los derechos sucesorios en el caso del repetido art. 811, esta razón no puede ser bastante para prescindir de la indicada declaración y atribuir á los Registradores la facultad de apreciar por sí el derecho de los presuntos herederos, pues atendido el carácter contradictorio que éste puede tener, el Juez ante quien se solicite aquélla es el que designará, según las circunstancias, la clase de juicio que estime más ajustada á la ley, mientras no se establezca un procedimiento especial para estos casos, si así se juzgara necesario.

La principal cuestión planteada en el recurso que dió lugar á la Resolución de 20 Mar. 1905, citada por el recurrente, era distinta de la que es objeto de este recurso, y aun cuando en ella se acordó ser innecesaria, en el caso á que se refería, la previa declaración judicial, fué por las circunstancias particulares que en el mismo concurrían, ó sea por estar reconocido y resultar de los documentos presentados que el adjudicatario de los bienes era el único hermano del descendiente de quien aquéllos procedían.

S. 8 Nov. (G. 3 y 12 Dic. 1907.)—*Reserva lineal.*—*Derecho de representación.*—*Apreciación de prueba.*—*Costas procesales.*

GRÁFICA.



EXPLICACIÓN DE LA GRÁFICA:

- A, primer marido de B.
- M, segundo marido de B.
- C, D y E, hijos de A y B.
- F, hijo de M y B.
- N, marido de D.
- Ñ, esposa de E.
- G, hijo de N y D.
- H, hijo de E y Ñ.

Hechos.—*Antecedentes.*—a) Del matrimonio de A, varón, y B, mujer, nacieron tres hijos: C, D y E. El primero, C, murió sin descendencia; la segunda, D, casó con N, siendo fruto de este enlace una hija, G; el tercero, E, contrajo matrimonio con Ñ, del que hubieron á H.

b) Muerto A, su viuda contrajo segundo matrimonio con M, habiendo un hijo, F.

c) Con posterioridad al óbito de E ocurrió el fallecimiento de su hermana D, en Feb. 1878, pasando sus bienes á su hija G, y habiendo muerto ésta en 1890, después que su tío E, le sucedió su padre N.

d) En Oct. 1898, F, hijo del segundo enlace de la viuda B, demandó de conciliación á N para que practicase inventario, liquidación, división y adjudicación de los bienes quedados al fallecimiento.

to intestado de su hija *G*, y los inscribiera en el Registro á su nombre, con la cualidad de reservables á favor de *F*, aviniéndose *N* á la conciliación.

e) En 30 Dic. del propio año 1898, *N* y *F* formalizaron un documento privado, que depositaron en poder de tercero, en el que vista la imposibilidad de acreditar ni aproximadamente el capital heredado por *G* al fallecimiento de su madre *D*, convinieron en que los herederos de *N* pagarían á *F* 10.000 pesetas, que era lo que conceptuaban podría importar la legítima materna de *G*, siu que por ninguno de los dos pudiera revocarse el convenio ni llevarlo á los Tribunales.

f) En 11 Jul. 1902, murió *N*, instituyendo por heredero universal á *X*, y éste y *F*, en 17 del mismo mes y año, suscribieron un documento privado comprometiéndose el primero á satisfacer al segundo las 10.000 pesetas (antecedente *e*) á que venía obligado su causante *N*, en dos plazos vencederos, uno, en 29 Sep. 1902, y el otro, en igual fecha de 1903, rebajando del segundo el valor de ciertos bienes raíces que se nombraron, y declarándose que con la entrega de aquella suma, *F* se consideraría pagado de la herencia que *N* adquirió de su hija *G*, en virtud del derecho otorgado por el art. 811 del C. c.

g) En 17 Dic. 1902, *H* citó de conciliación á *X* para que éste reconociera que el primero, como hijo de *E*, tenía derecho á que se le reservase, en la participación correspondiente, los bienes de sus abuelos *A* y *B* y de la hija de éstos *D*, contestando el demandado que reconocía el derecho del actor, pero que existían compromisos pendientes con *F*, en virtud de los que le había entregado alguna cantidad y que retendría los bienes restantes hasta que se pusieran de acuerdo con el actor respecto á la forma y proporción en que habían de repartirlos entre sí.

Demanda.—La dedujo *H* contra *F*, suplicando se declarase que el demandado carecía de todo derecho á que se le reservasen los bienes que heredó la finada *G* procedentes de su abuelo *A*, y que en cambio lo tenía el actor, quien además tenía también derecho á una parte de los bienes de su abuela *B* y de la hija de ésta *D*, que al ser adquiridos por *N*, por herencia de su hija *G*, revestían el carácter de reservables para los parientes pertenecientes á la línea de donde los bienes procedían; condenando al demandado á estar y pasar porque *X* entregase al actor la parte que le correspondiese de los bienes reservables expresados, y á su vez entregase en la misma proporción al demandado lo que hubiese podido percibir por su parte en el propio concepto, con más los frutos producidos y posibles

producir por los mismos, como abonos de daños é indemnización de perjuicios.

Contestación.—Opuso *F* las siguientes alegaciones: que el contrato celebrado con *N* y ratificado después con *X*, lo había sido bajo la base exclusiva del derecho que sobre dichos bienes pudiera corresponder al contestante y que, por lo tanto, la reclamación deducida por *H* lo había sido en el supuesto inexacto de que el demandado *F* se opusiera á que *X* hiciera entrega al actor de los bienes que pudieran constituir el derecho reconocido en su favor por aquél; y que la demanda se formulaba sin que hubiera precedido la liquidación de la testamentaria de *D* y sin que, por tanto, se pudiera hacer constar cuáles bienes fueron los que por dicho concepto recibiera *G*. Terminó suplicando se estimase, en primer lugar, la excepción perentoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda, y en caso de no juzgarla pertinente, se declarase que el derecho á los bienes que como reservables se solicitaba sólo correspondía al demandado, sin que sobre los mismos pudiera ser reconocido, ninguno en favor del actor, excusando, por consiguiente, al primero de la obligación de entregar al segundo parte alguna de los por el dicente percibidos, desestimándose, además, la demanda por la inexactitud del supuesto que la servía de base; y en tercer lugar, en el caso de que no se estimase aceptable la excepción antes citada, ni la falta de derecho, ni de exactitud, se tomasen en cuenta las excepciones propuestas con carácter subsidiario, fundadas en la falta de obligación en el demandado para cumplir las prestaciones que le eran exigidas, y de acción en el demandante para reclamarlas, absolviéndole en todo caso de la demanda.

Prueba.—Se practicó *documental, testifical y de confesión en juicio*, declarando el demandado ser cierto que al fallecimiento de *D* y al de su hija *G* no se hizo división alguna de los bienes que á aquélla pertenecían por herencia de sus padres y abuelos, respectivamente, ignorando si á la muerte de *N* se hizo ó no alguna división de los bienes que le correspondían de dichas procedencias.

Sentencia.—Confirmando la apelada, declaró la Audiencia no haber lugar á la demanda interpuesta en ninguno de sus extremos.

Recurso de casación.—Lo interpuso *H*, citando como infringidos:

1.º *Art. 811 del C. c.*, en cuanto no se reconoce el derecho del demandante á los bienes reservables en cuestión, no obstante ser pariente dentro del tercer grado, computado conforme á los arts. 915 al 920, de la persona de donde los bienes proceden, y porque, en cambio, reconoce el fallo semejante derecho á la reserva de tales bienes al demandado, aun en los procedentes de *A*, á cuya línea no perte-

nece bajo concepto alguno *E*, puesto que enseñando el Código en sus arts. 915 al 921 lo que son líneas, se deduce que no puede estimarse que pertenece á la línea del primer marido de *B* quien, como el demandado, nació en las segundas nupcias contraídas por ésta después de enviudar.

2.º *S. de 16 Dic. 1902*, por aplicación indebida, al declarar que la materia de reservas es referente á un derecho personalísimo y de interpretación restrictiva, en el que por lo mismo no caben derechos y acciones establecidos para otra clase de derechos, toda vez que en el presente caso no se trata de una discusión entre los parientes con derecho á la reserva y el heredero del ascendiente, que viene obligado á reservar, sino de un caso especialísimo, en que el causahabiente del que debió reservar reconoce el derecho del reclamante, y sólo discuten los parientes entre sí que tenían tal derecho á su favor, y con todos los que está conforme *X*, sucesor universal de *N*.

3.º *Art. 925 del C. c.*, según el que el derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendiente, así como en la colateral entre los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo ó de vínculo sencillo; porque dado el terreno en que la discusión se ha planteado y las personas que discuten entre sí, no puede haber duda de que las ampara en el presente caso el derecho de representación, por tratarse de descendientes de las personas de quienes los bienes reservables proceden en su origen y de hermanos de la persona que al transmitir su herencia legítima á su hija dió lugar á la reserva, de lo que tiene reconocido su derecho á la misma, y lo opone al que el actor trata de hacer valer, y hasta del mismo *N*, que con su muerte dió lugar á que pudiera reclamarse de un modo efectivo el derecho que nació al crearse para él la obligación de reservar y de no poder transmitir á sus propios herederos los bienes de que se trataba.

4.º *Art. 1.902 del C. c.*, en cuanto regulándose por él la materia de imposición de costas procesales, no debe considerarse que procedió con culpa grave quien, como el demandante, sólo hizo valer derechos que le reconoció de buen grado el propio reservista, y derechos, además, que son creación del C. c., y que por la letra y espíritu del precepto en que se declaran, se prestan, por lo menos, á dudas.

5.º *Error de derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción de los arts. 578, 580 y 659 de la ley de E. C., y 1.215, 1.231, 1.232, 1.234, 1.235 y 1.248 del C. c.*, toda vez que de las pruebas practicadas, con apreciación aislada ó conjunta, resulta contradicha la aserción del Tribunal sentenciador, de que el recurrente no ha

justificado que los bienes de cuya reserva se trata procedan, si quiera en parte, de la herencia de A.

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso.

Doctrina.—*Al fijar el recto sentido y verdadera inteligencia del artículo 811 del C. c., no derivado de principio alguno de verdadera troncalidad, sino constitutivo de un beneficio concedido exclusivamente en favor de determinadas personas, tiene declarado este Tribunal Supremo, en varias resoluciones, que dicho precepto legal se refiere, respecto al grado de parentesco que menciona, únicamente al que mediaré entre las personas á cuyo favor debe hacerse la reserva y el descendiente de quien proceden de modo inmediato los bienes, puesto que del fallecimiento de éste surge el derecho y tiene su origen la obligación de reservar, establecidos en el precitado artículo, y en tal supuesto, es incuestionable que hallándose el recurrente en el cuarto grado de parentesco con G, y no en el tercero, como la ley exige, carece de la condición primordial necesaria para la reserva que pretende, cuyo derecho se ha reconocido en la sentencia recurrida á F, aun en los bienes que heredara G de su madre D, procedentes de su abuelo A, á cuya línea no pertenece aquél, porque, según tiene también resuelto este Supremo Tribunal, el texto del art. 811 no autoriza para buscar la procedencia de los bienes más allá del ascendiente de quien los hubo el descendiente del obligado á reservar, el cual ascendiente es en el caso actual D, á quien heredó su hija G y de la cual era hermano uterino el F, y, por tanto, perteneciente á la misma línea; siendo de todo punto indiferente, para la aplicación de la doctrina expuesta, que la controversia judicial se entable entre los parientes que se crean con derecho á la reserva y el heredero del ascendiente obligado á reservar, ó que discutan entre sí aquéllos, y éste reconozca sus respectivos derechos, como aquí acontece, ya que en uno y otro caso existe la misma razón de la ley, cuya observancia no puede alterarse por la voluntad de los particulares; de todo lo cual se deriva la improcedencia de los dos primeros motivos del recurso, mantenidos con apreciaciones contrarias al texto legal interpretado por decisiones de la jurisprudencia.*

No se ha infringido en la sentencia recurrida el art. 925 del Código, como en el motivo 3.º se supone, porque constituyendo la reserva de bienes un beneficio ó derecho personalísimo, sólo pueden ejercitarlo las personas á cuyo favor lo ha establecido la ley de modo taxativo, por lo que no cabe en esta materia de interpretación restrictiva, como limitativa de los derechos legitimarios del ascendiente, la representación establecida para otro orden de derechos por el mencionado art. 925, conforme tiene declarado también este Tribunal, y

porque, en su consecuencia, la representación única que el recurrente pudiera ostentar para este efecto, como causahabiente de su padre, no le da capacidad al objeto de colocarse en el lugar de éste, quien, por otra parte, ningún derecho adquirió ni pudo transmitir en este orden, por haber fallecido antes que G y aun anteriormente á su hermana D; además de que, según dicho artículo, la representación sólo alcanza en la línea colateral á los hijos de hermanos, circunstancia que no concurre en H, por ser hijo de un tío de G y tratarse de la sucesión de ésta.

Aparte de que los errores de derecho que en el motivo 5.º se alegan no son de estimar porque se dirigen á combatir una apreciación de la sentencia, no influyente bajo ningún concepto en el fallo, es manifiesto que la Audiencia no procedió erróneamente al apreciar que el demandante no había justificado que los bienes de cuya reserva se trata procedieran en parte de A, porque no es exacto que en la contestación á la demanda, en cuyos hechos se ratificó el demandado, se reconociera aquel particular y estuviera por ello relevado de prueba, con arreglo al art. 565 de la ley de E. C.; porque en la confesión judicial lo que categóricamente declaró F fué que no se hizo división al fallecimiento de D ni al de G de los bienes que la pertenecieran por herencia de sus padres y abuelos, respectivamente; y porque, en cuanto á la prueba de testigos, es de la exclusiva incumbencia del Tribunal sentenciador el apreciarla; de donde se sigue que no se han infringido los preceptos legales relativos á la prueba que en este motivo se citan; y

Por último, en cuanto al motivo 4.º, la imposición de costas por la temeridad de un litigante es, como punto de hecho, de la exclusiva facultad de la Sala sentenciadora, sin que, por lo tanto, pueda este extremo del fallo ser materia del recurso de casación.

Art. 816.—R. 12 Oct.—(Art. 1.271 C. c.)

Arts. 820, 821 y 822.—R. 7 Abr.—(Art. 885 C. c.)

Arts. 834 y 836.—R. 30 Abr.—(Art. 855 C. c.)

Art. 855.—R. 30 Abr. (G. 30 May.)—*Desheredación de mujer casada por su marido, sin expresión de causa.—Operaciones de liquidación de la sociedad conyugal sin intervención de la viuda.—Aprobación judicial.—Sus efectos formulistas no obstan á la facultad calificadora de los Registradores—Personalidad de los albaceas para interponer el recurso gubernativo por razón de las particiones en que hayan intervenido.*

Hechos.—Antecedentes.—a) Otorgó A testamento notarial en Septiembre de 1903, en el que, entre otras disposiciones, nombró albaceas contadores partidores solidarios á su hermano M y su tío N,

con facultad de vender bienes para pago de deudas, y declaró: que teniendo en cuenta la demanda de divorcio entablada por su mujer *P*, la separación en que hacía tiempo vivían, á pesar de la larga y penosa enfermedad del otorgante y *otras causas que se reservó*, desheredaba á su citada mujer en absoluto, privándola de los derechos que el C. c. concede al cónyuge sobreviviente.

b) Por muerte del testador, sus albaceas *M* y *N* practicaron las operaciones divisorias, que fueron judicialmente aprobadas, constando de autos que estuvieron puestas de manifiesto, que transcurrieron ocho días sin hacerse oposición por ninguna de las partes; pero no constando quiénes fueran estas partes interesadas.

Documento de inscripción.—Presentadas para ser inscritas las aludidas operaciones divisorias con cuatro hijuelas de otros tantos copartícipes hereditarios, el Registrador puso en todas la siguiente nota: «Denegada la inscripción de este documento por los siguientes defectos: 1.º, por no haber intervenido en las operaciones divisorias la viuda, á quien tampoco se adjudica la cuota que le corresponde en los bienes del causante, conforme previene el C. c., ni consta que aquélla la haya renunciado; 2.º, porque se adjudican bienes para pago de deudas sin haber prestado la viuda su aprobación á tal adjudicación, una vez que tiene derecho á impugnarla por razón del aumento ó disminución que por ello pudiera sufrir su haber hereditario; 3.º, porque no se liquida la sociedad conyugal so pretexto de hechos no justificados, ni esta liquidación puede evitarla la separación voluntaria de los cónyuges, que ni la ley admite ni tampoco se halla justificada; y 4.º, porque la desheredación que contiene el testamento respecto á la viuda, aparte de no expresar la causa que la motiva, aun siendo justa, jamás podría privarla de la facultad de intervenir en las operaciones del causante á los fines de liquidar la sociedad conyugal.»

Recurso gubernativo.—a) *Alegación del recurrente:* Lo interpuso el testamentario *M*, alegando: que no procedía la intervención de la viuda en las operaciones practicadas por haber sido desheredada por su marido en virtud del divorcio entablado, con injuria grave, según doctrina de la S. de 21 Oct. 1904; que existiendo pendiente pleito de divorcio, establece el art. 834 del C. c. que, respecto á la cuota viudal, se esperará al resultado del mismo; que las operaciones de testamentaria estuvieron expuestas ocho días para que las partes pudieran oponerse, y la viuda no lo hizo, y que habiendo sido aprobadas judicialmente y por el Abogado del Estado, y satisfecho el impuesto, la nota denegatoria incurría en un error de concepto, siendo aplicable el art. 262 de la L. H.

b) *Alegación del Registrador.*—Mantuvo la pertinencia de su nota informando: que habiendo terminado el carácter de testamentario de *M* desde que las operaciones particionales fueron practicadas, sólo ha podido recurrir contra la nota denegatoria de la hijuela en que es adjudicatario, pero no contra las otras, conforme al art. 57 del R. H. y Resoluciones de 31 Mar. 1876 y 6 Dic. 1879; que en el documento presentado no consta se promoviera el divorcio, ni que la desheredación fuera por esta causa, ni que los partidores hicieran lo establecido en el art. 834 del C. c., ni que la viuda haya sido notificada para que pudiera oponerse á la aprobación de las particiones; que el auto de aprobación judicial no tiene más eficacia que la que las partes quieran darle, según Resoluciones de 14 Jun. 1897 y 5 Oct. y 24 Dic. 1900; que el pago del impuesto procede aunque se trate de documentos nulos; que no es aplicable el art. 262 de la L. H., porque no se ha hecho inscripción alguna; que la viuda, no divorciada al morir su marido, tiene derecho á la cuota que fija el art. 834, en relación con el 836, del Código civil, y es precisa su intervención, según las Resoluciones de 5 Sep. 1896 y 14 Mar. 1903; que el partidor debió citar á dicha viuda para cumplir el art. 1.057 del Código y doctrina de las Resoluciones de 13 Abr. 1892 y 23 Abr. 1903; y que tanto para liquidar la sociedad conyugal como para adjudicar bienes para pago de deudas no justificadas, era precisa la concurrencia y consentimiento de la viuda, conforme á lo establecido en los arts. 52, 1.417, 1.418, 1.428, 903 y 1.030 del C. c., y Resoluciones de 10 Sep. 1881, 21 Junio 1882 y 19 Nov. 1898 y S. de 14 Nov. 1881.

c) *Juez delegado y Presidente de la Audiencia.*—Confirmaron la nota del Registrador por sus propios fundamentos y además por los siguientes: que según el art. 902 del C. c., el albacea sólo tiene las atribuciones que le confiere el testador; que el auto de aprobación de particiones es meramente formulario y ritual y consecuencia del art. 1.081 de la ley de E. C., que lo impone cuando no haya oposición, por lo que no puede equipararse á las demás providencias y sentencias á los efectos de la calificación por los Registradores, toda vez que su efecto único es el de dar carácter de documento público á los actos sobre que recae, según Resoluciones de 14 Junio 1897, 28 Jul. 1898 y 24 Dic. 1900.

