

III. Sentencias del Tribunal Supremo

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL MORATILLA GALÁN y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUJÓN

RECLAMACIÓN POR EL ESTADO DE LOS DEPÓSITOS CONSTITUIDOS EN CAJA DE AHORROS Y ABANDONADOS POR INACCIÓN DE SUS TITULARES DURANTE VEINTE AÑOS: SON PROPIEDAD DEL ESTADO RECLAMANTE. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

Triunfa el recurso de casación.

La excepción o falta de litisconsorcio pasivo necesario no puede ser apreciada de oficio «si no es aducida por la parte contendiente a quien interese». Es reiteradísima la jurisprudencia creadora de esta figura concibiéndola como un presupuesto procesal imprescindible —por tender a evitar la posibilidad de sentencias contradictorias en procedimientos distintos sobre el mismo objeto litigioso y a que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio—, que, exigiendo la presencia en el proceso de cuantos han de venir a él al ser afectados por la resolución que le ponga fin, pone en los Tribunales el cuidado de apreciar de oficio su falta, sin necesidad de ser alegada como excepción, con el efecto inherente a esa apreciación cual es el de la desestimación de la demanda de instancia. Cuando la apreciación —bien o mal hecha, que esto sería otra cuestión— de que no se ha producido la necesaria concurrencia de aquellos potencialmente afectados, estimada independientemente de toda alegación de parte, el ejercicio de tal facultad por el juzgador no lleva a estimar que su resolución ha incidido en incongruencia al modo que lo entiende el recurrente, pues la cuestión así sobrevenida no entra en las disponibilidades procesales de parte y habría de conducir, en definitiva, a la desestimación de la demanda en la medida correspondiente a la aplicación a sus hechos de la norma que para ellos considera procedente en orden a los sujetos del proceso, concluyendo en un pronunciamiento absolutorio que, aunque constreñido por esa circunstancia, sin perjuicio de lo acertado o no de tal decisión cuya revisión no ha sido solicitada. Determinó la sentencia recurrida que por vía de demanda se ejercitaba una acción reivindicatoria que desestimó en aras de una falta de litisconsorcio pasivo necesario que más habría de ser en tal supuesto y por su fundamentación, falta de legitimación

pasiva de la Caja de Ahorros demandada —«nunca lo podrá ser la Caja en cuanto mera depositaria y administradora de los mismos valores, sin los concretos particulares titulares de las cuentas o libretas en que estén depositados», y, a la que en definitiva, se excluye en esos términos de la pretensión actora con olvido de que a esta pretensión se le da origen en disposición legal que se estima atributiva del Estado de todo bien abandonado y señala, en este supuesto en litigio, la inducida obligación consecuyente de quien lo haya recibido en depósito, y sólo en este concepto ha podido tenerlo desde el acto de su constitución, de trasladarlo al titular que surge, precisamente, desde la dejación o desentendimiento de aquél que encomendó su custodia a la Caja demandada quien, como destinataria de la disposición legal que se invoca, debe dar cumplimiento a esta posibilidad de dar entrada en el proceso que suscite su negativa a ese cumplimiento a quienes, en principio y por disposición legal, han abdicado de todo derecho sobre los objetos litigiosos basados en la caducidad de sus titularidades y exigencia de puesta en su definitivo destino legal. El Real Decreto-ley del Ministerio de Hacienda, de 24 de enero de 1928, disponía en su artículo 1.º que «se declaran bienes abandonados por su dueño, y como tales pertenecientes al Estado, los valores o metálico que se hallen constituidos en depósito, tanto voluntario como necesario, en Bancos, Banqueros, Sociedades de crédito y toda clase de entidades privadas que no sean de carácter benéfico» intocados en plazo de veinte años por los interesados en los mismos, y en su artículo 3.º disponía lo mismo respecto a «los saldos de cuentas corrientes abiertas en los establecimientos y entidades» anteriormente indicadas, siendo expresamente derogados estos preceptos por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977. En el intermedio se había promulgado el Real Decreto-ley del Ministerio de Trabajo, de 21 de noviembre de 1929, sobre Régimen de Ahorro Popular, Estatuto Especial para las Cajas Generales de Ahorro Popular, que venía a disponer en este ámbito la misma presunción de abandono que el anterior, pero el último párrafo de su artículo 54 establecía que «el importe de las libretas o cuentas de ahorros que se declaren caducados se aplicará, en su totalidad, a la realización de obras sociales, culturales y benéficas por las propias Cajas». Respecto a este Real Decreto-ley, ni la Ley General Presupuestaria de 1977 ni la de 1988 dispusieron nada su derogación expresa y en las mismas, a diferencia del anterior, pasó en silencio. No obstante este silencio, el artículo 29.2 de dichas Leyes Presupuestarias estableció que «son bienes abandonados por su titular, y, como tales, pertenecientes al Estado, los valores, dinero y demás bienes muebles constituidos en depósito, voluntario o necesario, en toda clase de sociedades de crédito o entidades financieras, respecto de los cuales, y en el plazo de veinte años, no se haya practicado gestión alguna por los interesados que impliquen el ejercicio de su derecho de propiedad. Este mismo régimen es aplicable a los saldos de cuentas corrientes abiertas en los referidos establecimientos o entidades».

