

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ADVERTENCIA

En el presente número se inicia la publicación de la jurisprudencia correspondiente al año 1935. REVISTA CRÍTICA, fiel a la promesa hecha en Noviembre de 1933 (N.º 107), ha logrado corregir el retraso en la publicación de sentencias, y si éstas no aparecen inmediatamente después de dictadas por la Sala, es debido al tiempo que se necesita para el examen de todas y selección de las más interesantes (la publicación de la totalidad sería prácticamente imposible y en parte innecesaria) aparte del trabajo que supone la ordenación de las notas que siguen a las mismas, con el fin de facilitar a los lectores de la REVISTA un pequeño fichero que les sirva para ampliar su contenido. REVISTA CRÍTICA procurará, no obstante, adelantar en lo posible la publicación de extractos y está a la disposición de los suscriptores para dar más amplias referencias de las notas que, rigurosamente controladas, figuran al final de las sentencias.

10. *Servidumbre de aguas.—El paso por las márgenes del cauce, ¿constituye una servidumbre distinta e independiente de aquélla?*
Sentencia de 12 de Enero de 1935.

Entablada demanda contra una Compañía por varios dueños de diferentes fincas rústicas que se veían privados por obras realizadas por aquélla del riego de sus campos, el Juzgado estimó en parte la demanda declarando que los demandantes tenían derecho al riego

de las tierras, confirmando la Audiencia de Oviedo la sentencia del inferior; interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo:

Considerando que es norma de obligado cumplimiento en materia de casación, que no pueden prevalecer en el recurso de esta naturaleza, aquellas cuestiones que no fueron planteadas y resueltas en trámite de instancia; y apartando para el examen de este recurso aquellos temas que por tener ese carácter de cuestiones nuevas se hallan fuera del ámbito de lo que debe ser materia propia de la casación, queda reducido el problema litigioso en el presente recurso a determinar si se trata de dos servidumbres distintas con vida propia y sustantividad independiente, como son la que regula la Sección segunda del capítulo segundo y libro segundo del Código civil en materia de aguas, y la que sobre servidumbre de paso trata la Sección tercera de los mismos capítulos y libro del expresado Código; o si, por el contrario, el paso por la margen del cauce por donde discurren las aguas es complementario o inherente al disfrute de aquéllas.

Considerando que aparece de la sentencia recurrida que el Tribunal *a quo*, en su facultad privativa de apreciación de las pruebas practicadas en el pleito, estimó que el paso de los beneficiarios en el riego por las márgenes de la acequia es inherente al derecho de aprovechamiento de las aguas, tanto para efectuar en el cauce las limpiezas necesarias, como para accionar las compuertas o tapacúñas con las que se regula y distribuye el agua entre las fincas que tienen derecho a su disfrute; declaración de la Sala sentenciadora que ha de prevalecer mientras no se demuestre que incurrió en error de hecho o de derecho al apreciarlo así, con arreglo a la norma procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento; y si bien constituye esta alegación uno de los motivos del recurso, no puede prevalecer el error de hecho, porque la escritura de adquisición otorgada en Lugo en 1.º de Julio de 1929, que se invoca como documento auténtico demostrativo del evidente error padecido por el Tribunal de instancia al hacer tal apreciación, de ningún modo acredita la existencia de ese supuesto error, y por lo que se refiere al de derecho, a base de la infracción del artículo 1.253 del Código civil, por no haber procedido la Sala sentenciadora en la forma que dicho precepto legal dispone al establecer presunciones, tampoco aparece la debida justificación de este aserto para que pueda ser

apreciado en la forma pretendida por la parte recurrente, y, en su consecuencia, ha de quedar reconocido, como hecho, que el Tribunal *a quo* da por probado que el paso por la margen del cauce que conduce las aguas, es un acto inherente al disfrute de la servidumbre de apropiación de aquéllas, y, por tanto, no constituye, con carácter de independencia, otra servidumbre de paso propiamente llamada así.