Dirección.—Vistos los arts. 807, 814, 834, 836, 843, 849, 855, 1.057, 1.392, 1.395, 1.417 y 1.418 del C. c. y Resoluciones de 12 Noviembre 1895, 14 Jun. 1891, 14 Mar. 1903 y 26 Feb. 1906, declaró con personalidad al recurrente y confirmó la providencia apelada en los demás extremos.

Doctrina.—*Los albaceas nombrados por el testador, con encargo de hacer la partición de sus bienes, tienen legítimo interés en sostener la validez y legalidad de las operaciones testamentarias practicadas por los mismos, y consiguientemente, en que se inscriban á favor de los adjudicatarios en el Registro de la Propiedad, cuando recaen sobre bienes inmuebles, por lo que no puede negárseles personalidad para interponer el oportuno recurso gubernativo contra la negativa de los Registradores á practicar dicha inscripción.*

Según la doctrina consignada en diferentes Resoluciones, y especialmente en la de 26 Feb. último, cuando existe cónyuge sobreviviente y ha de procederse á la liquidación de la sociedad conyugal, no puede prescindirse de la intervención del mismo en las operaciones de testamentaria del premuerto, aun dado caso que los albaceas tengan el carácter de comisarios; y habiéndose practicado las que son objeto del recurso sin la intervención y conformidad de la viuda, adolecen de un defecto sustancial; que impide la inscripción de las mismas.

La referida partición tiene también el vicio de no haberse adjudicado á la nombrada viuda la cuota usufructuaria que le corresponde por virtud de lo dispuesto en los arts. 834 y 836 del C. c.; pues aun cuando el testador la desheredó expresamente, atendido el carácter de heredero forzoso que tiene el cónyuge sobreviviente por razón de aquella cuota, era necesario, para que esta desheredación fuera válida, que hubiese existido alguna de las justas causas que se determinan en el art. 855 del propio Código y que ésta se consignase expresamente en el testamento, lo cual no ocurre en este caso, sin que sea admisible tampoco la alegación del recurrente de que al tiempo del fallecimiento estaban separados los cónyuges por estar pendiente demanda de divorcio; pues aunque así fuera, ha debido esperarse el resultado del pleito y no privarla desde luego de su parte de herencia, conforme á lo dispuesto en el párrafo 3.º del art. 834 del repetido Cuerpo legal.

No resulta que por el Juzgado se haya dado vista de dichas operaciones á la referida viuda, ni era esto posible, estando, como estaba, excluida de las mismas, por lo que no puede conceptuarse que haya prestado tácitamente su conformidad á ellas, como alega el recurrente, ni el hecho de haber sido aprobadas judicialmente basta para subsanar los defectos de que adolecen, porque, con arreglo á lo declarado también en varias Resoluciones, tal aprobación tiene carácter meramente ritual y formulario, y no puede equipararse al de las providencias y sentencias que dictan los Jueces y Tribunales, por lo que las operaciones de liquidación y división que contengan este re-

quisito están sometidas á la calificación de los Registradores, con arreglo á lo dispuesto en la L. H. y en el Reglamento para su ejecución.

Por las razones expuestas, son de estimar los motivos de denegación consignados en la nota puesta por el Registrador al pie de los testimonios de hijuela que han dado lugar al recurso.

Arts. 858 y 859.—R. 7 Abr.—(Art. 885 C. c.)

Art. 885.—R. 7 Abr. (G. 24 Abr.)—Concurrencia de legatarios con herederos forzosos.—Entrega de los legados por el albacea sin haber precedido la liquidación y partición general de la herencia, ni prestado su conformidad á la entrega los herederos.

Hechos.—Antecedentes.—a) Murió *A* en Mar. 1904, bajo testamento notarial otorgado en Ags. 1901, en el que legó á su esposa *M* cuatro terrenos, bajo las condiciones de que si dicha *M* premuriese al testador se entendería hecho el legado en favor de *B*, hijo de ambos, y que, en otro caso, si la viuda *M* no llegara á enajenar á título oneroso todas ó parte de las tierras legadas, las que quedasen recaerían en su mismo hijo *B*; instituyó por el mismo testamento herederos universales á sus tres hijos *B*, *C* y *D* y nombró albaceas solidarios á *S* y *T*, confiriéndoles facultades de contadores y partidores para el caso de que fuese necesario practicar las operaciones particionales de la herencia, facultándoles también para resolver cualquiera cuestión que surgiere en el cumplimiento de su cometido é interpretar el testamento en relación con el contrato de capitulaciones matrimoniales del hijo *B*, y, finalmente, «para entregar á la legataria *M* los terrenos legados», prorrogando por cuatro años el plazo legal del albaceazgo.

b) En Ags. 1904, el albacea *S*, por escritura pública de la misma fecha, hizo entrega á la viuda *M* de las cuatro tierras legadas.

Documento de inscripción y Nota del Registrador.—Presentada la anterior escritura en el Registro para su inscripción, la denegó el Registrador, entre otros defectos, por el de «no justificarse por medio de la oportuna liquidación de la herencia, que el legado de cuya entrega se trataba cabía dentro del tercio de libre disposición de la misma; y en caso de no haberse practicado dicha liquidación, por no concurrir los herederos, si son mayores de edad, ó sus representantes legítimos si son menores, á prestar su conformidad con el legado».

*Recurso gubernativo.—*a) *Alegación del recurrente.*—Lo interpuso el Notario autorizante, con la súplica reglamentaria, alegando: que autorizado el testador por el art. 885 del C. c. para encomendar al albacea la entrega de legados, y revestido éste como contador

partidor, según el art. 1.057 y R. de 22 Enr. 1898, de facultades para la práctica de las operaciones particionales, sin necesidad de la intervención ni conformidad de los herederos forzosos, era indudable que el albacea contador de que se trata pudo, válida y eficazmente, verificar la entrega del legado, procediendo su inscripción en el Registro de la Propiedad igual que si se tratara de donación intervivos, aplicándose por analogías las Sentencias de 28 Enr. 1898 y 13 Junio 1900, como asimismo la R. de 26 Sep. 1901.

b) *Alegación del Registrador.*—Mantuvo su nota informando: que hallándose subordinada la eficacia de las donaciones ó legados, según los arts. 819 y 820 del C. c., á la integridad de las legítimas, sin que puedan exceder aquéllas del tercio de libre disposición, y no justificándose que el legado de que se trata no perjudique á dichas legítimas, carece de eficacia legal, ínterin no presten su conformidad los herederos forzosos, sin que, por otra parte, pueda ser aplicada la doctrina de regulación de donaciones intervivos, por no cumplirse en aquéllos la condición resolutoria inherente á las últimas, como tampoco los arts. 1.057 y 885 del C. c., por no haber practicado el comisario íntegramente las operaciones particionales, siendo imposible por ello conocer si el legado se encuentra ó no comprendido en el tercio de libre disposición, ni asimismo el artículo 23 de la L. H., cuya finalidad es evitar que los herederos legítimos puedan ser perjudicados por herederos voluntarios, hallándose exceptuados los primeros del precepto contenido en dicho artículo.

c) *Juez delegado y Presidente de la Audiencia.*—Declararon inscribible la escritura de entrega del legado, considerando: que tratándose de cosa específica, determinada y propia del testador, había adquirido la legataria su propiedad desde la muerte del causante, obteniendo asimismo su posesión al serle entregada por el albacea; que ostentando éste, además de dicho carácter, el de comisario, debía pasarse por las operaciones particionales en cuanto no perjudicara las legítimas, sin que fuese necesaria la intervención de los herederos, porque sobre deducirse así de las Resoluciones de 5 Oct. 1893 y 22 Enr. 1898, resultaba ser aquéllos mayores de edad, y por lo tanto, mientras no solicitasen la reducción del legado por inoficioso, debía reputarse como válida y eficaz la entrega del mismo verificada por el albacea.

Dirección.—Vistos los arts. 813, 817 á 822, 858, 882, 885, 906, 1.025, 1.027, 1.056 y 1.057 del C. c., 45, 46, 56 y 57 de la L. H. y Resoluciones de 4 Feb. 1880, 3 Nov. 1887, 22 Enr. 1898 y 18 Mayo 1900, revocó la providencia apelada, acordando no haber lugar á

declarar que la escritura objeto del recurso estuviese redactada con sujeción á los requisitos y prescripciones legales.

Doctrina.—La facultad concedida al testador en los arts. 858 y 859 del C. c. para gravar á los herederos con mandas y legados se halla limitada, cuando existen herederos forzosos, por los arts. 813 y 817 del mismo Cuerpo legal, al disponer que no puede aquél privar de su legítima á los herederos sino en los casos expresamente determinados por la ley, ni imponerles sobre ella gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie, y que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de dichos herederos se reducirán, á petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas ó excesivas.

Para fijar el importe de la legítima y hacer en su caso la reducción de las donaciones hechas por los testadores, en cuanto fueren inoficiosas ó excedieren de la cuota disponible, se determinan las oportunas reglas en los arts. 818 al 822 del citado Código, estableciéndose en el 820 que habrán de respetarse las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento; que la reducción de éstas debe hacerse á prorrata, sin distinción alguna; que si el testador hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia á otros, no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima, y, finalmente, que si la manda consiste en un usufructo ó renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria ó entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador.

De las citadas disposiciones lógicamente se deduce que aun cuando la entrega de los legados puede hacerse por los albaceas, si éstos se hallan autorizados para ello por el testador, por permitirlo así el artículo 885 del propio Código, para que aquella pueda tener lugar, debe preceder la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se hallan dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, ó si ha de procederse á su reducción en la forma indicada, á no ser que los expresados herederos concurren también á la entrega ó manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad; pues constituyendo ésta una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar á él, si tienen la necesaria capacidad legal.

Comprueba la necesidad de dicha liquidación ó de la concurrencia de los herederos forzosos para la entrega de los legados dejados

por el testador lo dispuesto en los arts. 821 y 822, conforme á los cuales, cuando el legado sujeto á reducci6n consista en una finca que no admita acomodada divisi6n, quedar4 ésta para el legatario si la reducci6n no absorbe la mitad de su valor, y, en caso contrario, para los herederos forzosos; pero aqu6l y éstos deber4n abonarse su respectivo haber en dinero; disponiendo asimismo, aparte otros particulares, que cuando los herederos 6 legatarios no quieran usar de este derecho, se venda la finca en p6blica subasta, á instancia de cualquiera de los interesados; reglas todas ellas que indican que á la entrega de los legados ha de preceder en el caso expresado la pr4ctica de las operaciones particionales para determinar la validez y forma de la misma.

Viene tambi6n en apoyo de esta doctrina el art. 906 del repetido C6digo, al establecer que los herederos y legatarios podr4n, de com6n acuerdo, prorrogar el plazo del albaceazgo por el tiempo que crean necesario, y que siendo el acuerdo s6lo por mayoría, la pr6rroga no podr4 exceder de un a6o, pues si el legatario tuviera derecho á obtener desde luego la entrega de su legado, no habria raz6n para concederle la facultad de prorrogar á los albaceas el plazo dentro del cual han de cumplir su encargo, ni menos para que tal facultad haya de ejercitarse de acuerdo y en concurrencia con los herederos; siendo adem4s de observar la circunstancia de que en esta disposici6n no se hace diferencia ni excepci6n alguna entre las distintas clases de legatarios.

Las reglas expuestas rigen aun trat4ndose de legados específcos 6 sobre cosa determinada 6 inmueble, en la que corresponde la propiedad al legatario desde la muerte del testador, sin que á ello se oponga, sino que antes bien lo confirma, el derecho que á tales legatarios conceden los arts. 45 y 46 de la L. H. de pedir y obtener anotaci6n preventiva de su derecho sobre la misma cosa legada, porque la garantía que en ellos se concede á los referidos legatarios, á la vez que asegura la efectividad de los derechos que les corresponden sobre la cosa legada, demuestra la presunci6n legal de que puede dilatarse su definitiva adjudicaci6n.

En contra de lo expuesto no puede prevalecer la raz6n alegada por el recurrente de que por tener el albacea otorgante de la escritura de que se trata la calidad de comisario, con las atribuciones que le confiere el art. 1.057 del C. c., se halla autorizado para prescindir de dicha formalidad, pues aun cuando esta Direcci6n tiene establecida la doctrina de que las particiones efectuadas por los comisarios deben estimarse subsistentes, sin necesidad de que los herederos forzosos las aprueben con su consentimiento, mientras aquéllas no se

rescindan judicialmente, tal facultad no elude la obligación, dimanante de las disposiciones anteriormente citadas, de verificar la partición antes de hacer la adjudicación de los bienes hereditarios á los que hayan de tener participación en los mismos, así en concepto de herederos como en el de legatarios, lo cual no obsta para que una vez verificada ésta, hayan de pasar por ella los interesados, mientras no se rescinda á su instancia judicialmente.

No habiendo precedido á la escritura objeto del recurso la liquidación de la herencia del causante, y no habiendo concurrido tampoco á su otorgamiento los herederos de éste, adolece aquélla del defecto que se expresa en la nota del Registrador.

R. 12 Oct.—(Art. 1.271 C. c.)

Art. 891.—R. 20 Abr.—(Art. 747 C. c.)

Art. 895.—S. 12 May. (G. 9 May. 1907.)—*Albaceas mancomunadas.—Excepción dilatoria de falta de personalidad.*

Hechos.—Antecedentes.—En Mar. 1904, falleció A, bajo testamento otorgado en May. 1897, ante el Notario B, en cuya disposición de última voluntad, se insertaron las siguientes cláusulas que se relacionan. Por la *décima*, instituyó la testadora heredero universal del remanente de sus bienes presentes y futuros á M, Doctor en Medicina, y, en su defecto, á sus hijos, por iguales partes á todos de libre disposición. Por la *undécima*, estableció: «que si cualquiera de los herederos ó legatarios se opusiese en la forma ó en el fondo á lo que la señora testadora había dispuesto, por el mismo hecho lo perdería, acreciendo al heredero ó herederos que no reclamaran en contra del testamento.» Por la *décimacuarta*, prohibió la intervención judicial y nombró albaceas contadores partidores al heredero M y al Notario autorizante B, los cuales habrían de practicar las operaciones de inventario, avalúo y divisorias privadamente.

Demanda.—La total disconformidad de los albaceas, hizo imposible toda obra mancomunada, y próximo á expirar el año del fallecimiento de la testadora, el albacea B dedujo demanda contra el otro albacea y heredero M, con súplica de que se declarase que el demandado instituido heredero por la testadora bajo la condición de no oponerse en el fondo ni en la forma á lo dispuesto por ella en su testamento, había infringido tal condición al no prestarse á ejecutar mancomunadamente con su coalbacea las operaciones de la testamentaria, y en su consecuencia, que había perdido su cualidad de heredero, debiendo pasar el caudal de la finada á las personas llamadas á sucederla abintestato, y que el albaceazgo instituido por la testadora debía entenderse vivo y subsistente hasta que el pleito se decidiese por sentencia firme y tuviera lugar su

ejecución; condenando, en su virtud, al *M* á estar y pasar por tales declaraciones, á que devolviese los bienes de la herencia, con las rentas percibidas, y á que, de acuerdo y mancomunidad con el demandante, los entregase á las personas á quienes correspondieran por ministerio de la ley, como herederos abintestato de la causante; pidiendo, por medio de otrosí, que de conformidad con el art. 905 del C. c., se prorrogase el albaceazgo por el tiempo necesario para tramitar y resolver el juicio.

Incidente de incontestación.—*Cuestión del día.*—Admitida la demanda, se confirió traslado de ella á la otra parte, proveyéndose, respecto del otrosí, no haber lugar á la prórroga del albaceazgo solicitada por el actor, pero declarándose, al propio tiempo, que los albaceas deberían cumplir su encargo en el término de un año, una vez terminados los litigios, cuyo proveído quedó firme. El demandado *M* formuló incidente de previo y especial pronunciamiento, proponiendo la excepción dilatoria de falta de personalidad del demandante, por carecer de la representación ó cualidad de albacea con que demandaba, y en su virtud, suplicó se declarase que no venía obligado á contestar la demanda, porque no habiendo la testadora prorrogado el plazo del albaceazgo y transcurrido el término legal de un año, había el actor cesado en la representación con que indebidamente había ejercitado su acción. En apoyo de esta súplica, y después de relacionar los hechos mencionados por vía de antecedentés, añadió: que á tenor de los arts. 904, 910 y 911 del Código civil, era evidente la falta de capacidad del actor para litigar como albacea de la causante, toda vez que no habiendo ésta prorrogado el plazo del albaceazgo y habiendo transcurrido el término de un año fijado por la ley, había perdido *B* el carácter de albacea: que, en su consecuencia, se hallaba reservado en este caso al heredero cuanto se refería á la ejecución de la voluntad de la testadora, sin que pudiera alegarse que el Juzgado prorrogó el plazo legal á *B* por todo el tiempo necesario para tramitar y decidir este pleito, pues ni esa prórroga fué consentida por *M*, ni el Juzgado tenía facultades para otorgarla, á no ser que hubiese un principio de autorización en el testamento; que además, la prórroga sólo pudo solicitarse y obtenerse para cumplir la voluntad del testador, pero no para litigar en un pleito que tendía á infringir abiertamente esa misma voluntad, pretendiendo que la herencia pasara á los parientes á quienes la causante no quiso instituir; que, por otra parte, el actor pidió también en su demanda que se considerara subsistente el albaceazgo hasta la decisión del pleito, y que acceder á la prórroga era acceder á la demanda, lo cual no podía hacerse por una mera provi-

dencia suprimiendo el juicio sin oírse siquiera al heredero; y, finalmente, que el 24 Mar. 1905 dejó *B* de ser albacea por el lapso del año, y como aquel día no se le había prorrogado el plazo válidamente por providencia firme, desde esa fecha perdió su expresado carácter, según lo dispuesto en el art. 910 del Código. El demandante, respondiendo al incidente de incontestación, se opuso al mismo alegando sustancialmente: que la testadora prorrogó el plazo del albaceazgo por todo el tiempo que éstos necesitaran para cumplir su ministerio; que la demanda se dedujo antes de expirar el año; que necesitaban prórroga judicial á tenor de la S. de 4 Febr. 1902; que la prórroga de todo término ha de pedirse antes de vencer éste, como así se efectuó, y que no existía texto ninguno que privase á los albaceas de someter á los Tribunales las diferencias que entre ellos surgieran, como consecuencia de la distinta apreciación de las cláusulas del testamento, cuando no existía la posibilidad de que la disidencia pudiera dirimirse del modo previsto en el art. 895 del Código civil.