CONTRATO DE COMPRAVENTA. CAMBIO DE PONENTE. NO ASISTENCIA DEL LETRADO A LA VISTA DEL RECURSO DE APELACIÓN. INATACABILIDAD DEL HECHO PROBADO. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

No triunfa el recurso de casación.

La doctrina de esta Sala estima que los cambios de Ponente carecen de intensidad casacional suficiente para decretar la nulidad o reposición de las actuaciones practicadas en apelación, mucho más, como en la presente litis, donde en el motivo no se apunta que al efectivo ponente le afectara alguna causa de recusación no descartable. Además, la sustitución del Magistrado Ponente, sin que conste su comunicación a las partes, supone una infracción al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Se olvida, por otro lado, por la parte recurrente con su reiterativa argumentación, que la justicia es rogada y que el proceso y sus circunstancias suponen, en conjunto, cargas procesales, diferenciadas de las propias obligaciones en que no constriñen una determinada conducta, pero sí despliegan consecuencias desfavorables en caso de no cumplirse. Así ocurre con el tema de las alegaciones de la prueba, etc., y no sólo en el ámbito del proceso, sino de sus instancias o recursos. Por otra parte, el recurso de apelación es un recurso devolutivo utilizado contra sentencias definitivas con la finalidad de su sustitución por entender la parte recurrente un error en el juicio. La doctrina ha entendido que se trata de un recurso regido por el principio dispositivo y que además exige la existencia de un gravamen, y tiene una normativa procesal. Exige, en la menor cuantía, un informe oral, y éste puede ser reemplazado por los correspondientes escritos de alegaciones. Por tanto, si para asuntos de menor trascendencia cuantitativa y cualitativamente, se exige la exposición de alegaciones, habida cuenta de la inexistencia de vista, necesariamente cuando no se señalen tales alegaciones fundamentadoras de la impugnación, porque existe un posterior trámite de vista en el órgano *ad que*, es allí donde éstas tienen que producirse, otra solución conduciría a la eliminación de los principios de aportación de parte y justicia rogada y permitiría a cualquier Letrado deferir su responsabilidad impugnativa a la Sala decisoria del recurso con tan sólo no asistir al acto de la vista, descargando en el Tribunal, órgano imparcial, buscar las razones por las que la sentencia debe ser revocada, pese a la abstención de la apelante. En modo alguno incurre la sentencia *a quo* en el vicio procesal de incongruencia omisiva en el que se expresa que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito. No hay incongruencia, al no haberse suscitado cuestiones nuevas, no alegadas en la primera instancia, y no puede estimarse incongruente al conceder menos de lo pedido. Tampoco vulnera la sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva, que de existir estaría provocado por la conducta de la propia defensa técnica de la parte recurrente, pues el derecho a la tutela judicial efectiva *es un derecho de prestación, un derecho de configuración legal*, lo que implica que las partes que intervienen en el proceso no pueden desentenderse de su ordenación legal, estando obligadas a cumplir con diligencia los deberes procesales que pesan sobre ellos, y no cabe oponer el artículo 24.1 de la Constitución Española a aquellas medidas que, suponiendo un cierto gravamen, no impiden el acceso al proceso y guardan proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables. Y finalmente decir que existe precio y así consta en el hecho probado y no está autorizado a la parte impugnante en casación hacer supuesto de la cuestión.