En materia de aguas nos remitimos a la bibliografía publicada al final de las sentencias de 9 de Enero de 1932, 6 de Enero de 1933 y 5 de Junio de 1933 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, págs. 550, 710 y 856). Sobre servidumbres en general, véase «Arno». Las servidumbres rústicas y urbanas. Madrid (sin fecha. La España moderna). «Servitù», en «Il Digesto Italiano», vol. XXI, pág. 1.

II. *Investigación de la paternidad.*—Los preceptos constitucionales no son textos legales concretos sobre los cuales pueda ejercitarse la casación. Sentencia de 29 de Enero de 1935.

La madre de un menor entabló demanda contra tres hermanos, alegando que un hermano de éstos, ya fallecido, era padre del menor, en razón de lo que en su demanda exponía; el Juzgado y la Audiencia desestimaron tal pretensión y el Supremo no admite el recurso:

Considerando que consignada en el artículo 43 de la Constitución de la República española una declaración de principios tan expresiva y terminante como la de investigación de la paternidad, sobre la cual haya de desenvolverse *en su día* la legislación específica aplicable a casos similares al debatido en el recurso de autos, no puede aceptarse de un modo absoluto la doctrina de la Sala de instancia respecto a la improcedencia de esta acción de estado, que no autorizaba el ordenamiento jurídico anterior al precepto constitucional referido, porque latente en dicha norma novísima con categoría de fundamental el derecho a indagar las relaciones de filiación y a obtener por tal causa su reconocimiento ante los Tribunales, queda así constituido virtualmente un supuesto básico y trascendente en expectativa de regulaciones civiles, con cierta influencia sobre las decisiones de jurisprudencia positiva, mientras aqué-

llas no consigan lograr corroboración concreta dentro del cuadro de nuestro derecho privado.

Considerando que por dicha razón no cabe decir hayan sido infringidos el artículo 135 del Código civil en relación con el 43 de la Constitución vigente, toda vez que el primero encierra el contenido de una acción reconocitiva dentro del ámbito estricto y limitado de los dos casos previstos en su letra, cuyo volumen es cuestión de hecho y susceptible, por lo tanto, de discusión, a tenor del caso 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, tema del último motivo; y el segundo precepto supone una decisión dilatoria abstracta, de índole programática, sin directa proyección sobre la especie jurisdiccional en litigio, y no asume, por lo tanto, en méritos del considerando anterior, calidad de texto legal concreto, contra el cual pueda ejercitarse la casación.

Considerando que, limitada la materia propia del recurso en estudio, según su segundo extremo, a combatir el fallo de la Sala sentenciadora que denegó el reconocimiento de la posesión de estado de hijo natural, pretendido por la parte actora, resulta evidente la ineficacia del intento, por no haberse patentizado el error de derecho padecido por el Tribunal *a quo*, frente a actos o documentos auténticos que no fueron esgrimidos en contraste, como tampoco se cita violada la ley de la prueba, ni cabe sustituir el criterio autorizado del juzgador, al apreciar el valor en conjunto de los medios probatorios por el juicio particular del recurrente, según reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo, lo que obliga a desestimar también este motivo de impugnación.

El Supremo, fiel a la laudable orientación en materia de investigación de la paternidad que hemos puesto de manifiesto con motivo de las sentencias de 27 de Abril de 1934 y 15 de Junio de 1934 (REVISTA CRÍTICA, X, págs. 543 y 636), entre otras, insiste en la importancia y trascendencia que para las decisiones de jurisprudencia positiva supone el artículo 43 de la Constitución, orientación que resumíamos al final de la sentencia de 21 de Noviembre de 1934 (XI, pág. 56), diciendo que «los preceptos de la Constitución no constituyen una norma jurídica completa mientras no se dicte la legislación complementaria, pero pueden influir en la legislación suavizando la interpretación de determinados textos». Este criterio