Sentencia.—Declaró haber lugar á la excepción dilatoria de falta de personalidad, y en su consecuencia, que el demandado *M* (heredero y albacea) no venía obligado á contestar la demanda contra él formulada.

Recurso de casación.—Lo interpuso el albacea *B* (Notario autorizante del testamento), citando como infringidos:

1.º *Arts. 675, 822, 829, 904 del C. c. y la cláusula 11.ª del testamento de la causante, en cuanto la Sala sentenciadora estima que la desavenencia entre número par de albaceas mancomunados es causa de caducidad respecto de ellos; porque de prevalecer esta teoría radicalísima, sin apoyo en precepto ninguno del C. c., se infringirían los artículos invocados, y porque si la desavenencia fuese causa de terminación del albaceazgo, debería decretarse tan luego como surgiera, con lo cual se quebrantarían los arts. 904, 905 y 906 del C. c., pues en tanto no transcurra el término fijado, cabe la posibilidad del acuerdo y, por lo tanto, de que se ejercita la voluntad del testador por las personas á quienes confirió su confianza.*

2.º *Art. 910, en relación con el 911 del C. c., por interpretación errónea, por no concurrir en el caso del litigio ninguna causa de las taxativamente determinadas en aquellos preceptos, toda vez que aun equiparando la desavenencia á la imposibilidad física ó material, tampoco existía aquella con carácter definitivo, por haberse sometido la cuestión íntegra á la decisión de los Tribunales.*

3.º *El mismo art. 904 del C. c., con error de hecho, resultante de documento auténtico, al prescindir de la prórroga que por ministerio*

de la ley tiene el albaceazgo en el caso de surgir conflictos sobre la validez ó nulidad del testamento ó de alguna de sus disposiciones, toda vez que de documentos auténticos resultaba que antes de expirar el año del albaceazgo acudió el recurrente al Juzgado demandando al recurrido sobre aplicación del testamento y pidiendo la prórroga legal.

4.º *El principio de la cosa juzgada*, porque acordada por el Juzgado la prórroga del albaceazgo por un año más, á contar de la terminación de los pleitos, fué el auto en que así se acordó consentido por las partes.

5.º *Art. 895 del C. c.*, por interpretación errónea, en cuanto la Sala sentenciadora negaba al recurrente su carácter de albacea por el mero hecho de haber comparecido individualmente en el pleito y no mancomunadamente con el otro albacea, porque si bien es cierto que, según el artículo invocado, sólo será válido lo que los albaceas mancomunados hagan de consuno, tal principio cede ante la imposibilidad de su aplicación cuando siendo dos ó más los testamentarios, litigue uno contra el otro sobre cuestiones relativas á la ejecución del testamento.

6.º *Art. 503 de la ley de E. C.*, en relación con *el 675 del C. c.*, porque el actor, al iniciar el pleito, justificó su carácter de albacea con el testamento en que se le confería tal oficio, quedando desde este momento sin campo ni ambiente la excepción opuesta de falta de personalidad, que, como limitada á las cualidades necesarias para comparecer en juicio, no debe nunca confundirse con la excepción *sine actione agis*.

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso.

Doctrina.—*Las condiciones y cualidad que ostenta una persona para litigar con otra es materia propia del incidente á que se refiere el art. 532 de la de E. C., é independientemente del fundamento de la acción que ejercita, procede el examen de aquéllas para resolver si justifica ó no la personalidad con que pretende litigar, por lo que entablada la demanda á que se refiere el presente recurso por B, no ejercitando derecho propio, sino á título y cualidad de albacea de la causante, es obligado ver si acredita cumplidamente dicha cualidad, ó sea si, á tenor del testamento de dicha señora, puede ostentar la representación del albaceazgo en la forma en que lo hace.*

Del expresado documento acompañado con la demanda aparece, y así está reconocido por las partes, que el albaceazgo establecido por la testadora lo constituyen conjunta y mancomunadamente B y M, y como, á tenor del terminante precepto del art. 895 del Código, cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valdrá lo que todos

hagan de consuno, ó lo que haga uno de ellos, autorizado legalmente por los demás, ó lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número, es manifiesto que aun cuando B se denomine y sea, con efecto, albacea, lo que no puede hacer por sí y aisladamente es ostentar la representación del albaceazgo, como realmente la ostenta en el pleito de que se trata, representación para la que le faltan condiciones necesarias, de conformidad con el precepto legal antes transcrito, en relación con la voluntad de la testadora, sin que en este sentido y aspecto tengan eficacia para la casación pretendida los cuatro primeros motivos del recurso, por ser dicho fundamentó doctrinal independiente de la cuestión relativa á la prolongación del albaceazgo.

Tampoco son de estimar las infracciones alegadas en el quinto y sexto motivo, porque si B puede, ostentando su propia y particular personalidad, litigar con M, para lo que carece de ella por expresa voluntad de la testadora y por ministerio de la ley, es para ostentar la del albaceazgo constituido, según queda expuesto, no por cualquiera de los dos albaceas designados, sino por los dos á la vez y de consuno, y porque el testamento acompañado con la demanda lo que precisamente justifica es la falta de dicha personalidad, independiente de la acción.

Arts. 904 y 905.—S. 9 Feb.—(Art. 661 C. c.)

S. 24 Nov. (G. 14 Feb. 1908.)—Albaceazgo.—Prórroga del albaceazgo.—Hereditario voluntario.—Prohibición testamentaria de intervención judicial.

Hechos.—Antecedentes.—*a)* En 31 Ags. 1896, falleció X, bajo testamento en el que nombró albaceas con amplísimas facultades á A y B, prorrogándoles el tiempo legal del albaceazgo por todo el que, á su juicio, necesitasen para cumplir su encargo, y prohibiendo en absoluto la intervención judicial en su testamentaria, salvo la aprobación, si fuese precisa.

b) A petición de C, heredero de X, se dictó por el Juzgado, en 29 Jul. 1904, auto teniendo por prevenido el juicio voluntario de testamentaria de X.

Demanda incidental.—La dedujeron en el expresado juicio A y B, pidiendo se declarase la nulidad de todas las actuaciones que constituían é integraban el referido juicio, sobreyendo en él, alegando al efecto: que la voluntad del testador era la ley que regia á los herederos; que, por tanto, el juicio promovido por C se había prevenido con apartamiento de la disposición testamentaria y transgresión de los mandatos de la ley, siendo, en su consecuencia, nulas las actuaciones practicadas; y que ostentando C el carácter de heredero voluntario, estaba obligado á respetar y cumplir la volun-

tad del finado, que prohibía en absoluto la intervención judicial en su testamentaria.

Contestación.—Impugnó *C* la demanda exponiendo: que el testador prorrogó el plazo del albaceazgo sin señalar el tiempo de la prórroga; que á pesar de las gestiones amistosas practicadas, no cumplieron los albaceas su mandato; que en estas condiciones llegó un día en que el estado anormal de la testamentaria obligó al dicente á promover el juicio de testamentaria, fundándose en que ni había albaceas, ni partidores que pudieran cumplir la voluntad del causante, porque habiendo transcurrido el año concedido y también el que daba la ley cuando el testador autorizaba la prórroga y no designaba el tiempo de ella, sin que ni albaceas, ni partidores practicasen todas las operaciones de testamentaria, concluyeron en sus cargos; y que los herederos habían cumplido con la condición impuesta por el testador, puesto que no habían requerido la intervención judicial en tanto hubo quien practicara todas las operaciones.

Sentencia.—Confirmando la apelada, la Audiencia declaró *no haber lugar* al incidente de nulidad.

Recurso de casación.—Lo interpusieron *A* y *B*, citando como infringidos:

1.º *Art. 1.039 de la ley de E. C. y S. de 17 Mar. 1899*; que en el presente caso confirmaban el 1.045 de la misma ley; toda vez que al prohibir la testadora la intervención judicial en su testamentaria y nombrar, como nombró, dos comisarios partidores y liquidadores de su caudal, con amplísimas facultades para el desempeño de su cargo, aparecía clara y manifiestamente expuesta su voluntad de que todas las operaciones relativas á su testamentaria hubieran de practicarlas aquéllos *extrajudicialmente*, pues resultaría un contradicto suponer, como con notorio error lo hacía la sentencia recurrida, que el testador no encargó á los contadores la práctica *extrajudicial* de su testamentaria, ya que no se concebía ni era posible admitir en buena lógica que dicha prohibición absoluta impuesta por el causante tuviera otro alcance, ni otro propósito, ni otra intervención que la de que practicasen *extrajudicialmente*; sobre que de entenderlo de otro modo, se infringiría también el *art. 675 del Código civil*, por ser manifiesta intención del testador la de que en la partición de sus bienes no interviniera la justicia.

2.º *Arts. 790 y 791, en relación con el 1.114 del C. c.*, por cuanto teniendo el carácter de voluntarios los herederos instituidos en su testamento por *X*, pudo éste imponerles las condiciones que, no siendo imposibles ni contrarias á las leyes ni á las buenas costumbres, tuviese por conveniente; y como la prohibición, establecida por aquél

en su última voluntad; de toda intervención judicial en su testamentaria era condición posible y lícita, obligaba á los herederos, los cuales, para la adquisición de sus derechos habían de quedar sujetos al cumplimiento de la condición.

3.º *Art. 905 del C. c.*, en razón á que la Sala sentenciadora desconocía la prórroga del término legal del albaceazgo establecido por el testador con palabras categóricas y terminantes, que además denotaban la imposibilidad de precisar una fecha que coincidiese con la presunta voluntad del causante.

4.º *Art. 911 del C. c.*, porque aun en el caso de que se considerase terminado el plazo legal del albaceazgo, conjuntamente con el de los contadores partidores para realizar las operaciones de testamentaria, como se declaraba en la sentencia, era evidente que entonces la ejecución de la voluntad de la testadora incumbía á los herederos, según expresa disposición del precepto citado; y, por tanto, mientras no se demostrase que los herederos no habían podido entenderse para realizar las operaciones particionales del caudal, circunstancia que en este caso no se había demostrado ni intentado demostrar, no podía tener aplicación el art. 1.059 del C. c., ni, por consiguiente, era posible la prevención del juicio voluntario de testamentaria, ya que, respetando la voluntad de la testadora en cuanto á la prohibición tantas veces mencionada, podían sus herederos por sí practicar extrajudicialmente las operaciones de división y adjudicación.

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso.

Doctrina.—*Dados los términos del art. 905 del Código, el testador que quiera ampliar el plazo del albaceazgo debe señalar expresamente el término de la prórroga, sin que, por lo tanto, sea admisible que pueda autorizar una prórroga indefinida; cuando así no lo hace, la prórroga se entiende sólo por el plazo de un año, á tenor del claro precepto del expresado artículo; no procediendo, por lo tanto, la estimación del tercer motivo del recurso, fundado exclusivamente en la interpretación errónea de dicha disposición legal; y como los albaceas nombrados por X dejaron transcurrir con mucho exceso el término del albaceazgo, sin solicitar nueva prórroga del Juez, que también hubiera tenido que ser determinando concretamente el plazo, ni de los herederos y legatarios, es visto que procedía resolver, como se ha resuelto, la cuestión del pleito sobre la base de la terminación del albaceazgo de que se trata.*

La sentencia recurrida tampoco infringe las leyes que se citan en los motivos 1.º, 2.º y 4.º del recurso, porque la prohibición impuesta por X, de toda intervención judicial en su testamentaria, no

condiciona el nombramiento de herederos, pues de su cumplimiento no se hace depender la adquisición ó pérdida de los derechos de los llamados á su herencia, porque aun afectando, como afecta, á herederos voluntarios, en el caso de autos no puede tener debido cumplimiento, por no conservar el carácter de albaceas y contadores las personas á quienes nombró y facultó para que practicasen extrajudicialmente las operaciones de testamentaria, y porque el art. 911 del C. c., que declara corresponde en este caso á los herederos la ejecución de la voluntad del testador, y su concordante el art. 1.059, no deben interpretarse en el sentido de que se necesite probar el desacuerdo de los interesados sobre el modo de hacer la partición, para ejercitar el derecho que les reconoce el art. 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil á los que sean parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria.

Art. 906.—R. 7 Abr.—(Art. 885 C. c.)

Arts. 907 y 910.—S. 9 Feb.—(Art. 661 C. c.)

Art. 911.—S. 1.º Feb. (G. 9 Nov.)—Contadores partidores in solidum.—Nulidad de particiones verificadas por un tutor no deferido legalmente, en representación de menores.—Aprobación judicial.—La aprobación del Consejo de familia es ineficaz, por no estarle atribuida dicha función por el Código.

Hechos.—Antecedentes.—a) A, casado en segundas nupcias, otorgó testamento en Feb. 1885, en el que instituyó herederas universales á sus hijas B y C, habidas en su segundo matrimonio, disponiendo literalmente: «nombro albaceas testamentarias, contadores partidores, á X y Z, pudiendo uno y otro de estos dos conferirse mutuamente las facultades que al efecto se requieran, y si no quisiere ninguno de ambos intervenir, lo hará por sí mi esposa.»

b) En 1887, fallecieron el albacea X y la esposa del testador.

c) En 1889, contrajo tercer matrimonio el expresado testador A con I, y sin tener nueva sucesión falleció aquél en Jul. 1900.

d) Como las hijas de A, habidas en sus segundas nupcias, B y C, eran menores de edad, se constituyó el Consejo de familia, el cual, en 14 Ags. 1900, nombró tutor dativo á M y protutor á N, acordando que éste entrase desde luego en el ejercicio de sus funciones; que el Consejo se reservaba el deferir la tutela una vez que el tutor hubiese prestado la fianza necesaria, y finalmente, que por el tutor se procediese á formar el inventario de los bienes de las menores, con intervención del protutor y dos testigos.

e) En 30 Ags. 1900, se inscribieron en el Registro de tutelas los nombramientos de tutor y protutor á favor de M y N, respectivamente.

f) En 4 Feb. 1901, el Consejo de familia acordó autorizar al tutor para que realizase las operaciones testamentarias del padre de las menores, *A*.

g) Por auto de 23 del mismo mes y año, el Juzgado declaró á la viuda *D* heredera usufructuaria de la cuota viudal que le correspondía en la sucesión de su finado marido *A*.

h) En 12 Jul. 1901, la viuda *D* y el tutor *M* otorgaron acta de protocolización, por la que incorporaron al Registro de un Notario el cuaderno particional de los bienes quedados al óbito de *A*.

i) En 13 Nov. 1901, el Consejo de familia aprobó las expresadas operaciones particionales y las cuentas rendidas por la viuda *D* y el tutor *M*.

Demanda.—La dédujo *B*, hija de *A*, que había contraído matrimonio en Oct. 1901, contra *D* y *M*, alegando: que las operaciones particionales del caudal de su difunto padre habían sido hechas por personas sin facultades para ello, por cuanto el testador *A* designó dos contadores partidores, y uno de ellos vivía, sin que resultase por ningún concepto que hubiera renunciado; que si bien el Consejo de familia autorizó al tutor *M* para hacer el inventario y particiones, esa autorización carecía de valor, puesto que tanto al serle concedida como al efectuar las operaciones no tenía *M* deferido su cargo, ni había prestado la correspondiente fianza, y que las expresadas operaciones no se habían practicado en la debida forma. Por cuyas alegaciones de hecho y las de derecho pertinentes suplicó se declarasen nulas y rescindidas las operaciones divisorias y adjudicatorias realizadas en los bienes relictos de *A*, por *D* y *M*, con todas las consecuencias que de la rescisión dimanasen é indemnización de ley, y se ordenase proceder de nuevo practicar las indicadas operaciones en la forma procedente.

Contestación.—Respondieron los demandados: que las operaciones cuya nulidad se pedía fueron practicadas con toda imparcialidad y justicia, sin que se pudiera en ellas descubrir nada anormal; que los albaceas nombrados no lo habían sido solidariamente, y como uno de ellos había fallecido, correspondía la ejecución de la voluntad del testador á sus herederos, conforme lo ejecutaron *D*, por sí misma y *M*, como tutor de las menores *B* y *C*, debidamente autorizado por el Consejo de familia; que la tutela de *B* y *C* estaba inscrita y el tutor había prestado fianza personal, interin no la constituyera hipotecaria, y que las expresadas particiones hubo de aprobarlas el Consejo de familia.

Prueba.—Se practicó testifical y documental, consistiendo ésta en la aportación por la parte actora, entre otros, de una certifica-

ción, en la que se hacía constar que en el Registro de tutelas aparecía el asiento de inscripción con fecha 30 Ags. 1900, y que en 21 Abril 1903, se tomó razón en dicho libro de una escritura de hipoteca de nueve fincas, otorgada en 7 Nov. 1902 por *M*; para afianzar el cargo de tutor de las menores *B* y *C*.

Sentencia. - La Audiencia, confirmando la apelada, absolvió á los demandados.

Recurso de casación. - Lo interpuso la demandante, citando como infringidos:

1.º *Ley del testamento*, que es la voluntad del testador, y *artículo 675 del C. c.*, porque en el testamento del causante los albaceas contadores partidores fueron nombrados *in solidum*, revelando la forma del nombramiento tal solidaridad, pues al decir que «*si ninguno de ambos quisiere intervenir*, lo haría por sí su esposa», terminantemente establecía que bastaba que alguno de ellos quisiera para que pudiera hacerlo, sin que esta apreciación lógica é inexcusable se encuentre reservada por aquellas otras palabras de la cláusula en que se autoriza á los nombrados para que mutuamente se confieran las facultades necesarias (únicas en que se fija la sentencia), haciendo caso omiso de las citadas, y que entrañan una verdadera sucesión ó solidaridad, sin que ella obste para que si los dos quisieren intervenir juntamente, pudiesen hacerlo; pero no queriendo ó no pudiendo uno de ellos por haber muerto, era al otro á quien correspondía hacer la partición.

2.º *Art. 911 del C. c.*, por aplicación indebida y *error de hecho* en la apreciación de un documento auténtico, cual el testamento del causante, puesto que del mismo resulta, con evidencia incontrastable, que el nombramiento de los contadores partidores fué *in solidum*.