LOS INTERESES MORATORIOS EN DEUDA QUE SOLO SE LIQUIDA EN SENTENCIA, NO SE PRODUCEN MAS QUE DESDE LA FECHA DE ESTA.

LOS INTERESES DEL ARTICULO 921 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SE DEBEN POR MINISTERIO DE LA LEY, AUNQUE NO SE SOLICITEN Y NO SE CONSIGUEN EN SENTENCIA SI ESTA NO LOS EXCLUYE EN BASE DE RAZONES EXPRESAS. NO CABE CONFUNDIR VALIDEZ DEL DOCUMENTO PRIVADO CON SU FUERZA PROBATORIA. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Vázquez Sandes.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Liquidez de la deuda reclamada a medio de demanda para determinar, desde esa condición, el momento a partir del cual, por causa de demora en el cumplimiento de la obligación de la que aquélla surge, han de tenerse por producidos y pagarse los intereses convenidos a tal evento de retraso.

Doctrina de la Sentencia.—Establecido en el citado artículo 1.100 del Código Civil, el requisito de la exigibilidad de cumplimiento de la obligación que se tenga contraída para que pueda surgir la adicional de intereses reparatorios, la generalidad del precepto encuentra su condicionante —el desconocimiento de lo que sea debido difícilmente pueda revelar una voluntad renuente al pago— en el artículo 1.108 del propio Código Civil cuando la deuda consista «en una cantidad de dinero», cuyo impago no admite explicaciones dilatorias, sin posibilidad de extender su presupuesto a aquellas otras situaciones en las que la deuda está por cuantificar al pender su determinación de lo que se decida definitivamente en el juicio promovido para la reclamación de su valor o suma, como han establecido numerosas sentencias como premisa para que se produzca aquel débito, que la sentencia condene a pagar la cantidad reclamada, ya que si se redujo en ella la suma solicitada, la deuda no es líquida hasta la fecha de la sentencia firme. También se denuncia la inaplicación de la doctrina jurisprudencial relativa al principio de *in iliquidis non fit mora*. Además, los intereses que establece el artículo 921 de la Ley Procesal constituyen obligación de pago, impuesta por imperio de la Ley al condenado en sentencia firme al abono de cantidad líquida, sin necesidad de reclamación específica ni de que hayan sido fijados al fijar el principio sobre el que deban calcularse.

DETERMINACIÓN DE LA FIGURA DEL CONTRATO: SU INTERPRETACIÓN. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2000.).

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No prospera el recurso de casación.

La premisa de la presente litis establece de manera reiterada y constante que la interpretación de los contratos pertenece a la soberanía de la instancia, cuyo resultado ha de permanecer incólume en casación mientras no se demuestre que es ilógico o contrario a las normas legales, lo que, en su caso, hay que probar cumplidamente, sin que baste a tal fin exponer la opinión de la parte interesada como más correcta que la de la instancia.

NO HAY INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

El recurso de casación no prospera.

Base fáctica.—El vendedor no cumple con la obligación de entrega porque el producto, puesto a disposición del comprador, no reúne las características pactadas.

Doctrina de la Sentencia.—Se hace supuesto de la cuestión, pues se mantiene que la cosa comprada y puesta a disposición no es la pactada, de tal manera que el incumplimiento proviene de la parte vendedora. Estas razones son las que condujeron al impago de la parte de precio no satisfecho, criterio este que, desde luego, contradice la declaración de hechos probados que establece el cumplimiento de la obligación de entrega por el vendedor.

ISABEL MORATILLA GALÁN

SEGUROS DE ROBO. SUSTRACCIÓN DE VEHÍCULO ASEGURADO EN EL EXTRANJERO. ÁMBITO TERRITORIAL DEL SEGURO. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2002.)

Ha de partirse de que en la solicitud del seguro, entre otras coberturas, se incluyó la del robo del automóvil, pero no se interesó la ampliación al evento que pudiera ocurrir en el extranjero, y en la póliza concertada efectivamente se incluyó el robo con especificación de las Condiciones Generales aplicables (arts. 52 a 57). No se contrató expresamente ampliación para el caso de que el siniestro pudiera tener lugar fuera del territorio nacional, lo que debió de hacerse constar específicamente y supondría lógicamente un aumento en el importe de la prima, por lo que, de conformidad a los artículos 1 y 50 de la Ley de Contrato de Seguro, la entidad aseguradora queda obligada a indemnizar los daños derivados de la sustracción ilegítima, sólo dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato, es decir, cuando el riesgo ha sido objeto de cobertura, lo que aquí no sucede.