se opone por ahora a mayores avances en materia de investigación de la paternidad, y de paso pone un freno a los impacientes que quisieran ver amparados por el Tribunal Supremo los derechos que inútilmente ha reconocido el Código fundamental. Tenemos noticia de que la Audiencia de Madrid ha de resolver en breve plazo una situación creada al amparo, por una parte, de esas disposiciones de la Constitución, y de otra, por una interpretación dada a la cuestión por nuestro Centro directivo; si la Audiencia y el Supremo, más adelante, dan la razón al Juzgado que no admite la emancipación realizada por una madre, casada segunda vez, una de dos, o la Constitución está en suspenso o la ley que con ella está en desacuerdo es perfectamente constitucional y la Constitución es la que está fuera de ley. De desear sería que los textos legales quedasen perfectamente armonizados y no se diera el caso, hoy frecuente en la práctica, de un menor emancipado por su madre, con perfecta capacidad, según la Constitución, y litigando con su consejo de familia, que, según ésta, ya no tiene razón de existir, viviendo la madre.

12. *Partición practicada por Contadores partidores, nombrados por el testador sin prórroga de plazo para efectuar su cometido y después de transcurrido un año del fallecimiento. ¿Es válida y eficaz la prórroga concedida judicialmente? Citación para el inventario hecha «por carta». Sentencia de 23 de Enero de 1935.*

Fallecido don I. con testamento ológrafo, luego modificado y todo debidamente protocolizado, practicaron los Contadores nombrados las operaciones divisorias, que fueron impugnadas por algunos herederos, por haberse realizado sin su citación, por prescindirse de los albaceas, como tenía ordenado el testador, por estar hechas fuera de plazo y por otros motivos. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda y el Supremo no admite el recurso.

Considerando que aunque la alegación hecha por los recurrentes en el segundo y principal motivo del recurso de que el fallo impugnado viola el artículo 4.º del Código civil, envuelve al parecer una petición de principio, puesto que, contra lo que ellos sostienen presuponiendo la existencia de errores de hecho y de derecho en la sentencia recurrida, afirma en ella el Tribunal *a quo* que la partición

combatida no adoleció de las infracciones jurídicas que anotan, por lo que el precepto del artículo 4.º del Código civil era inatinerente en el caso de autos como el citado motivo del recurso, al par que en el número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, fundándose en el séptimo, habrá de examinarse si el Tribunal sentenciador incidió al apreciar la prueba practicada en el pleito en los indicados errores que los recurrentes le atribuyen en los cuatro apartados en que se desgrana el motivo.

Considerando que no procede estimarle respecto del supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba que aducen por haber declarado la Sala sentenciadora que para la formación del inventario de los bienes relictos por don I. se hizo por los Contadores la citación prevenida en el artículo 1.057 del Código civil, por cuanto, aparte la dificultad intrínseca de demostrar la negación que a ello oponen los recurrentes, señalan éstos a tal efecto como documento auténtico la escritura de partición de los bienes del causante; pero, además, de que necesariamente tuvo que tomarla en cuenta con las demás probanzas el Tribunal de instancia, para afirmar, como lo hace, la concurrencia de aquella citación que los recurrentes contradicen, el supuesto cuarto de la escritura de partición que ellos invocan, se refiere a la citación para formar el inventario y en él consignan expresamente los Contadores que tan pronto como recibieron determinados resguardos de valores *citaron por carta* para que concurrieran a la ciudad de León a formar el inventario y avalúo de todos los bienes que constituían la herencia, a la viuda, a los herederos y albaceas, no pudiendo hacerlo al que de estos últimos había fallecido, y como estas explícitas aseveraciones de la escritura de partición desvirtúan la pretendida demostración contraria que al documento atribuyen los recurrentes, claro es que nunca podría fundarse en este particular la estimación del motivo segundo del recurso, así como tampoco en la supuesta falta de asistencia de los albaceas al inventario y valoración de los bienes, en que también pretenden los recurrentes apoyar dicho motivo en el apartado B) del mismo, puesto que reconociendo aquéllos que los Contadores no necesitan en general la concurrencia de los albaceas para la práctica de la partición, pretenden basar el mencionado vicio que a la misma imputan, en que, cuando el testador así lo ordena, es absolutamente necesaria la asistencia a aquélla de los albaceas; mas como lo que el testador