3.º *Arts. 1.254, 1.256, 1.258, 1.259, 1.261 y 1.262 del C. c.*, porque aun en la hipótesis de incidir el caso litigioso en la órbita del artículo 911 del Código, no existe contrato hasta la coincidencia del consentimiento de las partes á quienes haya de obligar, por lo que, según tiene declarado la Sentencia de 25 Oct. 1898, «sólo puede estimarse eficaz el contrato sobre partición de bienes hereditarios cuando los interesados prestan su conformidad y se obligan á estar y pasar por ella», lo que no ha ocurrido en el presente caso, por cuanto el demandado, que compareció como tutor de las menores al otorgamiento de la escritura, no era aún tal tutor, faltando, por consiguiente, el consentimiento y aprobación de aquéllas, que no tuvieron la representación debida en la partición, sin que pueda decirse que basta la aprobación del Consejo de familia, pues aparte de ser

completamente ineficaz, es lo cierto que la representación de los menores no corresponde á dicho Consejo, y sí al tutor ó protutor en su caso, según prescriben los arts. 236, 256 y 262 del C. c.; y como el protutor no intervino, y el tutor, cuando se hizo la partición, no había prestado aún la fianza ni inscrito la tutela, no podía representar á las menores, sin que tales vicios puedan subsanarse por la aprobación, no unánime por cierto, del Consejo de familia, ya que, con arreglo al art. 4.º del citado Cuerpo legal, es nulo todo acto ejecutado contra lo dispuesto en la ley, y como el 205 del mismo dispone terminantemente que el tutor no entrará en el desempeño de sus funciones sin que el nombramiento haya sido inscrito en el Registro de tutelas, y el 252 preceptúa que antes que se le defiera el cargo deberá prestar fianza para asegurar bien el desempeño de su gestión, es evidente que el tutor no pudo concurrir al otorgamiento del contrato particional, en el que, por tanto, no tuvieron representación las menores, procediendo su nulidad, á tenor de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 1.259 del C. c., aun en la hipótesis de que deba aplicarse el art. 911 del mismo.

4.º *Art. 1.057 del C. c. y Sentencias de 8 Febr. 1892 y 13 Jun. 1898*, que prohíben á la viuda, como coheredera, ser contadora partidora.

5.º *Art. 1.431 del C. c.*, porque tratándose de gananciales sin liquidar, correspondientes á los tres matrimonios sucesivos contraídos por el testador, en lugar de haberse practicado lo que ordena aquel precepto, se consideran todos los bienes gananciales como pertenecientes al último vínculo, que es el único que se liquida.

6.º *Art. 309 del C. c. y 1.049 de la ley de E. C.*, porque no estando las menores, cuando se verificó la partición, sometidas á la patria potestad, era absolutamente precisa la aprobación judicial de aquélla, sin que pudiera suplirla la aprobación del Consejo de familia, por no estar atribuido expresamente al Consejo en ningún artículo semejante ministerio.

7.º *Arts. 1.309 y 1.312 del C. c.*, por aplicación indebida, porque la acción de nulidad, que sólo se purifica por la convalidación, no se purificó en el caso del recurso, toda vez que la aprobación del Consejo de familia no constituyó verdadera confirmación.

El Tribunal Supremo declaró *haber lugar* al recurso.

Doctrina.—*Si bien el defecto de no haber presentado en su caso á la aprobación judicial particiones que debieron someterse á dicho trámite, no implica su nulidad, sino solamente la necesidad de subsanar tal defecto en la forma prevenida por la ley de E. C., á tenor de lo preceptuado en los arts. 1.077 y siguientes, como la cuestión más fundamental planteada en el presente recurso es la de los tres*

primeros motivos, referentes á la nulidad de las de que se trata, por el fundamento de haber sido practicadas contrariando la voluntad del testador y por la indebida representación atribuída en ellas al tutor de los menores, ésta es la que antes que ninguna otra procede resolver.

Dados los términos del testamento de A, según el que, sólo en el caso de que ninguno de los dos albaceas designados quisiere intervenir, nombraba á su esposa para tal cargo, es manifiesto que aun cuando hubiera fallecido uno de aquéllos antes que el testador, habiendo sobrevivido á éste uno de ellos, mientras no apareciese que éste renunciaba en forma legal el cargo, al mismo correspondía practicar las operaciones particionales de la herencia, siendo improcedentes atribuir las á los herederos cuando no han concurrido, como en el caso del presente recurso, ninguna de las circunstancias exigidas por el art. 911 del Código.

Si por este fundamento son de estimar las infracciones de los dos primeros motivos del recurso, también lo son las del tercero, porque siendo menores los dos hijos de A, sólo debidamente representados por su tutor pudieron, cuando fuese procedente, intervenir y hacer con el otro heredero las particiones, sin que al tutor se le pueda reconocer tal carácter, ni aun autorizado por el Consejo de familia, no siendo, como no era, lícito deferirle el cargo sin que previamente prestase la correspondiente fianza, y porque la aprobación posterior de las particiones por el Consejo de familia no es suficiente para subsanar este defecto esencial, por no ser á esta entidad á quien la ley confiere esta facultad, sino en todo caso á la Autoridad judicial, á tenor de lo prescrito en el art. 1.060 del C. c., en relación con el 1.077 de la ley de E. C., pues la autorización á que se refiere el número 7.º del art. 269 no tiene mayor transcendencia que la de habilitar al tutor legalmente para gestionar en representación de los menores, siendo de estimar, por lo mismo, en cuanto tiene relación con este fundamento, la infracción de los motivos 6.º y 7.º

Procediendo la casación de la sentencia recurrida por los motivos expresados, y por consecuencia de ello, la declaración de nulidad de las particiones de que se trata, no es necesario ocuparse especialmente de los motivos 4.º y 5.º del recurso.

R. 21 Ags. (G. 1.º Sep.)—Albaceazgo dativo en el caso de no existir herederos testamentarios por haber premuerto el instituyente.—Legados píos.

Hechos.—**Antecedentes.**—a) A falleció en Nov. 1886, bajo testamento otorgado en Jul. 1882, en el que instituyó única heredera universal á su esposa B, disponiendo que de los bienes que quedaren

al fallecimiento de ésta se procediese por los albaceas á la venta de los mismos, entregando de su producto 2.500 pesetas á cada una de las hermanas del testador *M* y *N*, y que el resto se distribuyese entre los establecimientos públicos de caridad sin subvención del Gobierno, y en propaganda del culto católico, á arbitrio de los referidos albaceas.

b) Habiendo premuerto á la heredera todos los albaceas testamentarios, el Juzgado nombró cinco albaceas dativos para que ejecutaran las disposiciones de última voluntad del causante no cumplidas y aplazadas á tiempo futuro.

c) Entre los bienes de la herencia de *A* existentes al fallecimiento de su esposa *B*, figuraba un crédito de 10.000 pesetas, garantido con hipoteca é inscrito.

d) Uno de los albaceas, previamente autorizados por los demás coalbaceas, otorgó en Abr. 1904 escritura de manifestación y aceptación del referido crédito hipotecario, al efecto de que se inscribiera á nombre de los mismos albaceas, con objeto de tener la capacidad legal necesaria para cancelarlo.

Documento de inscripción y Nota del Registrador.—Presentada á inscripción la expresada escritura, fué denegada por los defectos siguientes: «1.º, por no estar vigente desde el día en que comenzó á regir el C. c., el art. 968 de la ley de E. C. en la parte en que establece que á los albaceas dativos les corresponde, aparte del entierro y exequias del difunto, todo lo demás que sea propio de este cargo con arreglo á las leyes, por lo que sus únicas facultades están limitadas hoy á disponer lo conveniente para dichas exequias y entierro; 2.º, porque, con arreglo al art. 910 del Código, cuando termine el albaceazgo por muerte de los albaceas ó por cualquiera otra causa, no es á los albaceas dativos, sino á los herederos á quienes corresponde la ejecución de la voluntad del testador; y 3.º, por no haber sido nombrados los albaceas dativos que solicitan la inscripción, en diligencias de prevención del juicio de abintestato, que son las únicas actuaciones judiciales en que su nombramiento puede ser hecho, y las únicas también dentro de las cuales puede este nombramiento surtir los efectos que le correspondan con arreglo á las leyes.»

Recurso gubernativo.—a) *Alegación del recurrente.*—Lo interpuso el albacea, alegando: en cuanto al primer defecto, no ser exacto que el art. 966 de la ley de E. C. haya sido derogado en parte por el Código, porque atiende á una necesidad del orden procesal, á la que nada afectan las prescripciones de dicho Código, aparte de que el citado precepto se refiere al caso de no existir tes-

tamento y no al de que lo haya; respecto del segundo, que si bien es cierto que, según el art. 911 del C. c., terminado el albaceazgo corresponde el cumplimiento de la voluntad del testador á los herederos, no hay posibilidad en el caso del recurso de determinar la persona del heredero, y, no obstante, en el testamento se dispone el destino que ha de darse á los bienes; y con relación al tercero, que existiendo, como existe, testamento, no cabe ni es procedente la prevención del juicio abintestato para hacer en él el nombramiento de albacea dativo, por lo cual, no pudiendo determinarse la persona del heredero que haya de sustituir á los albaceas, ni siendo posible la prevención del intestato, quedaría incumplida la voluntad del testador si no cupiera el nombramiento de albaceas dativos fuera del caso previsto en el art. 966 de la ley de E. C.; y á la necesidad de que esa voluntad se cumpla obedece el nombramiento de albaceas dativos en acto de jurisdicción voluntaria, con arreglo al artículo 1.811 de dicha ley, que está en práctica en los Tribunales, y cuya procedencia ha sido implícitamente reconocida en las *Resoluciones de 3 May. 1902 y 3 Dic. 1901.*

b) *Alegación del Registrador.*—Mantuvo la pertinencia de su nota, informando: respecto de los defectos 1.º y 2.º, que la disposición final del Código derogó todos los Cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el derecho civil común en todas las materias objeto del Código, lo cual quiere decir que el art. 966 de la ley de E. C., que dió vida á la institución de los albaceas dativos, quedó derogado, porque el Código, al establecer el albaceazgo y legislar sobre esa materia, no reconoció la existencia de los dativos; que aun en el supuesto de que fuera procedente el nombramiento de éstos, en ningún caso serían válidas las enajenaciones hechas por ellos, porque, con arreglo á nuestro derecho, sólo pueden hacerlas los albaceas por sí solos, si están expresamente facultados para ello por el testador, y que las Resoluciones citadas por el recurrente no tienen aplicación al caso de que se trata, por cuanto no fué objeto de ellas la cuestión que se debate, que es la de saber si es legal el nombramiento de albaceas dativos hecho fuera del procedimiento contencioso establecido en la ley para la prevención de los abintestatos, y si después de publicado el C. c. pueden tener facultad para otra cosa que para disponer el entierro y las exequias del finado cuyo abintestato motiva el nombramiento; y respecto del tercer defecto, que si bien el Tribunal Supremo ha establecido la doctrina de que, á semejanza de lo dispuesto en el libro 2.º de la ley de E. C., que trata de los abintestatos y del nombramiento de los albaceas dativos como acto de jurisdicción contenciosa, puede y debe ser

admitido que los Jueces los nombren en acto de jurisdicción voluntaria, entiende el informante que tales nombramientos son nulos, porque no existe punto de relación posible entre los preceptos de la jurisdicción contenciosa que regulan los derechos de las partes y los actos de jurisdicción voluntaria, que tienen lugar *interviventes*, y porque el art. 966 de la ley de E. C. señala el único caso en que los Jueces tenían facultades para nombrar albaceas dativos, como una diligencia actuación del juicio de abintestato, sin que exista ley alguna que les confiera facultades para nombrarlos en otros procedimientos.

c) *Juez delegado y Presidente de la Audiencia.*—Confirmaron las Notas del Registrador por sus propios fundamentos.

Dirección.—Vistos los arts. 966 de la ley de E. C. y 911 del Código civil, Sentencias de 29 Mar. 1869 y 2 Enr. 1889 y Resoluciones de 3 Oct. 1884, 3 Dic. 1901 y 3 May. 1902, revocó la providencia apelada y declaró inscribible la escritura objeto del recurso.

Doctrina.—*La cuestión que se ventila en el presente recurso es la de si después de la vigencia del C. c. es legal el nombramiento de albaceas dativos para que cumplan la voluntad del testador, si hubieran fallecido los designados por éste y no fuera posible determinar la personalidad del heredero que haya de encargarse de ello, y caso afirmativo, si el nombramiento puede verificarse en acto de jurisdicción voluntaria.*

Si bien es cierto que, con arreglo á lo prevenido en el art. 911 del Código civil, en el caso de terminación del albaceazgo, y en el de no haber aceptado el cargo de albacea, corresponde á los herederos la ejecución de la voluntad del testador, también lo es que por no haber previsto el legislador el que por cualquiera causa no fuera eso posible, no existe disposición alguna en dicho Código que determine lo que ha de hacerse para que la expresada voluntad se cumpla.

El art. 966 de la ley de E. C. vigente, al autorizar el nombramiento de albaceas dativos, se limita al caso de fallecimiento abintestato, por lo cual, no es aplicable en su letra al que motiva el presente recurso, ya que existe testamento.

Esto no obstante, las citadas Sentencias del Tribunal Supremo, dictadas cuando estaba en vigor el art. 359 de la ley de E. C. de 1855, sientan la doctrina de que corresponde al Juez de primera instancia el nombramiento de albacea dativo, que puede hacerse, al menos por analogía, cuando faltan todos los designados por el testador para el cumplimiento de sus disposiciones, y el heredero carece de persona que especialmente le represente, por ser indispensable designar persona que se ponga al frente de la testamentaria, administre los bienes y cumpla la voluntad del testador.

Tal doctrina es aplicable al caso del presente recurso, aun después de la vigencia de la actual ley de E. C., porque el art. 966 de ésta es copia del 359 de la anterior; y porque es notorio que, dados los términos de la cláusula de institución de herederos, indicada en el primer resultando, carece de personalidad que especialmente la presente, por lo cual ha de estimarse legal el nombramiento de albaceas dativos hecho por el Juzgado.

Inspiradas sin duda en el mismo criterio las Resoluciones de 3 Diciembre 1901 y 3 May. 1902, aunque no de un modo directo y expreso, reconocen implícitamente la facultad de los Jueces para nombrar albaceas dativos que cumplan la voluntad del testador, ya que en la primera, aunque se decidió que no era inscribible una escritura de venta otorgada por albacea dativo, tal decisión no se fundó en que no fuera legal el nombramiento, sino en que la enajenación no se efectuó en subasta pública; y en la segunda se declaró inscribible una escritura de cancelación otorgada por quien, según dice la misma escritura, obraba como albacea dativo, lo cual seguramente no se habría declarado si se hubiera estimado ilegal el nombramiento.

Respecto del tercer motivo por los que se deniega la inscripción, no procediendo la prevención del juicio de abintestato, por existir testamento, no es posible hacer en él el nombramiento de albacea dativo, y sí sólo en acto de jurisdicción voluntaria.

S. 24 Nov.—(Art. 905 C. c.)

Art. 925.—S. 8 Nov.—(Art. 811 C. c.)

Art. 1.026.—S. 4 Jul. (G. 29 Sep. 1907.)—*Herencia aceptada á beneficio de inventario.—Partición.—Adjudicación de bienes á la viuda para pago de deudas.—Alcance de la responsabilidad de los viudos en su cualidad de herederos forzosos de la cuota usufructuaria viudal.*

Hechos.—*Antecedentes.*—a) X constituyó en concepto de depósito voluntario, sin interés, la cantidad de 25.000 pesetas en la casa de banca de M.

b) X falleció sin retirar el depósito, y fueron declarados herederos sus hijos, algunos menores de edad.

c) Posteriormente, falleció M bajo testamento, en el que declaró estar casado con B, é instituyó herederos á sus hijos.

d) En 1895, los hermanos de X, tíos de los menores, y B, como representante de la testamentaria de M, suscribieron un documento privado, en el que B se ofrecía á entregar bienes de la testamentaria á satisfacción de los otros comparecientes para dejar saldada la deuda de las 25.000 pesetas, y al efecto designaron, de común acuerdo, una finca, obligándose B á formalizar en la partición de

los bienes de la testamentaria de *M* la debida adjudicación en pago, fijando un plazo para ejecutarlo así.

e) Constituido el Consejo de familia de los menores hijos de *X*, se dió cuenta al mismo del anterior convenio, y considerando que era perjudicial para los intereses de aquéllos y haber sido pactado por personas que en aquel entonces no llevaban su legal representación, y que *B* no había cumplido con su compromiso de formalizar el correspondiente título de entrega en el plazo convenido, acordaron requerir á *B* para el abono del capital é intereses. Practicado el requerimiento, no dió resultado alguno.

Demanda.—La dedujo *A*, como tutor de los menores hijos de *X*, pidiendo se condenase á *B* al pago de las 25.000 pesetas adeudadas, con los intereses correspondientes, alegando, á más de los hechos ya relacionados, que fallecido el depositario *M*, su única y universal heredera lo fué su esposa *B*.

Contestación.—Opuso *B*, al pedir la absolución de la demanda, que en la partición de los bienes de su esposo *M* se comprendió una hijuela ó adjudicación especial de bienes á favor de los hijos y herederos de *X* para pagarles la suma de 25.000 pesetas; que asimismo se formó otra hijuela á la viuda de *M*, hoy la demandada, en cuyo haber sólo figuraron las partidas correspondientes á la misma por sus aportaciones al matrimonio, y otra para que pagara determinadas deudas, sin que apareciera cantidad alguna adjudicada á la dicente en concepto de heredera de su marido; que la partición se presentó al Juzgado, siguiéndose el oportuno expediente, en el que fueron parte los menores hijos de *X*, representados por uno de sus tíos, como tutor de los mismos; y que no era cierto fuera la única y universal heredera de *M*, ya que por ley y por la voluntad expresa de aquél lo fueron sus hijos.

Réplica y réplica.—Insistió el actor, añadiendo que si no con carácter de heredera, quedó la demandada como única poseedora de la herencia de *M* y representante del caudal hereditario; que los hijos de *X* eran todos menores al hacerse la adjudicación de bienes en pago de su crédito, sin que por sí ni por medio de representante legal hubieran tomado posesión, ni inscrito en el Registro los bienes que se les adjudicaron en la partición de bienes de *M*, y que no habían tenido nunca otros tutor y Consejo que los que entonces existían, nombrados después de autorizada la partición. Suplicó que teniendo por ejercitada la acción de nulidad que adicionaba á la inicial de la demanda, se resolviera en los términos propuestos en la misma.