Los referidos artículos 52 y 57 que se reflejan en la póliza están incluidos en las Condiciones Generales bajo el título «Modalidad Tercera», que hace aplicable el párrafo segundo del artículo 22 de dichas Condiciones y resulta delimitador del ámbito territorial cubierto por la póliza, ya que de manera bien clara se establece que cuando el asegurado desea extender la cobertura de robo fuera del territorio nacional, es preciso que lo contrate con la aseguradora, es decir, resulta una modalidad ampliada que exige la voluntad del interesado de que se incluya debidamente en el contrato, lo que la recurrente no llevó a cabo, y de manera expresa aceptó al firmar la póliza las condiciones y cláusulas adjuntas que el documento destaca, haciéndose constar que el «tomador declara conocer y acepta», por lo que tienen valor normativo, de conformidad al artículo 3 de la Ley del Seguro, al estar incorporadas al contrato, sin dejar de lado que no se trata de un particular, sino de una entidad mercantil que había suscrito otros seguros con la demandada, con la cobertura o sustracción en país extranjero.

No se trata de propia cláusula limitativa del riesgo, impuesta por la compañía. Resulta cobertura no contratada por decisión del propio asegurado y por ello no susceptible de aminoración o limitación al ser cobertura inexistente, por no figurar incluida en el contrato y sí más bien de cláusula delimitadora que define la cobertura en su extensión territorial, y así el artículo 53 de las Condiciones Generales establece limitaciones al contemplar el alcance de las indemnizaciones, y el 54 los supuestos de exclusión de garantías.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: MODALIDADES: FORMAL O ABSTRACTO Y CAUSAL O CONSTITUTIVO CON EXPRESIÓN DE CAUSA; APLICACIÓN DEL ARTICULO 1.277 DEL CÓDIGO CIVIL SOLO AL PRIMERO. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2002.)

En nuestro Derecho, todo reconocimiento de deuda ha de ser causal, en el sentido de que ha de tener causa porque, como regla general, no se admite el negocio abstracto, pero puede ocurrir que la causa no está indicada o lo esté solamente de forma genérica; o bien que se halle plenamente expresada, en cuyo caso resulta perfectamente conocida la fuente u origen de la obligación y la función negocial a que responde. En la primera hipótesis, a la que se le suele denominar reconocimiento de deuda abstracto o formal, es de aplicación el artículo 1.277 del Código Civil, con arreglo al que se presume que la causa existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, y la doctrina jurisprudencial consistente en que, en virtud de una abstracción procesal, se dispensa de probar al titular del derecho de crédito objeto de reconocimiento y se hace recaer el *onus probandi* sobre el obligado. En la técnica procesal se razona que se produce una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba como consecuencia de la presunción legal (de naturaleza *iuris tantum*), aunque un sector doctrinal prefiere hablar de regla especial de prueba por no concurrir en la construcción legal todos los elementos estructurales que configuran la presunción. En el segundo caso, cuando la causa se halla plenamente expresada (lo que es independiente de si es o no verdadera —real—), y en el que se alude al reconocimiento de deuda como causal, no es de aplicación el artículo 1.277 del Código Civil porque la presunción o regla que éste contiene resulta innecesaria. En tal sentido se orienta la Jurisprudencia (entre otras, sentencias de 24 de octubre de 1994, 13 de febrero de 1998 y 27 de noviembre de 1999), sin que nada digan en otro sentido las sentencias citadas en el motivo, porque la de 24 de octubre de 1994 trata de un supuesto de reconocimiento constitutivo con expresión de causa, con independencia de que aluda a las dos clases de reconocimiento de deuda, la de 4 de marzo de 1994 se refiere a la doctrina del artículo 1.277, pero en una perspectiva de incertidumbre causal, y la de 21 de julio de 1994 versa claramente sobre un caso de reconocimiento formal o abstracto.