dijo en la cláusula décimonovena de su testamento que en el apuntamiento consta fué que «concedía *in solidum* a los Contadores partidores que nombraba las más amplias facultades que en derecho procedieran, a fin de que, ocurrido el fallecimiento y asistidos de sus albaceas, inventariasen y avaluasen todos sus bienes», etc., y de las anteriores frases no es posible deducir en buena lógica que el testador impusiera a aquéllos el concurso imprescindible de éstos para realizar dichas operaciones según opinan los recurrentes, pues antes bien, la imprecisa forma de expresión del testador acerca de dicha asistencia revela que sólo puede tomarse en el sentido de que los albaceas facilitasen, favorecieran o prestaran accidental ayuda a los Contadores partidores en el desempeño de su misión, cual lo confirma el que el testador para nada aludió al incumplimiento por los albaceas de aquella obligación que presumen los recurrentes, ni previno su sanción, claro es que la improcedencia del motivo segundo en el aspecto indicado es manifiesta.

Considerando que otros de los vicios que a la partición achacan los recurrentes como tercer puntal en que intentan apoyar la procedencia del motivo segundo del recurso es el de que fué hecha aquella después de transcurrido con exceso, el plazo de un año que fija el artículo 904 del Código civil para el caso de que el testador no hubiere señalado plazo ninguno, como ocurrió con el causante de la sucesión de que se trata, por entender los recurrentes que la inaplicación del artículo 905 del citado Código al caso aquí debatido no era ni siquiera dudosa, pero siendo hechos ciertos; que según consignaron en el supuesto octavo de la partición los Contadores partidores, obtuvieron las dos prórrogas judiciales que expresan para cumplir su cometido, según se reconoce en el recurso; que en el apuntamiento consta la oportuna referencia a ello; que en los autos del pleito traídos para mejor proveer se comprueba que fallecido don I. el 20 de Agosto de 1921, por auto del Juzgado de León de 12 de Junio de 1922 obtuvieron la prórroga de dos años que habían solicitado; que por providencia del mismo Juzgado en 24 de Mayo de 1924 se les concedió otra de un año, y que con fecha 28 de Marzo de 1924, por nadie impugnada, firmaron y suscribieron en León los Contadores partidores el cuaderno particional con las cuentas, liquidación y adjudicación de la herencia que fué protocolizado por escritura pública de 4 de Febrero de 1925 en dicha ciudad, puesto que

al no fijar don I. en el caso de autos un término para el albaceazgo nada pudo expresar en cuanto a su prórroga ni entenderse, por tanto, ampliado por un año, conforme al párrafo primero del artículo 905 del Código civil, el plazo prescrito en el 904, si el párrafo segundo de aquel artículo enseña que aun habiendo existido la prórroga a que se refiere el primero, cuando transcurrida ésta sin haberse cumplido todavía la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra prórroga por el tiempo que fuese necesario, atendidas las circunstancias del caso, lógico ha de ser que cuando no existió tal prórroga y el plazo del artículo 904 del Código civil con que cuentan los albaceas por ministerio de la ley para cumplir su encargo esté próximo a agotarse sin haber podido realizarse, con mayor razón deba otorgarles el Juez, conforme al párrafo segundo del artículo 905 del mismo cuerpo legal la prórroga que soliciten, si se dan las condiciones que este último precepto exige, como en el caso de autos, por tratarse de una cuantiosa testamentaria con bienes existentes en España, y en París, y en Londres, y no haber expresamente prohibido en su testamento el causante de la herencia la prórroga del término establecido por la ley, estimó el Juez de primera instancia de León; y evidenciando lo expuesto que la sentencia recurrida no hizo la indebida aplicación que los recurrentes suponen del repetido artículo 905 del Código civil, claro es que tampoco puede servir de base para la estimación del motivo segundo del recurso la pretendida infracción de dicho precepto que bajo la letra C) alegaron los recurrentes.