Al duplicar *B*, insistió en sus alegaciones, negando que tuviera

ni hubiera tenido el carácter de administradora de la herencia de su marido:

Sentencia.—Declaró la Audiencia que *B* no estaba obligada al pago de las 25.000 pesetas que se le reclamaban en concepto de heredera de su marido *M*, absolviéndola de la demanda y reservando á los herederos de *X* su derecho de ejercitarlo contra quien estimasen procedente.

Recurso de casación.—Lo interpuso *A*, en nombre de los herederos de *X*, citando como infringidos:

1.º *Arts. 1.026 del C. c. y 1.069, párrafo 3.º, de la ley de E. C.*, toda vez que, aceptada una herencia á beneficio de inventario, como lo fué la de *M* por sus hijos y herederos, se entiende en administración, y es preciso nombrar una persona que la represente hasta que tenga lugar la liquidación de las deudas hereditarias, y esa persona no puede ser otra, á tenor del párrafo 3.º del art. 1.069 citado, que el viudo ó viuda, ó sea en este caso *B*, quien, conforme al 1.026 del Código, está obligada á ejercitar las acciones que á la herencia competen y contestar á las demandas que se interpongan contra la misma; corroborando estas afirmaciones: 1.º el documento privado de 10 Abril 1895, en que la viuda de *M* reconoció que los hijos de *X* acreditaban de la herencia de aquél 25.000 pesetas, y que no teniendo metálico suficiente, ella, como representante de la herencia, se comprometía á entregarles fincas por esa cantidad; 2.º la escritura de partición de bienes de *M*, en la que se dice que sus hijos aceptaron la herencia á beneficio de inventario, y que los bienes inventariados eran todos los conocidos como de la pertenencia del testador, los cuales quedaban en poder de la viuda, como representante; y 3.º, sobre todo, la consideración de que si *B* no es heredera ni representante de la herencia de su marido, como sostiene, no es fácil averiguar con qué personalidad interviene con motivo de las cuestiones surgidas con motivo de la herencia en cuestión: de donde se deduce que *B* era y es administradora ó representante de la herencia de su marido, y se confirma en la liquidación de bienes que se hizo á la muerte de aquél, y, por tanto, debió cumplir las obligaciones que el cargo la imponía, sin que pueda alegarse, como lo hace la sentencia recurrida, que figurando en la partición una adjudicación á favor de los menores recurrentes, con ésta se debe tener por pagada la deuda y extinguido el derecho de los sucesores de *X*.

2.º *Art. 359 de la ley de E. C.*; porque habiéndose reclamado á *B*, como poseedora de la herencia de su marido, ya como heredera, ya como administradora ó representante, en el fallo recurrido sólo se dice que aquélla no está obligada al pago de las 25.000 pesetas

que se la reclaman en el concepto de heredera de su marido, guardando absoluto silencio sobre el otro extremo, sobre todo, cuando el verdadero objeto del debate ha sido demostrar que la misma era representante ó administradora de la herencia de *M*, y que con ese carácter debía contestar las reclamaciones que á la herencia se hiciesen y pagar las deudas de ella; y porque habiéndose ejercitado también en tiempo oportuno la acción de nulidad, no se hace sobre ella ningún pronunciamiento, sin que pueda decirse que tal reclamación no podía prosperar por no haberse ejercitado en tiempo, pues las disposiciones legales y la jurisprudencia están conformes en que en los escritos de réplica y dúplica pueden los litigantes ampliar, adicionar ó modificar las pretensiones y excepciones que hayan formulado en la demanda y contestación.

3.º *Arts. 807 y 661 del C. c.*, por ser la viuda de *M* heredera forzosa del deudor y responsable de sus obligaciones; sin que quepa distinción ninguna en mérito á asignarse aquella cualidad á la viuda, por razón de cuota viudal, porque la ley no distingue ni hace excepciones; corroborándolo así las Sentencias de 8 Febr. y 13 Junio 1898; habiéndose podido, en todo caso, excepcionar la irresponsabilidad de la viuda si sólo hubiese recibido los gananciales y la cuota viudal; pero no en el caso de autos, en que se la formó una hijuela ó adjudicación para pago de deudas, de las que responde como otro heredero cualquiera; y sin que quepa objetar tampoco que los menores consintieron la partición ó liquidación de deudas, porque no fueron parte en la aprobación judicial de las operaciones divisorias del deudor.

4.º *Art. 1.259 del C. c.*, puesto que ninguno puede contratar á nombre de otro sin estar autorizado por éste, ó sin que tenga su representación legal.

5.º *Arts. 1.166, 1.157 y 1.766 del C. c.*, toda vez que si á los herederos de *X* se le deben 25 000 pesetas en metálico, no se les puede obligar á que reciban el importe de su deuda en inmuebles y mucho menos cuando éstos no cubre la mitad de lo adeudado.

6.º *Arts. 262 y 1.263 del C. c.*, en el concepto de que la persona que representó á los menores en la partición y se obligó por ellos no era tutor de los mismos, careciendo, por tanto, de eficacia legal.

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso.

Doctrina.—*Si bien el art. 1.026 del C. c. establece que la herencia se halla en administración hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, este precepto no puede ser apreciado aisladamente, sino relacionándole con el 1.059 de la ley de E. C., que determina el nombramiento de administrador para*

que el nombrado tenga la representación hereditaria y pueda ejercer legalmente sus funciones; y como en el caso de autos no tuvo efecto dicho nombramiento y las operaciones particionales de los bienes dejados al fallecimiento de M, se practicaron por un tercero, poniéndolas término el auto aprobatorio de 16 Sep. 1895, la representación legal de la herencia únicamente pueden tenerla, á los fines del pleito, los herederos de M, pero no su viuda, que no fué ni administradora, ni heredera; por cuya razón, al absolverla de la demanda, no se infringen los artículos que en primer término se invocan, ni existe la incongruencia de que hace mérito la segunda de las infracciones á que se contrae el recurso; porque la absolución de la demanda no puede entenderse con limitación al heredamiento, puesto que en los considerandos de la sentencia afirma expresamente la Sala sentenciadora que B no fué administradora de la herencia, afirmación de hecho no combatida en forma en el recurso; y esto sentado, es manifiesto que la sentencia resuelve las cuestiones debidamente planteadas en el pleito, mientras que, por el contrario, no lo está la de nulidad; propuesta por los recurrentes en su escrito de réplica, porque la facultad que concede el párrafo 2.º del art. 548 de la ley de Enjuiciamiento á demandante y demandado para ampliar, adicionar ó modificar las pretensiones y excepciones formuladas en la demanda y contestación, es y debe entenderse con la limitación de no alterar las que son objeto principal del pleito, según tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal Supremo; á cuyo precepto y doctrina se ajusta la parte actora al proponer aquella; no infringiéndose, por tanto, las disposiciones invocadas en los dos primeros motivos del recurso.

Los artículos del C. c., que como infringidos se invocan en el motivo 3.º, no tienen el sentido y transcendencia que pretende darles el recurrente, sentido y transcendencia aplicables tan sólo á los herederos forzosos universales. que son los que suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, y á quienes únicamente alcanzan las responsabilidades que impone el art. 1.084 del mismo Cuerpo legal; pero de ningún modo á los que son llamados singularmente al disfrute temporal de determinada porción hereditaria, como el cónyuge superviviente, que viene á tener el carácter de simple acreedor, sin ninguna de las responsabilidades que el finado haya podido contraer; y, en su consecuencia, la Sala sentenciadora, al declarar que la viuda B no era heredera de su marido, ni tenía, por tanto, el carácter con que había sido demandada, lejos de infringir los arts. 807 y 661 del expresado Código, los aplica acertadamente en consonancia con la doctrina de este Tribunal Supremo, sin que obste el haber-

la sido adjudicados bienes para el pago de determinadas deudas; porque sólo respecto á éstas debe entenderse la obligación que por ella fué aceptada, sin hacerla extensiva á las 25.000 pesetas reclamadas por los demandantes, que resultan satisfechas en la partición con la adjudicación de bienes distintos, en cumplimiento de lo convenido en el documento privado de 10 Abr. 1895, sobre cuya validez ó nulidad, lo mismo que la de las operaciones divisorias, no procede hoy hacer declaración alguna; y dados los fundamentos expuestos, caen por su base los restantes motivos del recurso.

Art. 1.049.—R. 5 Oct.—(Art. 15 C. c.)

Art. 1.051.—S. 30 Enr.—(Art. 1.278 C. c.)

Art. 1.056.—R. 26 Feb.—(Art. 1.057 C. c.)

S. 17 Abr. (G. 16 y 18 Enr. 1907.)—Partición.—No intervención de un heredero en la escritura particional.

Hechos.—Antecedentes.—a) En 15 Jun 1866, vispera del matrimonio de *A*, mujer, y *B*, varón, otorgaron éstos escritura de *dote inestimada y reconocimiento de capital*, de la que resulta que *A* aportó y entregó á su futuro, en dicho concepto, en bienes raíces, muebles, ropas y efectos, 15.200 escudos, y que *M* y *N*, padres de *B*, con objeto de que su hijo contribuyera á conllevar las cargas del matrimonio, le entregaron á cuenta de su legítima y en pleno dominio, bienes inmuebles por valor de 3.241 escudos.

b) *A* y *B* otorgaron en 2 Oct. 1884 testamento mancomunado en el que, después de nombrarse recíprocamente albaceas y ambos de mancomún á su sobrino *O*, se instituyeron mutuamente herederos en la forma siguiente (cláusula 6.^a):

«*El testador á su citada consorte en usufructo de todo su haber y en propiedad y pleno dominio de la parte de gananciales que pudieran corresponder al mismo en las fincas que por su adquisición ó mejoras poseían y podían adquirir en las villas y términos de Onil y Castalla, y también en pleno dominio de cuantos bienes muebles, metálico y semovientes le pudieran pertenecer, y muerta la usufructuaria, de lo que á él le perteneciera y tocara y poseyera ella en tal concepto, pasaría también en usufructo únicamente á su hermana C. de estado soltera, y muerta ésta pasaría el haber que al mismo correspondiera como suyo propio y hubieran estado usufructuando sus citadas consorte y hermana, en propiedad y pleno dominio, á su hermano D; y si éste le hubiera premuerto, á sus hijos, sus sobrinos E, F y G. La testadora igualmente instituye heredero universal á su marido B en propiedad y pleno dominio de la parte que le pudiera corresponder de las mejoras hechas en sus fincas y cuantas fincas hubieran adquirido y pudieran adquirir en las villas y uni-*

versidad y sus términos de Bocairente, Agrés y Alfafara, y cuantos inmuebles, dinero y semovientes la pudieran corresponder por cualquier concepto, y en usufructo tan solamente del haber que la correspondiera de todos los bienes raíces de las villas de Onil y Castalla, y muerto su marido, el haber que poseyera como tal usufructuario pasaria en igual concepto de usufructo á su sobrino *P*, en la inteligencia y precisa condición que si éste se casara y tuviera sucesión legítima, se entenderia entonces como heredero instituido en propiedad y en pleno dominio, y para el caso de que por no tener sucesión legítima resultara únicamente usufructuario, recibirían la propiedad en pleno dominio, y al objeto les instituía tales herederos á sus primos hermanos *O*, *R*, *S* y *T*.

Por la cláusula 8.^a, previnieron y mandaron que el inventario, avalúo, liquidación y división ó declaración de herencia, en su caso, se practicase amistosamente y en privado entre los interesados en ella ó sus representantes; prohibieron toda intervención judicial; dispusieron que la escritura de partición se hiciese ante el Notario que eligieran los causahabientes ó la mayoría de ellos, y por último, nombraron contadores partidores á *Y* y *Z*.

b) *P*, sobrino de la testadora *A*, contrajo matrimonio con *X* en Enero 1886, y tuvo de este enlace tres hijos, uno nacido el 13 Febrero 1888, otro el 22 Oct. 1890 y el tercero el 27 Sep. 1893 y meses antes de que naciera el segundo, ó sea en 8 Enr. 1890, falleció *A*.

c) En Oct. 1894, *B*, como viudo de *A*, y *Z*, como contador partidador, otorgaron, sobre el proyecto del segundo, la escritura de división de los bienes dejados por la causante, expresando:

En la base ó presupuesto 2.º: que además de lo aportado, según la escritura de 15 Jun. 1866, adquirió el sobreviviente *B* durante la sociedad conyugal, por herencia de sus padres, según resultaba de la hijuela que se formó en la escritura de división de dicha sociedad (5 May. 1884), en inmuebles sólo, 20.000 pesetas, y que la mayor parte de las ropas y efectos aportados por la causante se habían deteriorado y consumido por el uso.

En la base 4.ª: que al constituir la causante el usufructo lo hizo tan solamente del haber que le correspondiera de todos los bienes raíces de las villas de Onil y Castalla, no debiendo comprenderse los vendidos durante la sociedad conyugal en los expresados términos, porque sobre ser el testamento posterior á la venta de algunas fincas, sus productos constaban invertidos en mejoras y adquisiciones posteriores de otras.

En la base 5.ª: que para fijar el verdadero alcance del legado otorgado por la testadora á su sobrino *P*, procedía adjudicar al viudo

B, en pleno dominio, fincas de los términos de Onil y Castalla, por 22.272 pesetas en calidad de gananciales y bienes propios, quedando las restantes 47.611 como haber de la causante y consignado por ésta para pagar el legado de usufructo.

En la base 10: que á pesar de que ningún derecho podía invocar el legatario *P* para intervenir en las operaciones particionales, se había llevado á efecto el inventario con la intervención de peritos nombrados uno por cada parte.

Finalmente, á continuación del proyecto elevado á escritura consignó el contador partidor *Z*, que el cuerpo general de bienes sumaba 109.008 pesetas, de las que deducidas 47.611, resultaba un líquido de 61.397, que habían de entregarse al cónyuge sobreviviente en concepto de capital y herencia.

d) Aprobada la partición por el cónyuge viudo, se inscribió en cuanto á las fincas sitas en Bocairente en Dic. 1894, las fincas de Agrés en Abr. 1895 y la radicante en Castalla el 13 Mayo 1902.

e) En 21 Abr. del mismo año de 1902, falleció el viudo *B*.

Demanda.—La interpuso en 20 Dic. siguiente *P*, sobrino de la testadora *A*, contra *C*, hermana de *B*, con súplica de que se declarase que la escritura de división de la herencia de *A*, de 6 Oct. 1894, y las inscripciones de dicho documento en los Registros de la Propiedad no obligaban al demandante, ni obstaban á los derechos que como heredero testamentario y abintestato de *A* podía ejercitar con sujeción al testamento y á las leyes.

En apoyo de su petición, después de relacionar los antecedentes extractados, expuso: que no obstante el interés que como heredero tenía en la herencia de *A*, no se le dió intervención ninguna en las operaciones divisorias, puesto que los que formalizaron la escritura fueron el viudo y uno de los contadores partidores; que el testamento de la causante se interpretó á capricho del autor del proyecto de partición, haciéndose apreciaciones peregrinas de las aportaciones de los cónyuges, mejoras industriales introducidas en los bienes privativos de cada uno, y hasta del concepto jurídico de la institución y de los instituidos; que la condición de heredero implica la facultad de intervención en las operaciones divisorias, estando subordinadas las facultades de los contadores á lo mandado en el testamento, conforme al art. 1.046 de la ley de E. C. y la jurisprudencia, y, finalmente, que las operaciones divisorias susodichas no podían perjudicarle porque *res inter alios acta nobis, nec nocet nec prodest*.

Contestación.—Solicitó *C* la absolución de la demanda, alegando: que el llamamiento hecho por la testadora á favor de su sobrino *P* se contraía al haber que usufructuara *B*, y estaba subordinado

al fallecimiento de éste, siendo la condición distinta, según *P*, tuviese ó no sucesión legítima; que el contador partidador cumplió el encargo de la causante y dió intervención á *P* en las operaciones de inventario y avalúo, y que mientras no se justificase haberse causado con la partición perjuicio á tercero (puesto que ésta había sido inscrita), no podía menos de reputarse válida.

Sentencia.—Con revocación de la del Juzgado, la Audiencia dió lugar á la demanda.

Recurso de casación.—Lo interpuso la heredera *C*, citando como infringidos:

1.º La cláusula 8.ª del testamento, en relación con los *arts. 658, 675 y 763 del C. c.*, toda vez que, rectamente interpretada dicha cláusula, significa que los testadores mancomunados suponían un solo acto de partición, no cuando falleciera uno de ellos, puesto que el otro había de sucederle como heredero propietario en la mayor parte de la herencia y como usufructuario en el resto, sino cuando muriera el cónyuge sobreviviente, en consonancia con las costumbres jurídicas de Valencia, mientras el Código no prohibió el testamento mancomunado y las leyes fiscales no extremaron sus rigores en la aplicación del impuesto de transmisión de bienes; y para el día del fallecimiento de los dos y para el caso de pluralidad de llamamientos era para lo que exigía la voluntad conjunta de ambos cónyuges, la amistosa y particular partición ante Notario, pues á esa fecha correspondían las condiciones bajo las cuales eran llamados, dando lugar al cambio de legislación, al prohibir la mancomunación testamentaria, á que en vez de una fueran dos las particiones; y en la de la esposa premuerta, el cónyuge sobreviviente, en quien concurría hasta la excepcional circunstancia de ser la suya interpretación auténtica, no tenía propiamente que partir bienes ni hijuelas, sino liquidar el matrimonio y declarar los bienes particularmente señalados por la esposa difunta, para lo que bastaba la intervención de uno de los albaceas contadores partidadores, con el que, aunque llamando á todos al inventario, pudo otorgarse y se otorgó válidamente la correspondiente escritura.

2.º *La cláusula 6.ª del testamento*, en relación con los mismos artículos, al suponer al demandante *P* interesado como heredero, pues si bien á la fecha del fallecimiento de la causante tenía aquél un hijo, podía no serle favorable esta condición en el momento preciso, que era el del fallecimiento del cónyuge vivo.

3.º *Art. 1.056 del C. c.*, puesto que la partición estaba hecha por la propia testadora, y el demandante, que no era heredero forzoso, debía necesariamente pasar por ella.

4.º *Arts. 1.057 y 1.058, en relación con el 1.068, todos del C. c.*, por cuanto la testadora, para todo caso de adjudicación no señalada por ella á cada uno de los interesados, encomendó la facultad de partir á un comisario, y los herederos estaban en el deber de aceptarlas y pasar por ellas.

5.º *Arts. 1.073 y 1.074, en relación con los 1.291, 1.257, 1.278, 1.263, 1.265, 1.274, 1.275 y 1.300, todos del C. c.*, según la doctrina de cuyos preceptos las particiones, como las obligaciones, son y se deben tener como válidas mientras no se declaren nulas ó rescindibles mediante el ejercicio de las correspondientes acciones.

6.º *Art. 1.080 del C. c.*, en cuanto la preterición de un heredero no anula la partición, si no hubo mala fe ó dolo, y en el caso de autos no se probaba que la hubiere habido.