En el supuesto de autos resulta evidente que no nos hallamos ante un reconocimiento de deuda abstracto porque claramente se expresa la causa, al referirse a la liquidación del precio de la parte de obra ejecutada —que se entrega—, en virtud de un contrato de ejecución de obra que se rescinde (*rectius*, resuelve) por mutuo disenso. Por lo que nos hallemos ante un reconocimiento de deuda causal o constitutivo, o ante una estipulación contractual de fijación jurídica en la que se liquidan las consecuencias de una previa

relación jurídica que se extingue, y especialmente el precio, lo cierto es que resulta inaplicable el artículo 1.277 del Código Civil.

LA SUSTITUCIÓN PROCESAL DEL ARTICULO 43 DE LA LEY DEL SEGURO.
(SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2002.)

a) Con fecha 20 de septiembre de 1996, BANCO VITALICIO DE ESPAÑA, subrogándose en los derechos y acciones de GENERAL DE TUNIDOS, S. A. (GETUSA) y CANTÁBRICA DE TUNIDOS, S. A. (CANATUN), se persona en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el juicio declarativo de menor cuantía tramitado con el número 257/92 de los del Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Vilagarcía de Arousa, personamiento que tenía como contenido hacer valer el derecho de la parte recurrente, toda vez que Banco Vitalicio de España, como entidad aseguradora, satisfizo a General de Tunidos, S. A. (GETUSA) y Cantábrica de Tunidos, S. A. (CANATUN) los daños de la reclamación que eran objeto del procedimiento.

b) La Audiencia Provincial de Pontevedra dicta Auto de fecha 22 de octubre de 1996, inadmitiendo el personamiento de dicho Banco Vitalicio de España, por lo que éste formalmente entabló Recurso de Súplica.

c) La Sala dicta auto de fecha 25 de noviembre de 1996, desestimatorio del recurso de súplica, que es el que se recurre actualmente.

Pues bien, efectivamente el artículo 9-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de la sustitución procesal en un determinado litigio, pero además esa posibilidad de sustitución pueda actuar *ope legis* como es la que regula el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro.

Pero sin embargo es preciso para la consecuencia de esos fines de actuación procesal, que se justifique plenamente la posición de la entidad aseguradora —que trata de sustituir— con los asegurados —los pretendidamente sustituidos—, y esa justificación aparece plenamente comprobada en los dos finiquitos que aparecen documentados en los folios 4 y 5 del rollo de la Sala, en los cuales aparecen plenamente especificados el objeto y los intervinientes, así como el número de la póliza.

Pero, aún es más, la subrogación o sustitución procesal por indicación legal no surte sus efectos *ipso facto*, es preciso que previamente la transmisión que se pretende sea alegada ante el órgano jurisdiccional y que se oiga a la contraparte, y a través de esta mecánica se otorgue o no el permiso para tal sucesión procesal. Y en este aspecto no ha sido correcta la posición del Tribunal *a quo* cuando ha basado su negativa en la falta de prueba de los requisitos necesarios para que entre en juego la sustitución procesal que ampara el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro.

COMPRAVENTA. DE CUERPO CIERTO: COSA CIERTA NO INCLUYE CONSTRUCCIONES QUE NO APARECEN MENCIONADAS DENTRO DE LA DELIMITACIÓN DESCRITA. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2002.)

La obligación de entregar lo vendido, conforme a los términos y condiciones de los respectivos contratos, es consecuencia de su perfección (arts. 1.258 y 1.254 del Código Civil), y el contrato de compraventa se produce, según el

artículo 1.445 del Código Civil, cuando uno de los contratantes se obligue a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto (sentencia de 18 de febrero de 1988).

Y producida la torna de posesión de la finca vendida, el recurrente pretende la inclusión de nave y patio para ganado que la vendedora niega haber comprendido y transmitido en el contrato de común aceptado. Cosa determinada no es sinónimo de cosa individualmente concretada, sino que el requisito de determinación del artículo 1.445 del Código Civil ha de ser entendido en el sentido del artículo 1.273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida por las partes en el propio contrato, siendo suficiente, a los efectos del artículo 1.273 y, por tanto, de 1.445 del Código Civil, que a la hora de la perfección del convenio estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos (sentencia de 9 de enero de 1995).