Considerando que dentro siempre del motivo segundo del recurso señalan aún los recurrentes con la letra D), en concepto de otro supuesto vicio de nulidad que imputan a la consabida partición, el de que los Contadores partidores adjudicaron puramente a la viuda del causante el usufructo sobre el remanente de la herencia después de cubiertos su cuota viudal y los legados, infringiendo así la cláusula décimocuarta del testamento causante que daba carácter condicional a aquella institución, aun cuando los razonamientos que los partidores expresan en el supuesto décimocuarto de la partición para justificar la innecesaria diferenciación, a su juicio, entre los valores y sus resguardos relativos al usufructo de la cuota viudal y al voluntario, envolvieran una equivocada interpretación de la citada cláusula catorce del testamento, ello no podría producir el

efecto anulatorio de la partición que los recurrentes persiguen en el motivo segundo del recurso, puesto que en la ley de la sucesión que es el testamento del causante no se establece por él tan gravísima sanción ni aun para el caso en que los Contadores partidores culposamente contradijeran la repetida cláusula décimocuarta, no siendo, por lo tanto, posible estimar tampoco en este punto el citado motivo del recurso, y mucho menos cuando por constar transcrita la citada cláusula décimocuarta del testamento en la partición, al inscribir ésta en el Registro de la Propiedad correspondiente quedaría en él de manifiesto aquélla.

Considerando que por referirse el motivo tercero del recurso hallado en el número primero del artículo 1.692 a la rendición de cuentas por los Contadores, restitución de cantidades indebidamente pagadas y recibidas y entrega de títulos y documentos, libros y papeles del causante, con violación de los artículos 907, 1.718, 1.720 y 1.726 del Código civil, adviértese, desde luego, que en tanto podría prosperar el indicado motivo en cuanto estimado el que le antecede se declarase en su consecuencia la nulidad de la partición de que se trata; pero no estimándose el motivo segundo del recurso y subsistiendo la partición, claro es que como en ella formularon sus cuentas los Contadores partidores y realizaron todo lo necesario para dejar cumplido el encargo que del testador recibieron, dando la herencia y adjudicando los bienes según el testamento, con entrega de los respectivos títulos y demás documentos a los partícipes, no ha podido existir en la sentencia combatida la violación de los artículos del Código civil que citan los recurrentes y es improcedente el motivo tercero del recurso.

Sobre albaceazgo y acerca de la imprecisión que reina en materia de la distinción que existe entre los cargos de la ejecución testamentaria, véanse las sentencias de 18 de Mayo de 1933, que declara innecesario el juicio de testamentaria habiendo Contadores; la de 4 de Octubre del mismo año, que establece que la partición constituye el medio más adecuado que el Albacea tiene de dar cuenta del encargo conferido por el testador; la de 30 de Octubre del mismo año, que estima innecesaria la citación para el inventario si todos los herederos son mayores, y la de 10 de Enero de 1934 sobre partición hecha por Comisario (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, págs. 631,

942 y 941, y tomo X, pág. 224). Con relación al plazo de actuación, véase Charrin: «*Término del Albaceazgo*», «*Revista General de Legislación*», tomo LXXXIX, página 431.

Resuelve algunas cuestiones relacionadas con la citación para el inventario, la consulta publicada en «Revista General de Legislación» (tomo CXXXVII, pág. 556), que opina debe ser citado el tutor en nombre de unos menores. La Dirección general de los Registros ha hecho constar en repetidas ocasiones su opinión en materia de citación para el inventario, exigiendo en Resolución de 18 de Agosto de 1909 que la citación se haga en forma «fehaciente» (la fehacienda de las cartas, como no sean enviadas notarialmente, no se nos alcanza), aunque en alguna otra Resolución, como en la de 30 de Abril de 1917, se muestra del todo liberal y le basta la afirmación del Comisario de que «citó para el inventario», sin más, e insiste en este criterio de liberalidad en la de 6 de Marzo de 1923, con motivo de la afirmación, hecha también por un Comisario, de que había citado al defensor judicial.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.