7.º *Art. 1.077 del C. c.*, por no habérsele reconocido al heredero demandado en la sentencia recurrida el derecho á optar entre hacer nuevas particiones ó indemnizar el daño, en caso de lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas cuando fueron adjudicadas.

8.º *Arts. 1.074 y 1.301, en relación con el 1.073 del C. c.*, que establecen la prescripción de las acciones de nulidad ó rescisión de las particiones, por cuanto desde 6 Oct. 1894, fecha de las particiones, al 20 Dic. 1902, fecha de la reclamación judicial, había transcurrido con exceso el cuadrienio.

9.º *Arts. 1.418 al 1.431 del C. c.*, al suponer que la parte de la escritura particional consistente en la liquidación de la sociedad legal de gananciales pueda ser impugnada, habiendo concurrido á ella, de una parte, el cónyuge sobreviviente y heredero universal, y de otra, el albacea contador partidior.

10. *Arts. 2.º, 20, 24, 25, 33, 34, 35 y 36 de la L. H.*, en cuanto el fallo, sin reserva ni consideración ninguna á los terceros, declara que las inscripciones de la escritura particional en los Registros de la Propiedad no obligan á *P* ni obstan á los derechos que como heredero de *A* pueda ejecutar.

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al recurso.

Doctrina.—*Dada la acción ejercitada y la indole de la pretensión formulada por el demandante, para que se declare, como así lo acuerda el Tribunal sentenciador, que las particiones realizadas en 1894 de los bienes de la herencia de su causante é inscripciones conseqüentes hechas en el Registro no obligaban al actor ni obstan á los derechos que como heredero testamentario de aquél pudo ejercitar con sujeción al testamento, es manifesto que el recurso sólo podría prosperar en tanto en cuanto se demostrase que tales particiones, por su naturaleza ó por la conformidad con ellas del actor, no eran*

ya impugnables por motivo alguno; mas como quiera que notoria y evidentemente no revisten el carácter obligatorio que impone el precepto del art. 1.056 del Código á las que por actos entre vivos ó por última voluntad realizar los testadores, y que tampoco se atribuye al demandante acto alguno de conformidad con ellas, carecen en absoluto de eficacia para la casación pretendida todos los motivos del recurso, porque ninguno de ellos afecta al fundamento del derecho reconocido á P para poder impugnar, en su caso, dichas particiones si estimase que perjudicaban sus intereses y eran contrarias á la voluntad de la testadora, pues sólo entonces es cuando procedería discutir acerca de las condiciones de las acciones que se ejercitasen y de las excepciones que se alegaran, inclusa la de prescripción y la relativa á derechos concretos emanados de las inscripciones del Registro, sin que, mientras tanto, sea dable ni haya términos legales para desconocer el derecho genéricamente reconocido al actor, lo mismo como heredero, que es el que realmente le corresponde, que como legatario de una parte mayor ó menor del caudal, según el resultado de la liquidación.

Art. 1.057.—R. 26 Feb. (G. 21 Mar.)—Partición verificada por comisario.—Liquidación previa de la sociedad conyugal, sin la concurrencia del cónyuge sobreviviente.

Hechos.—*Documento de inscripción.*—Escritura pública otorgada en 15 Jul. 1904, por la que M y N, en concepto de albaceas, contadores y partidores testamentarios de A, practicaron las operaciones de liquidación, división y adjudicación de los bienes entre su viudo é hijos, haciendo constar que todos tenían carácter de gananciales, y que para la formación del inventario habían citado á los herederos, pero que por no haber concurrido lo formalizaron los albaceas otorgantes.

Nota del Registrador.—Denegada la inscripción del precedente documento por observarse el defecto de no haber intervenido los interesados ó sus legítimos representantes en la liquidación previa de la sociedad conyugal, para lo que carece de facultades el comisario, conforme á la R. de 12 Nov. 1895.

Recurso gubernativo.—a) *Alegación del recurrente.*—Lo interpuso el Notario autorizante, expresando que los términos absolutos del artículo 1.056 del C. c., disponiendo que *se pasará por la partición* hecha por el mismo testador, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, son igualmente aplicables al caso de partición hecha por comisario, conforme al 1.057, puesto que es principio de derecho que los actos ejecutados por el comisario dentro de sus facultades tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados

por el comitente, y se reputan para todos los efectos jurídicos como practicados por éste, por cuya razón tienen que pasar por la partición objeto de la escritura todos los interesados, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, y mientras no se rescinda por tal causa, según las Resoluciones de 5 Enr. 1875, 25 Agosto 1879 y 5 Oct. 1880, y muy especialmente la de 22 Enr. 1898; que la doctrina de la R. de 12 Nov. 1895, ni es aplicable al caso del recurso, ni puede admitirse como regla general, puesto que cuando se trata, como en este caso, de dividir bienes gananciales solamente, y se dividen de por mitad, como lo han sido, se aleja todo temor de perjuicio, y no pueden ocurrir dificultades en la práctica de la liquidación, como cuando existen bienes aportados al matrimonio; y que de admitirse ser necesario el consentimiento de los interesados, resultaría ilusoria la facultad de los comisarios, porque entonces no serían ellos, sino los propios herederos, los que practicarían la partición.

b) *Alegación del Registrador.*—Mantuvo la pertinencia de su nota, informando: que ni el art. 1.057 ni el 1.056 del C. c. se refieren á ninguna facultad que pase de partir la herencia; que del concepto de ésta, según el art. 659 del citado Código, se excluye toda operación que no se concrete á bienes y derechos del causante; que, en su consecuencia, la liquidación de la sociedad conyugal no puede estar comprendida, por ser operación en que por su propio derecho está interesado el cónyuge viudo y por constituir materia contractual y no sucesoria, y que por todo ello era procedente aplicar la doctrina del art. 1.259 del C. c. y la de la R. de 12 Nov. 1895, citada en la nota denegatoria.

c) *Juez delegado y Presidente de la Audiencia.*—Confirmaron ambos la nota del Registrador por sus propios fundamentos.

Nuevo documento aportado al expediente.—Escritura pública otorgada por el viudo, renunciando á la cuota usufructuaria que le correspondía y consintiendo en que se inscribiera la liquidación de bienes practicada por los contadores partidores de la finada.

Dirección.—Vistos los arts. 659, 1.056, 1.057, 1.392, 1.395, 1.417 y 1.418 á 1.431 del C. c., 57 del R. H. y Resoluciones de 12 Noviembre 1.895 y 14 Mar. 1903, confirmó la providencia apelada, acordando no haber lugar á declarar que la escritura de 15 Julio 1904 estuviese extendida con arreglo á las formalidades y prescripciones legales.

Doctrina.—*Es doctrina de esta Dirección, consignada en las citadas Resoluciones, que la facultad concedida en el art. 1.057 del C. c. á los comisarios nombrados por el testador para hacer la par-*

tición de sus bienes no alcanza á practicar por sí solos la liquidación de la sociedad conyugal, si hubiera de procederse á la misma-toda vez que ésta afecta á intereses y derechos distintos de los que constituyen el caudal propio del causante.

En este supuesto, la escritura de que se trata adolece de falta de capacidad de los otorgantes, puesto que además de la división de los bienes relictos al fallecimiento de la testadora, se hace también en ella la liquidación de los gananciales correspondientes á la misma y á su viudo, sin la concurrencia de éste.

El hecho de haberse acompañado al recurso, sin manifestarse el objeto de la presentación, la escritura otorgada posteriormente por el nombrado viudo, renunciando á su cuota viudal usufructuaria, para que pueda inscribirse la de partición expresada, no puede afectar á la resolución de este recurso, puesto que además de no constar que se haya presentado oportunamente en el Registro, ni haya sido, por tanto, calificada por el Registrador, lejos de contradecir, confirma más bien la existencia de dicho defecto é impide la declaración, que solicita el Notario recurrente, de hallarse otorgada en legal forma la escritura objeto del recurso, único extremo á que debe contraerse la resolución.

R. 7 Abr.—(Art. 885 C. c.)

R. 25 May. (G. 20 Jun.)—*Partición confiada á comisario, pero practicada por todos los interesados en la herencia.—Menores de edad.—Aprobación judicial.*

Hechos.—*Antecedentes.*—a) Falleció A, bajo testamento notarial, por el cual nombró albaceas contadores partidores á P, Q y R, facultándoles solidariamente para cobrar y pagar deudas que resultasen justificadas, para celebrar toda clase de contratos, con excepción del de compraventa, y para practicar «la cuenta y partición de sus bienes, formalizándola por documento público, sin intervención de la autoridad judicial, salvo su aprobación en los casos en que con arreglo á derecho fuese necesaria».

b) Los albaceas, la viuda del testador, sus herederos mayores, y en representación de los menores, un defensor judicial, otorgaron la escritura de partición en Jun. 1903.

Documento de inscripción y nota del Registrador.—Presentada á inscripción la escritura particional, fué denegada, por faltarle la aprobación judicial.

Recurso gubernativo.—a) *Alegación del recurrente.*—Lo interpuso el Notario autorizante, exponiendo: no ser aplicable al caso el artículo 1.060 del C. c., ni por su contenido ni á contrario sensu, por haber otro precepto aplicable; que el art. 1.049 de la ley de E. C

fué derogado por el C. c., según se dice en R. de 5 Oct. 1893; que es aplicable el 1.057 de dicho Código, el cual no expresa si en casos como éste es necesaria ó no la aprobación judicial; pero que hay que interpretar la negativa para que haya diferencia entre las particiones por comisario ó por otra persona, y porque el segundo párrafo del artículo quedaría sin finalidad y holgaría por completo si no tuviera por objeto determinar que en el caso de ser todos los interesados mayores de edad podría el comisario practicar la partición por sí solo y sin intervención de nadie, y en el caso de haber algún menor ó sujeto á tutela, con la limitación única de inventariar los bienes, con citación de los interesados, cuando con toda difanidad se ve que el fin del artículo es ahorrar las dilaciones y gastos de la aprobación judicial, que el legislador considera innecesaria, porque el comisario tiene la confianza del testador, y el abuso de ella puede evitarse acudiendo á los Tribunales; que los contadores tienen también facultad para liquidar la sociedad conyugal, porque son mandatarios de los testadores, según declaró el Tribunal Supremo en S. de 4 Jul. 1895; y siendo dicha liquidación un trámite necesario para la partición, es absurdo suponer que el testador conceda facultad para hacer ésta y no para los medios precisos para realizarla, como también lo es hacer depender las facultades que el artículo 1.057 concede, del hecho eventual de que los herederos sean mayores ó menores de edad y el causante casado, viudo ó célibe; que la expresada liquidación puede hacerla el comisario sin la concurrencia del cónyuge sobreviviente, si bien éste ha de aprobarla *a posteriori*, pues así se concilia que los contadores practiquen las operaciones y no otra persona, y menos un coheredero, conforme á lo establecido en el repetido art. 1.057, y que el cónyuge superviviente autorice la liquidación en que es parte interesada; que además de la citada R. de 1893 y la de 25 Enr. 1898, ambas directamente aplicables, sirven también de fundamento al recurso las de 18 Dic. 1893 y 9 Sept. 1895, interpretadas *a contrario sensu*, si en los respectivos casos hubiera estado el partidador facultado por el testador y se hubiere cumplido el art. 1.057 del Código, y que la R. de 12 Nov. 1895 es antitética con las otras citadas en lo relativo á la doctrina sobre liquidación de la sociedad conyugal, y se referia á un caso en que el encargado de hacer la partición era uno de los coherederos.

b) *Alegación del Registrador.*—Mantuvo la pertinencia de su calificación, alegando: que se llama hoy comisario, conforme al artículo 1.057 del C. c., á la persona que tiene la *simple facultad* de hacer la partición, que es distinta de la de liquidar la sociedad con-

yugal; que la aprobación judicial es necesaria en este caso, como lo indica el art. 1.060 de dicho Código, y exigieron nuestras leyes en las particiones en que hubiera interesados menores de edad, demostrándolo así la Orden de 6 Nov. 1868, las Resoluciones de 9 Marzo 1875, 30 Nov. 1889, 18 Dic. 1893, 9 Sept. y 12 Nov. 1885 y 24 Junio 1897, el art. 1.049 de la ley de E. C. y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 Oct. 1896, que declara la nulidad de las referidas particiones sin aprobación judicial, aunque se hagan por partidores testamentarios.

c) *Juez delegado y Presidente de la Audiencia.*—Confirmaron la nota del Registrador por sus propios fundamentos, y además, por estos otros: que las operaciones de liquidación, partición y adjudicación de los bienes *no habían sido practicadas sólo* por los contadores testamentarios, sino juntamente con los interesados en el caudal; que para que los actos del comisario tengan eficacia jurídica, como practicados por el comitente, es axioma jurídico que los ejecute aquél por sí solo, sin intervención de persona que no esté revestida de tal cualidad; que como no ocurría así en la partición objeto del recurso, no tenía los caracteres de partición excepcional para regirse por el artículo 1.057 del C. c., sino los de una partición ordinaria subordinada á las reglas generales de la división de la herencia, y en tal concepto, puesto que habían intervenido menores que no pudieron ser representados por su madre, era preciso que se aprobase judicialmente, conforme con lo que se desprende *a contrario sensu* del artículo 1.060 del C. c., y por el 1.049 de la ley de E. C., no derogado, sino únicamente modificado por aquel Código; que para que la partición se considerase efectuada por los contadores habría sido preciso que resultara del mismo documento y que estuviera hecha, no en el fondo de la escritura, sino en cuaderno independiente autorizado por aquéllos; que la falta de aprobación judicial no produce la nulidad de la obligación, y que la simple facultad de hacer la partición á que se refiere el art. 1.057 del C. c., no comprende la de liquidar la sociedad de gananciales.

Dirección.—Confirmó la providencia apelada, vistos los arts. 165, 1.056, 1.057, 1.060 y 1.418 á 1.431 del C. c., 1.049 de la ley de E. C. y Resoluciones de 18 Dic. 1893, 9 Sept. y 12 Nov. 1895, 14 Marzo 1903 y 26 Febr. 1906.

Doctrina.—*Con arreglo á la doctrina consignada en Resoluciones de 9 Sept. y 12 Nov. 1895, para que las particiones efectuadas por comisario se entiendan hechas en la forma y con las facultades que determina el art. 1.057 del C. c. y deba pasarse por ellas, aunque existan menores de edad ó sujetos á tutela, con sólo que en*

este caso el comisario inventarie dichos bienes con citación de todos los coherederos, acreedores y legatarios, es necesario que concurran las circunstancias que en dicho artículo se expresan, esto es, que la persona designada por el testador sea la que realice por sí exclusivamente el encargo que éste le confió, y que las operaciones por él practicadas se limiten á la partición del caudal propio de dicho testador.

Ambas condiciones faltan en el presente caso, puesto que resulta que la partición de los bienes del testador no ha sido hecha solamente por los albaceas partidores nombrados por aquél, sino también por la viuda del mismo, por los herederos mayores de edad y por el defensor de los herederos menores; apareciendo, además, que las operaciones testamentarias origen del recurso se extienden á la liquidación de la sociedad legal constituida por el matrimonio del mismo causante y su viuda, determinándose las aportaciones de ésta y la parte de gananciales que corresponde á cada uno de los cónyuges, conceptos éstos extraños y superiores á la simple facultad de hacer la partición de los bienes del testador, atribuida por la ley á los comisarios.

Por dichas razones no puede regirse el actual caso por el indicado precepto legal, sino por las reglas generales de la división de herencia; y estando interesados en la que es objeto del recurso varios menores de edad, representados por el defensor nombrado al efecto, por incompatibilidad de intereses de los mismos con los de su madre, debe someterse aquélla á la aprobación judicial, conforme á lo establecido en los arts. 1.060 del citado Código y 1.049 de la ley de E. C.

R. 5 Oct.—(Art. 15 C. c.)

Art. 1.059.—S. 24 Nov.—(Art. 905 C. c.)

Art. 1.060.—S. 1.º Feb.—(Art. 911 C. c.)—R. 25 May.—(Art. 1.057 C. c.)—R. 5 Oct.—(Art. 15 C. c.)

Art. 1.084.—S. 4 Jul.—(Art. 1.026 C. c.)

LIBRO CUARTO

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO PRIMERO

DE LAS OBLIGACIONES

(Artículos 1.088 al 1.253.)

Art. 1.089.—S. 30 Enr.—(Art. 1.604 C. c.)

Art. 1.090.—S. 28 Dic.—(Art. 2.º L. de Accidentes.) (Ap. 4.º)

Art. 1.091.—S. 2 Enr.—(G. 25 Sep.)—*Contrato.—Inexistencia del mismo deducida por la Sala sentenciadora á virtud de la apreciación conjunta de las pruebas.*

Hechos.—*Demanda.*—La dedujo *A*, tiple de zarzuela, contra los empresarios del Teatro Apolo, de Madrid, exponiendo: que habiendo conseguido dar unas audiciones ante dichos empresarios y otras personas agradó su voz y condiciones artísticas, por lo que obtuvo de aquéllos promesa de contrata en la primera oportunidad; que antes de principiar la temporada siguiente, el director artístico de la compañía dirigió á *B*, amigo de la actora y de los demandados, el volante que acompañaba, rogándole se pasara por la dirección del teatro; que asistieron á la cita el expresado *B* y el padre de la demandante y conferenciaron con el director artístico, que preguntó si *A* podría prepararse para debutar la misma noche de la inauguración de la temporada; á lo que respondieron aquéllos afirmativamente; que la misma noche se celebró otra conferencia entre *B*, el padre de la tiple y los empresarios del teatro, para fijar las condiciones del contrato, acordándose en ella que *A* formaría parte de la compañía durante toda la temporada y asignándola por el pronto 10 pesetas diarias; que al publicarse en los periódicos la lista de la Compañía apareció el nombre de *A* entre los de las tiples que habían de actuar; que después de muchos ensayos y de una prepara-

ción rapidísima, se presentó al público en la obra *El puñao de rosas*, obteniendo una acogida favorable, según lo probaban los sueltos publicados en los periódicos que presentaba; que á pesar de ello y después de trabajar durante seis días, fué excluída de la compañía; que gestionó se revocara el acuerdo y reclamó amistosamente los sueldos devengados, recibiendo de la empresa 60 pesetas por los seis días que trabajó, hecho que constituía una prueba á favor del contrato, sin conseguir se cumpliera éste en el resto de sus partes. En virtud de estos hechos, suplicó se declarara que los demandados venían obligados á cumplir el contrato verbal celebrado con el padre de la actora y se les condenase al pago de los sueldos devengados por la demandante desde la fecha del debut, deducido lo ya recibido, intereses legales devengados, indemnización de daños y perjuicios ocasionados y pago de costas.

Contestación.—Negaron los demandados la existencia del contrato, alegando: que ante la insistencia de la demandante, accedieron á que debutase para probar sus condiciones artísticas y ver si era ó no aceptada por el público, asignándola, mientras durara dicha prueba, el haber de 10 pesetas diarias y reservándose los empresarios la facultad de despedirla ó de que continuara actuando, según que agradara ó no á los espectadores; que el éxito de la demandante en su debut fué poco lisonjero, y que el hecho de figurar en las listas de la compañía publicadas por la prensa, aparte de carecer éstas de carácter oficial, no significaba que fuese á actuar durante toda la temporada, pues los artistas trabajan según los convenios celebrados con las Empresas.

Prueba.—*a) Confesión judicial.*—Los demandados reprodujeron lo expuesto en su escrito de contestación.

b) Testifical.—Declararon el padre de la tiple y *B*, confirmando, en esencia, los hechos de la demanda. Además, otros testigos afirmaron, de referencia, que la Empresa había contratado por toda la temporada á *A* con 10 pesetas diarias; y unos por haberlo presenciado, y otros por haberlo oído, que en la noche de la inauguración la debutante agradó al público, que la obligó á repetir varios cantables.

c) Providencia para mejor proveer.—Se reclamaron y unieron á los autos informes de la Administración de Hacienda, expresivos de no aparecer comprendida la actora en las declaraciones juradas presentadas por la Empresa demandada, para la liquidación del impuesto de utilidades por el sueldo de los artistas que actuaron en la temporada á que hacía referencia la demanda, ni tampoco en las listas de otro coliseo, é informe del director de este último, en el que manifestaba que durante la repetida temporada la actora había

formado parte de su compañía, representando papeles de tiple y hallándose ensayando otros á la fecha del informe.

Sentencia.—La Audiencia, confirmando el fallo del Juzgado, absolvió á los demandados de la demanda.

Recurso de casación.—Lo interpuso la actora, citando como infringidos:

1.º a) *Arts. 1.091, 1.101, 1.102, 1.106 y párrafo 2.º del 1.107 del C. c.*, por haber procedido dolosamente los empresarios del Teatro de Apolo y venir obligados, en su consecuencia; á indemnizar á la recurrente daños y perjuicios.

b) *Arts. 1.113 y 1.121 del C. c.*, por ser exigible, desde luego, toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro incierto, y porque en las obligaciones recíprocas el cumplimiento por parte de uno de los obligados determina para el otro el resarcimiento de daños y perjuicios.

c) *Art. 1.256*, en relación con *el 1.254 del C. c.*, porque el cumplimiento de un contrato no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes.

d) *Art. 1.278 del C. c.*, porque los contratos obligan, cualquiera que sea la forma de su celebración.

e) *Art. 1.586 del C. c.*, porque ninguna persona asalariada puede ser despedida *ab irato*.

f) *Art. 1.156 del C. c.*, porque el hecho de haber aceptado la recurrente las 60 pesetas importe de las diez funciones en que actuó, no puede ser estimado como pago extintivo de la obligación, máxime cuando, lejos de ser cierto que no hiciera notar inmediatamente sus derechos, como afirma la sentencia recurrida, protestó inmediatamente, citando á los demandados ante los Tribunales; y

g) *Sentencias de 3 May. 1897, 19 Oct. 1901, 18 Jun. 1902 y 11 Mayo 1903*, sobre la eficacia de los contratos, aun cuando no se celebren por escrito.

2.º a) Doctrina legal de que *el demandado debe probar sus excepciones*, confirmada por Sentencias de 16 Dic. 1859, 29 May. 1863, 7 Nov. 1866, 26 Eur. 1870, 18 Nov. 1876 y 8 May. 1877.

b) *Error de derecho* en la apreciación de las pruebas, al dar por probadas las excepciones alegadas por los demandados, que no realizaron probanza ninguna ni intervinieron las pruebas de la demandante; y

c) *Error de hecho*, consistente en la omisión que la sentencia comete de documentos auténticos, como son los periódicos que publicaron la lista oficial de la Compañía, y de las posiciones absueltas por los demandados.

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar al recurso*.

Doctrina.—*El Tribunal sentenciador, apreciando al efecto el conjunto de las pruebas practicadas en el pleito, conceptúa que no se ha justificado la existencia del contrato verbal en que funda su acción la actora, y en consecuencia, no son de apreciar las infracciones de los artículos del C. c. alegados en el primer motivo del recurso, sólo aplicables en el supuesto contrario al establecido por la sentencia recurrida de existir obligación contractual, como tampoco puede estimarse como infringida la doctrina establecida en las Sentencias de este Tribunal Supremo que se invocan en el mismo motivo, porque la Sala sentenciadora no desconoce en realidad la fuerza obligatoria de los contratos, aun cuando falte el documento escrito, sino que cita é invoca el precepto del art. 1.280 del Código, en corroboración de la apreciación que hace de todas las pruebas aportadas al juicio, de las que, en su concepto, no se deriva la existencia del supuesto contrato entre la demandante y la Empresa, cuyo cumplimiento reclama.*

Desestimada la acción ejercitada por la recurrente, por haber considerado precisamente el Tribunal sentenciador que no había acreditado la existencia del supuesto contrato en que basaba aquélla, resulta notoria la improcedencia de la infracción de doctrina á que se refiere la primera parte del motivo 2.º del recurso, no siendo tampoco de estimar los errores de hecho y de derecho que se atribuyen á la Sala sentenciadora, tanto porque no es lícito descomponer el conjunto de las pruebas apreciadas por aquélla para combatir su fallo, como porque, dada la naturaleza de las practicadas en el presente pleito, é invocadas en el recurso, no se puede afirmar ni se demuestra el error evidente que para la casación se exige, sin que de las posiciones absueltas por los demandados se desprenda tampoco resultado alguno contradictorio de la prueba así apreciada, que, por otra parte, tampoco determina la recurrente en este extremo de su recurso.

S. 27 Enr. (G. 2 y 7 Nov.)—*Compromiso de venta para día cierto.—Venta definitiva pasado dicho día.—Indemnización de daños y perjuicios.—Vicios ocultos de la cosa.*

Hechos—*Demanda.*—Dedujo A demanda contra B, alegando: que A, como comprador, y B, como vendedor, otorgaron una escritura de promesa de compraventa de una finca urbana, no elevando desde luego dicha promesa á venta definitiva por no estar terminada la testamentaria de la esposa de B, lo cual impedía la inscripción en el Registro de la Propiedad; que B no cumplió la obligación contraída de elevar á definitiva la escritura de promesa de venta,

dentro del término fijado, á pesar de los requerimientos de *A*; que *A* á su vez concertó la venta de dicha finca con un tercero *X*, en mayor precio del convenido con *B*, á condición de que el vendedor *A* otorgaría á favor del tercero *X*, la correspondiente escritura al mes siguiente del fijado por *B*, y hasta que dicha escritura se otorgase no se haría la entrega recíproca de cosa y precio; que el demandado requirió al actor para que concurriera al otorgamiento de la escritura definitiva, y habiendo éste concurrido, se consignó en la misma, entre otras cláusulas, la de hallarse la finca libre de cargas con vista de la certificación del Registro presentada al efecto por el demandado; que á pesar de estas afirmaciones, resultó que el Ayuntamiento, al conceder licencia al anterior propietario para la construcción en el solar adquirido, hizo la salvedad de que no encontrándose comprendido el terreno mencionado en la zona del interior ni en la oficial del ensanche, el Ayuntamiento no había aprobado ni señalado rasantes y alineaciones, por lo que debería tener entendido el interesado que la concesión de la licencia no le daba derecho á reclamación ni indemnización alguna si se aprobasen y estableciesen otras alineaciones y rasantes, ni por ningún concepto: por todas cuyas alegaciones de hecho y las pertinentes de derecho suplicó se condenara á *B* á que indemnizase al actor de los daños y perjuicios ocasionados por no haber otorgado antes de la fecha acordada la escritura definitiva de venta de la finca vendida, según se obligó, y alternativamente á que, ó devolviera del precio entregado por el actor, la cantidad que correspondiera, é intereses legales, puesto que contrató bajo la base de hallarse la finca libre de cargas, ó, en defecto de dicha devolución é intereses, que le asegurara con hipoteca sobre sus bienes propios la indemnización que correspondiera en su día por daños y perjuicios.

Contestación.—El demandado solicitó se le absolviera de la demanda, alegando: que si bien se fijó fecha para el otorgamiento de la escritura definitiva, ésta no pudo llevarse á cabo el día convenido, porque hasta después no fué posible inscribir á su favor el dominio de la finca; que no llegó á su noticia el supuesto contrato ó promesa de contrato que se decía haber mediado entre el actor y un tercero, y que el demandado tuvo después necesidad de requerir notarialmente al actor para el otorgamiento de la escritura definitiva, que se realizó, si bien con cierta resistencia por parte de éste; que en el acto del otorgamiento no hizo reclamación alguna por daños y perjuicios, teniendo en cuenta, sin duda, que venía disfrutando la finca desde el día siguiente de firmada la escritura de compromiso de compraventa, haciendo suyos los aprovechamientos

en compensación al interés del precio, que desde luego recibió el demandante; que efectivamente la finca se vendió libre de cargas; que el contenido y alcance de la licencia concedida por Ayuntamiento no constituían carga real alguna, ni vicio de la cosa vendida, y que el demandante sabía que dicha finca estaba fuera del radio municipal de población.

Sentencia.—La Audiencia, con revocación del fallo del inferior, absolvió al demandado.

Recurso de casación.—Lo interpuso el demandante, citando como infringidos:

1.º *Art. 1.091 del C. c.*, en cuanto las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

2.º *Art. 1.101 del C. c.*, que establece la sanción de daños y perjuicios para los que en el cumplimiento de las obligaciones incurrieren en *negligencia ó morosidad*, toda vez que el recurrido no cumplió el compromiso que libremente se impuso.

3.º *Art. 1.106 del C. c.*, porque habiendo faltado *B* al compromiso de otorgar antes de determinada fecha la escritura definitiva de venta á *A*, éste no pudo tener inscrito á su nombre en el Registro de la Propiedad el dominio de la finca comprada ni disponer de ella, sufriendo el daño y el perjuicio que esta falta de cumplimiento hubo de ocasionarle; y *arts. 660, en su núm. 3.º, 604 y 659 de la ley de E. C.*, en relación con el 1.106 antes citado, por no apreciar la Sala sentenciadora, con notoria infracción de dichos preceptos, las pruebas que *A* dió sobre el importe de los daños y perjuicios que *B* le infirió, puesto que no estima como cierto el hecho de que *A* tuvo vendida en 33.000 pesetas á *X* la finca comprada á *B*, fundándose para ello, en suponer interesado en este pleito á *X*, que declaró como testigo, y en que *A* debió reconocer, conforme á lo dispuesto en el art. 604 de la ley de E. C., la carta que dirigiera á *X*, estipulando la venta en cuestión, reconocimiento innecesario, puesto que dicha carta emanó del propio demandante.

4.º *Arts. 1.483 y 1.486 del C. c.*, por haberse vendido la finca como libre y sin gravamen ninguno, resultando después que el comprador se encontraba privado de todo derecho para hacer reclamación alguna, cualesquiera que fueran las alineaciones y rasantes á que el Ayuntamiento tuviese á bien sujetarla, y fuesen muchos ó pocos, grandes ó pequeños los perjuicios, expropiaciones ú otros daños que pudiera sufrir, de todos los cuales debía ser responsable *B*, puesto que esa falta afectaba esencialmente á la estimación que merecía la finca vendida y alteraba considerablemente su valor, sin que á ello obsten las disposiciones de los arts. 23 y siguientes de la L. H.

5.º *Arts. 1.203 y 1.204 del C. c.*, al suponer el Tribunal sentenciador que las obligaciones de *B* quedaron extinguidas por el hecho de no haberse estipulado en la escritura de venta definitiva una reserva terminante respecto á los derechos del actor, consignada en la de compromiso de venta; y

6.º *S. de 13 Enr. 1860*, según la que «los hechos no negados y conocidos en juicio se tienen por probados», al no estimar la Sala sentenciadora el valor demostrativo de estas palabras, consignadas en el escrito de contestación á la demanda: «que en todo caso podrá reconocerse como responsabilidad suya la única morosidad comprendida entre Mar. y Dic. 1901».

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar al recurso*.

Doctrina.—*La Sala, al absolver al recurrido de la demanda promovida por el recurrente, en reclamación de daños y perjuicios, no ha cometido las infracciones alegadas en los tres primeros motivos del recurso; porque el demandado, si bien se obligó en la escritura de venta á otorgar otra definitiva en un día fijo, por no tener en aquella fecha terminada la testamentaria de su mujer, ni, por tanto, inscrito á su nombre el dominio de las fincas vendidas, es lo cierto que aun prescindiendo de la aprobación que el recurrente prestó á la escritura definitiva y de si ésta pudo, sin obstáculo, otorgarse con anterioridad, que la Sala sentenciadora, por el resultado de las pruebas practicadas, estima que ni las cartas presentadas por el recurrente, ni las declaraciones de los testigos, justifican la existencia del contrato que supone celebrado con un tercero, de donde hace derivar los perjuicios reclamados; y esto sentado, es evidente que no ha cometido el error de derecho que el recurrente le atribuye, toda vez que las primeras no están autorizadas ni reconocidas por el recurrido, para que pudieran perjudicarlo, conforme al precepto del art. 1.225 del C. c., ni la prueba de testigos puede ser impugnada eficazmente, porque su apreciación es de la exclusiva facultad del juzgador, á tenor de lo dispuesto en el art. 659 de la ley procesal y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

Igualmente son ineficaces los restantes motivos del recurso, porque la licencia concedida para edificar la casa objeto del pleito, sin derecho á indemnización por las rasantes que pudieran establecerse, no constituyen el gravamen oculto á que se refiere el art. 1.483 del C. c., toda vez que, edificadas fuera de la zona de ensanche ó en el extrarradio, tenían que quedar sujetas á las alineaciones que la Corporación municipal estableciese al urbanizar el terreno en que se hallaban enclavadas, sin que por ello se entiendan perjudicados los adquirentes, por ser manifiesta y conocida la atribución que la ley

confiere á los Ayuntamientos á los fines expresados; y porque aunque se quiera suponer que el expresado gravamen era desconocido ó oculto, no podía en este caso afectar á los contendientes, por no estar inscrita en el Registro la licencia de concesión, siendo terceros adquirentes y no habiendo tenido conocimiento ni interacción alguna en la concesión de la misma; por todo lo que, y dado lo expuesto anteriormente, se evidencia la ineficacia de dichos motivos.

S. 6 Feb.—(Art. 1.154 C. c.)

S. 23 Jun. (G. 12 Sep. 1907.)—*Cumplimiento de contrato.—Mora en los intereses.—Daños y perjuicios.—Congruencia.*

Hechos.—Antecedentes.—a) En Abr. 1870, A y B celebraron un contrato privado, suscrito sólo por el segundo, en virtud del cual éste convino en comprar los terrenos que formaban el barrio de X en... á sus propietarios, dejando á resolver de palabra la participación que á cada uno de los otorgantes había de corresponderle en el negocio. Este contrato fué completado por otro privado de Feb. 1885, por el que B cedió á A la mitad de los beneficios que obtuviera en el negocio de X.

b) Para zanjar algunas dificultades que en la realización del negocio se presentaron, B, por escritura de Mar. 1885, facultó á C para transigir los litigios y vender los terrenos, concediéndole una participación, siempre que B pudiera retirar primero 300.000 francos. En virtud de este convenio, C transigió los pleitos, y practicó una liquidación del negocio, quedando á favor de ambos contratantes terrenos de valor suficiente para asegurar á B los 300.000 francos prometidos.

c) A obtuvo el reconocimiento oficial del documento privado de 1885, que fué protocolizado en May. 1894.

d) En Jul. 1900, B y C otorgaron una escritura pública de transacción, por la que el segundo se obligó á entregar al primero 275.000 francos, como saldo de los 300.000 asegurados en el contrato de Mar. 1885, conviniendo en que esta suma sería pagada con el producto de los primeros solares que se vendieran y después se procedería á la división de los que sobraran, entre los otorgantes.

e) Por último, los mismos B y C otorgaron, en Nov. 1902, otra escritura, en la que se convino la adjudicación y cesión de los terrenos de X, renunciando B á 25.000 francos de los 275.000 que C le había de entregar, recibiendo en el acto los 250.000 restantes y la mitad de 10.369 pesetas que procedían del mismo negocio; conviniendo asimismo en que se dividirían por mitad otras cantidades que existían consignadas en un establecimiento de crédito y las demás sumas que se cobraran por razón de los terrenos; reconociendo que ya te-

nían cobrado y distribuido un crédito y haciendo constar que por otra escritura del mismo día efectuarían la división de terrenos, como así lo realizaron, haciendo dos lotes, de los cuales uno de 9.752 metros de terreno correspondió á B.

Demanda.—La dedujo A, relacionando los hechos preinsertos y añadiendo: que á pesar de haberse ya liquidado el negocio y percibido B las ganancias que se produjeron, consistentes en metálico y solares, según las dos escrituras de Nov. 1902, nada había entregado al actor faltando con ello á lo convenido en el documento de Febrero 1885, por cuyos hechos y los fundamentos pertinentes suplicó se condenase á B: *primero*, á que en cumplimiento de la cesión que hizo á favor del demandante de la mitad de los beneficios del negocio, le entregase la mitad de los terrenos que B poseía en el barrio de X, de la ciudad de... y del metálico que documentalmente acreditaba, con deducción de lo que correspondiese por expensas justificadas, si las hubiere, á tenor del contrato de Mar. 1885, ratificado por la escritura de Jul. 1900 y según resultase del plano de los terrenos, de dichas escrituras, del Registro de la Propiedad y de la prueba que se practicase; *segundo*, al pago de los intereses de la cantidad líquida que debió entregar el demandado desde el día en que, ultimado ya el negocio, se perfeccionó la obligación de hacerlo, y *tercero*, á la indemnización de daños y perjuicios dimanados del incumplimiento del contrato, según resultase de la prueba.

Contestación.—Opuso B, que la liquidación practicada por C no dió por resultado metálico, sino terrenos, los cuales estaban en su mayor parte, por vender, por lo cual no se podía saber hasta qué punto sería ventajoso el resultado obtenido, y, por último, que en el documento otorgado en Febr. 1885 se reservó B todos sus derechos. Suplicó se le absolviera de la demanda, imponiendo al actor silencio perpetuo.

Sentencia.—Revocando parcialmente la del Juzgado, la Audiencia falló, declarando admisibles, legítimos y eficaces los documentos presentados por A, y condenó al demandado á que, en cumplimiento de la cesión hecha, una vez terminada la explotación del negocio, y verificada previamente la liquidación definitiva correspondiente, entregase al demandante la mitad de los beneficios que dicha liquidación arrojarase.

Recurso de casación.—Lo interpuso A, citando como infringidos:

1.º *Axioma jurídico, pacta sunt servanda y arts. 1.091, 1.258 y 1.278 del C. c.*, concordantes con los 1.134, 1.138 y 1.160 del C. c. francés, en cuanto la sentencia recurrida exime al demandado de la obligación en que está de entregar al recurrente la mitad del me-

tánico y solares que ha recibido como beneficio del negocio, según lo estipulado.

2.º *Art. 359 de la ley de E. C., y Sentencias de 4 Jul. 1896, 4 Marzo 1897, 24 Oct. 1897 y 20 Jun. 1900*, porque el fallo desconoce el principio de la congruencia, al disponer que el deudor «una vez terminada la explotación del negocio de X y verificada previamente la liquidación definitiva correspondiente, entregue al demandante la mitad de los beneficios que dicha liquidación arrojaré», pues ninguna de las partes ha deducido semejante solicitud, no constando tampoco ni en la contestación ni en la dúplica, en cuyos escritos podría haberlo propuesto el demandado, conforme al art. 548 de la ley procesal, que también se infringe en el fallo recurrido, sin que pueda disculpar esta falta de congruencia el haber tenido presente la solicitud deducida en el acto de la vista de la apelación, porque no era esa ocasión ni oportunidad de alterar los términos del debate, que había quedado definitivamente planteado en primera instancia y á cuyos términos se debió ceñir rigurosamente el acuerdo judicial, según ordena la doctrina señalada en este motivo.

3.º *Los mismos textos del motivo precedente*; porque la sentencia nada resuelve acerca de la indemnización de perjuicios é intereses que fueron reclamados en la demanda y concedió el fallo de primera instancia, los cuales son perfectamente debidos, toda vez que la morosidad del deudor resultaba demostrada por documentos auténticos.

4.º *Arts. 1.100, 1.101, 1.106, 1.108 y 1.109 del C. c., coincidentes con los 1.139, 1.147, 1.151, 1.153 y 1.154 del C. c. francés*, puesto que la sentencia, al omitir la condena de intereses, daños y perjuicios, exime de su pago al deudor, á pesar de que el abono de esas responsabilidades resulta evidente, como consecuencia ineludible del contrato de 1885, en relación con las escrituras de Marzo 1885, Jul. 1900 y más especialmente con las dos de Nov. 1902, cuyos textos los desconoce é infringe el fallo recurrido al declarar que está en curso la explotación del negocio y pendiente su liquidación, cuando por virtud de los contratos de Nov. 1902 quedó definitivamente concluido y liquidado, recibiendo B el metálico y solares que dichas escrituras relacionan, y de los que debieron apresurarse á entregar á A la mitad de ese metálico y de esos solares, á fin de que conservara éste si le convenía y dispusiera libremente tanto de ellos como del metálico; habiendo incurrido el demandado, al no hacer esa entrega, en mora y en la obligación de abonar daños y perjuicios, por lo que á los solares se refiere, y el interés legal correspondiente al metálico, todo ello desde el 29 Nov. 1902, fecha que de-

termina el incumplimiento de la obligación, y, por lo tanto, la morosidad en que el deudor ha incurrido.

5.º *Error de hecho y derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del art. 1.218 del C. c., en relación con los 597 y 598 de la ley de E. C., toda vez que, con desconocimiento del contenido y eficacia de las escrituras públicas otorgadas entre las partes, considera el Tribunal sentenciador que el negocio está todavía en explotación, con lo cual, además, se deja al arbitrio del deudor la entrega del metálico y valores indebidamente retenidos, pudiendo éste prolongar por tiempo indefinido la situación abusiva en que se ha colocado desde 1902, infringiéndose asimismo los arts. 1.115 y 1.259 del C. c., que concuerdan respectivamente con los 1.174 y 1.119 del Código Napoleón.*

6.º *Art. 1.902 del C. c., por lo demostrado en los motivos 3.º y 4.º y por las costas y gastos judiciales que el recurrente se ha visto obligado á sufragar por resistir el deudor el cumplimiento del contrato de Febr. 1885 con notoria temeridad.*

El Tribunal Supremo declaró *no haber lugar al recurso.*

Doctrina.—Dados los términos del contrato celebrado en Febrero 1885 entre B y A, las vicisitudes de su desenvolvimiento y la especial circunstancia de ser el primero quien aportó el capital necesario para su desarrollo, sin que conste que el segundo ayudara al mismo con cantidad alguna, no se puede estimar, cual pretende el recurrente, que la escritura de Jul. 1900, y especialmente las dos de Noviembre 1902, constituyan la terminación y liquidación del negocio, cuya mitad de beneficios corresponde á A, porque éste no consiste precisamente en la mera compra de determinados terrenos, sino en su negociación, y sería en realidad violento y contrario á los propósitos de los otorgantes y al interés del verdadero dueño del expresado negocio interrumpir su curso ulterior, cual si fuera terminado, adjudicando al actor cantidades y terrenos sobre los que puede aún continuarse la explotación proyectada, y esto cuando no consta ni se ha intentado justificar ninguna suerte de malicia ó morosidad por parte del demandado de las que pudieran derivarse otra clase de acciones contra él, y sin que haya llegado el caso de que sólo pendan ventas de terreno cuya colocación ó enajenación no fuese susceptible de una espera racional, dadas su situación y las condiciones de la población; siendo, por lo tanto, manifiesto que no sólo ha de preceder al éxito de la acción ejercitada por el actor una exacta liquidación del mismo, para derivar de ella el resultado de los verdaderos beneficios, sino un estado determinado por la colocación ó destino definitivo de los terrenos, apreciado prudencial y racionalmente en su día,

por lo que la Sala sentenciadora no ha infringido el axioma jurídico «*pacta sunt servanda*», ni los preceptos legales referentes á los contratos que se citan en el primer motivo del recurso.

Tampoco ha incurrido en las infracciones que se suponen en el motivo 2.º, no adoleciendo de incongruencia el fallo recurrido, toda vez que al disponer por él que se entregue al demandante la mitad de los beneficios que arroje la liquidación del negocio de X, una vez terminada su explotación, concede lo mismo que se pide en la demanda, con las limitaciones señaladas por el demandado en su escrito de contestación, como fundamento de la absolución que pretende, ajustándose de este modo el expresado fallo á las peticiones deducidas por las partes en los correspondientes escritos.

Pendiente, como queda dicho, el cumplimiento de la obligación originaria, del derecho del recurrente de que termine el negocio de X y se practique su liquidación, no es procedente la reclamación de intereses de una cantidad que no es conocida, ni menos aún de unos perjuicios que no se han demostrado, sin que puedan conducir á aquel objeto las escrituras de Jul. 1900 y las dos de Nov. 1902, por las razones anteriormente expuestas, y porque celebradas entre B y C, podrán demostrar que se liquidaron y terminaron los contratos referentes á negocios que el demandado tuviera con este contratante; pero de ningún modo prueban, como se afirma en el recurso, la liquidación definitiva del negocio de X en relación con el recurrente, porque ninguna interacción tuvo por sí en dichas escrituras, y, por tanto, no han tenido lugar las infracciones que se señalan en los cuatro últimos motivos del recurso, puesto que todas descansan en el erróneo supuesto de que dichas escrituras demuestran la liquidación y definitiva terminación del repetido negocio de X.

S. 28 Jun. (G. 18 Sept. 1907.) — Cumplimiento de contrato. — Error de derecho en la apreciación de las pruebas. — Posesión de buena fe. — Incompetencia de jurisdicción. — Incongruencia. — Disposiciones contradictorias en el fallo.

Hechos.—*Antecedentes.*—a) Para la compra y venta en participación de los terrenos de las derruidas murallas de ..., se reunieron y otorgaron una escritura pública en 20 Mar. 1864, B, C y D y otros ocho más, consignando entre otros pactos los siguientes: 2.º El término por el que se forma esta reunión ó convenio es el de cinco años, que empezarán á contarse desde el día de la fecha de la escritura y terminarán en igual día de 1869. 7.º Los otorgantes convienen que, á fin de poder acreditar el interés que tienen en el negocio, se expidan cédulas de participación, de valor de 5.000 duros cada una é indivisibles, que se firmarán por el Presidente, Recau-

dador y Secretario. 8.º Las participaciones serán transmisibles con tal que el cesionario tenga responsabilidad suficiente, á juicio de los poseedores de las otras participaciones y se sujete á todas las condiciones de este contrato y demás resoluciones que se tomen. 9.º Para que puedan transferirse las participaciones, es necesario que el poseedor de las mismas dirija una carta al Presidente manifestando la persona á quien quiere transferirlas y las condiciones y precio de la transferencia. El Presidente reunirá desde luego á los interesados en las participaciones, los cuales acordarán si se admite el traspaso, teniendo cualquiera de los poseedores de las participaciones el derecho de tanteo para quedarse las que traten de transferirse por el mismo precio y condiciones que consten en la carta pasada por el cedente. Todo lo expresado en este pacto deberá practicarse dentro del preciso término de diez días. 10.º Aprobada la transferencia ó quedándose con la participación alguno de los interesados en fuerza de la facultad que se le concede en el artículo anterior, se harán las anotaciones oportunas, firmando el nuevo poseedor de la participación una obligación en que se sujete á los pactos contenidos en esta escritura, á los acuerdos y resoluciones tomados por los interesados hasta la fecha del traspaso y á los que sucesivamente se tomaren por la mayoría de los mismos. Los traspasos, por muchos que haya, no podrán alterar este convenio. 21.º El Presidente adquirirá en nombre propio todos los terrenos que acuerde la reunión de interesados, los venderá por el precio que la misma marque, administrará el acervo común, según la resolución que adopte la reunión de interesados, y practicará todas las gestiones necesarias para desarrollar y llevar á efecto el negocio que los reúne, no pudiendo en manera alguna separarse de los acuerdos que se tomen. 31.º Ningún poseedor de participaciones podrá comprar ningún terreno de los comprendidos en la zona en que los otorgantes fijan sus operaciones, á menos que los partícipes reunidos acuerden que no conviene la finca, pues en este caso, los copartícipes quedarán libres de esta operación. Todos los terrenos que los copartícipes comprasen á otra persona, y estuviesen situados en la citada zona, y no constase en el libro de actas el acuerdo de que su adquisición no conviene á los interesados, se considerarán comprados á utilidad común, si se estima conveniente, y el que lo haya adquirido estará obligado á cederlo ó traspasarlo á la persona que se le designase, sin la menor dilación ni reserva. Quedan exceptuados, naturalmente, los que los partícipes tuvieran ya de su propiedad al firmar el presente convenio; y 40.º Las divergencias que ocurran entre los interesados en las participaciones deberán deci-

dirse forzosamente por árbitros, arbitradores y amigables componedores, nombrados uno por cada parte, y un tercero, en caso de discordia, que deberán nombrar los elegidos antes de entrar en el uso de sus funciones, prometiendo sujetarse á lo que éstos hicieren, sin réplica ni excusa alguna, bajo la multa de 200 duros, que se exigirá ejecutivamente á la parte que apelase, no cumpliese ó en otra forma reclamase, queriendo que, aun después de pagada la multa, debe tener efecto la decisión ó laudo arbitral, y que no sea oído por los Tribunales el que intentare anularlo, á cuyo fin renuncian desde ahora á toda apelación, acción de nulidad y otros recursos.»

b) En escritura pública de 7 Nov. 1864, el agente de negocios X hizo constar que había adquirido en pública subasta, y por cuenta y orden de C, los solares E y F, de la manzana núm. 50 del terreno de las derruidas murallas de la ciudad de..., rematando el primero en 256.010 reales y el segundo en 274.030, y que para que C pudiera disponer de ellos le otorgaba y confería especial y bastante poder para que aceptara á su favor ambos remates ó los cediera y transfiriera á quien mejor le pareciese; y en otras dos escrituras públicas de venta judicial otorgadas en 27 Abr. 1865 por el Juez de primera instancia de... se hizo constar la transmisión por venta á favor de C, por haberle sido cedido el remate por X, de los solares E y F de la manzana núm. 50 expresada.

c) Con fecha 27 Abr. 1865, el mismo Juez otorgó escritura de venta judicial á favor de B, cesionario de X, de los solares G y H, de la manzana núm. 50 de los terrenos procedentes de las derruidas murallas, en la suma de 300.090 reales el primero y 320.010 el segundo; y por otra escritura de igual clase, otorgada en 5 Abr. 1865, fué vendido á B, cesionario también en esta ocasión de X, el solar letra J de la manzana núm. 52 de los mencionados terrenos.

d) Los citados B, C y D y además A y otros ocho, otorgaron una escritura pública en 9 Feb. 1869, en la que, después de referirse á la de 20 Mar. 1864, hicieron constar: que deseando alguno de los comparecientes separarse de la reunión, otorgaban la presente escritura con las siguientes condiciones: 1.^a, que los ocho otorgantes cuyos nombres no se especifican, se separaban desde aquel día del negocio y cedían á los demás otorgantes todos sus derechos y acciones; 2.^a, que los otros cuatro otorgantes aceptaban la cesión y relevaban á los cedentes de toda responsabilidad, y 3.^a, que A, B, C y D, mediante el cumplimiento de este convenio, asumían la responsabilidad de todas las obligaciones del negocio que se trataba.

e) Con anterioridad á la venta por el Estado á B y C de los solares de las manzanas 50 y 52, la Diputación provincial de... hubo

de solicitar la concesión de dichas manzanas, sobre las cuales proyectaba construir un edificio, y habiéndosele otorgado, gestionó la expropiación de los solares vendidos á *B* y *C*. Inteligenciados éstos con la Diputación, se otorgó escritura de venta en 18 Nov. 1870, recibiendo los vendedores el precio en bonos del Tesoro y un pequeño remanente en metálico.

f) Habiendo desistido la Diputación provincial de la construcción del edificio proyectado sobre las citadas manzanas, promovieron *B* y *C* pleito á aquélla sobre la restitución de los solares expropiados, que fué resuelto en definitiva por S. de 8 Feb. 1889, condenando á la Diputación provincial á dimitir á favor de *C* los solares *E* y *F* de la manzana 50 y á favor de *B*, los *G* y *H* de la misma manzana y *J* de la 52. En cumplimiento de esta sentencia, la Diputación provincial restituyó los solares susodichos á *B* y *C*, por escrituras de 16 Nov. y 21 Ags. 1889, mediante la entrega por *C* de 131.138 pesetas y por *B* de 256.405,24 pesetas.

g) Por escritura de 12 Mar. 1890, vendió *C* una porción de terreno (parte del solar letra *F*, de la manzana 50), en precio de 220.766 pesetas; por otra de 29 del mismo mes de Mar., vendió otro solar (cuyo terreno era procedente en parte del solar letra *E* de la manzana 50 y el resto del letra *F* de la misma manzana), siendo el precio el de 167.370 pesetas; y por otra escritura de 17 del siguiente mes de Abril., el mismo *C* vendió otro solar edificable (procedente del resto del letra *E* de la manzana 50), en 212.801,80 pesetas, que recibió el vendedor al contado, excepto 100.000 pesetas, que se obligó el comprador á satisfacer en el término de veinticuatro meses, garantizándole su pago, más dos anualidades de intereses al 4 y medio por 100 anual, y los correspondientes á la entonces corriente, y 5.000 pesetas para costas en caso de litigio, con hipoteca sobre el mismo terreno adquirido.

Demanda.—La dedujeron los herederos de *A*, en 13 Abr. 1892, exponiendo, á más de los hechos ya referidos: que después de constituida la asociación por la escritura de 20 Mar. 1864 entró á formar parte de ella, *A*, por una participación, según constaba en las citaciones para junta que le dirigió *C* y que acompañaba al escrito, quedando las participaciones de la sociedad al reconstituirse ésta en Feb. 1869, distribuidas en la siguiente forma: dos cada uno, *B*, *C* y *D*, y una *A*; que la compra de los solares adquiridos por *C* y *B* se había hecho por cuenta de la reunión, como asimismo por cuenta de ésta fué la venta de los mismos á la Diputación provincial, cuyo precio se repartió á proporción de sus respectivas participaciones; que al restituir dichos solares la Diputación, aprovechándose *B* y *C*

de la ignorancia de los actores, dispusieron por sí y ante sí de aquéllos, y se apropiaron las cantidades que obtuvieron por sus ventas; y que si los derechos que sobre los solares pudieran existir para reclamarlos de la Diputación, pertenecían á la reunión; puesto que á ella había pertenecido la cosa reclamada, era obvio que á la misma correspondía la acción para reivindicarlos y todos los derechos, ventajas y lucros que por consecuencia de la reivindicación se habían obtenido, debiendo contribuir cada interesado, en la proporción correspondiente, al pago de los gastos legítimos que por el pleito seguido ó por otros conceptos justificados se hubieran irrogado en interés común. En su vista, suplicaron: *primero*, se declarase que los solares E, F, G y H, de la manzana 50, y J, de la 52, al ser vendidos á la Diputación provincial en 18 Nov. 1870, eran propiedad de la asociación, y, por consiguiente, de los que en dicho año 1870 eran únicos interesados en ella, á saber: A, B, C y D, en cuanto á dos séptimas partes cada uno de los tres últimos y una séptima parte el primero; *segundo*, se declarase asimismo que, en su virtud, todos los derechos y beneficios de la reivindicación y consiguiente restitución de los mencionados solares correspondían en común y proindiviso á los herederos de B, en dos séptimas partes; á C, en otras dos séptimas partes; á D, en igual proporción, y á los demandantes en cuanto á la otra séptima parte restante; *tercero*, que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se hiciese también la de que correspondían en común y proindiviso á los expresados partícipes: de una parte, la propiedad del solar letra J, de la manzana 52, que se hallaba inscrito á favor de los herederos de B, y de otra parte, el derecho real de hipoteca por el capital de 100.000 pesetas, inscrito á nombre de C, y lo restante del solar F inscrito á nombre del mismo; *cuarto*, que se condenase á los herederos de B al pago de la cantidad de 69.405,65 pesetas, con los intereses al 6 por 100 anual, desde la fecha de las enajenaciones de los solares G y H de la manzana 50, por la séptima parte que á los demandantes les correspondía y á la división del solar letra J, de la manzana 52, entregándoles la séptima parte del mismo, con los frutos producidos y debidos producir; *quinto*, se condenase á C á pagarles 72.685,68 pesetas, por razón de las enajenaciones de los solares E y F, con los intereses al 6 por 100 anual, desde las fechas de las ventas, y á dimitir á favor de ellos la séptima parte del expresado crédito hipotecario y del terreno que restaba del solar letra F, de la manzana 50, con los intereses y demás derechos anejos al mismo, firmando á su favor la correspondiente escritura de adquisición de buena fe y en lo menester, de cesión de aquella séptima parte; y *sexto*, se con-