REPRESENTACIÓN: DE PERSONA JURÍDICA; REPRESENTACIÓN ORGÁNICA Y REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA, RÉGIMEN JURÍDICO RESPECTIVO. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2002.)

Como quiera que la tesis latente en todo el recurso consiste en que al cesar el poderdante en su cargo de administrador único de la sociedad anónima se habrían extinguido todas las facultades del apoderado, configurándose por tanto a éste como un delegado o «subapoderado» del verdadero apoderado general de la sociedad que sería exclusivamente su administrador único, bueno será puntualizar, ya de entrada, que la jurisprudencia de esta Sala, recogida tanto en las sentencias que atinadamente cita la resolución impugnada como en otras posteriores a su fecha, distingue nítidamente entre la representación orgánica que por imperio de la ley corresponde al administrador o administradores de la sociedad y la representación voluntaria otorgada a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos parciales o generales.

Consecuencia de dicha distinción es que mientras la representación orgánica se rige por la normativa correspondiente al tipo de sociedad de que se trate, la representación voluntaria para actos externos, admitida tanto por el artículo 77 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 como por el artículo 141.1 del Texto Refundido de 1989, se rige por las normas del Código Civil sobre el mandato y por los artículos 281 y siguientes del Código de Comercio sobre el mandato mercantil. Y consecuencia de esto último, a su vez, es que subsisten las facultades del apoderado, pese a los cambios personales en el órgano de administración, mientras éste no revoque el poder válidamente otorgado en su día (SSTS de 19-2-97 en recurso 204/93, 19-1-00 en recurso 1220/95, 30-7-01 en recurso 1958/96 y 3-12-01 en recurso 2406/96).

ACCIÓN REIVINDICATORIA CONTRA EL AYUNTAMIENTO: COMPETENCIA CIVIL, PORQUE LOS ACTORES NADA TUVIERON QUE VER CON LA

CONSTRUCCIÓN DE LOS DUPLEX Y LA CESIÓN DE TERRENOS AL AYUNTAMIENTO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2002.)

Es de señalar que la demanda tenía por objeto el ejercicio de una acción reivindicatoria, en base a que el Ayuntamiento, por vía de hecho, sin actuación administrativa alguna, y sin ningún tipo de indemnización, ocupó unos terrenos de 204,63 metros cuadrados de superficie, ubicados, 58 metros cuadrados en la calle el Greco de Sangonera de la Seca, Murcia, y 75,73 metros cuadrados y 71,78 metros cuadrados correspondientes a dos jardines situados en la parte lateral de dos dúplex contruidos en la citada calle y frente a la carretera Cádiz-Barcelona (N-430), terrenos todos ellos que forman parte de la finca registral, número 28.709 del Registro de la Propiedad número 6 de Murcia, de propiedad de los demandantes.

El Ayuntamiento de Murcia en el recurso de casación alega que se ha producido exceso en el ejercicio de la jurisdicción, pues el asunto corresponde a la contencioso-administrativa. Para ello basa su argumentación en que para la autorización a la construcción a doña Ana de los dos bloques de dúplex, le impusieron la obligatoria cesión de terrenos para viales y zona ajardinada; ahora bien, en el pleito no es parte doña Ana, que es la que asumió la obligación de ceder al Ayuntamiento las superficies referidas, y la acción que se ejercita en el procedimiento del que dimana el presente recurso no se refiere al acto de cesión de bienes al Ayuntamiento, sino que versa sobre la reivindicación de unos bienes al amparo del artículo 348 del Código Civil, que la parte actora entiende están comprendidas dentro de la finca de las que son titulares, con independencia de la obligación asumida por un tercero en la que la parte demandada funde su derecho, por lo que no implica violación alguna del artículo 303 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto-ley 1/92, porque la cuestión ha surgido entre los litigantes con total independencia de cualquier acto administrativo referente a la cesión de terrenos al Ayuntamiento para obtener licencia para edificar en la superficie restante, en cuanto que por parte de los actores no ha existido acuerdo o convenio alguno al que la parte demandada se refiere, y por consiguiente son completamente ajenos a cualquier actuación administrativa y ejercitan la acción reivindicatoria como titulares registrales de la finca 28.709 del Registro de la Propiedad número 6 de Murcia, y las cesiones afectan a la finca número 17610 del mismo Registro de la que es titular tercera persona ajena, a la cuestión planteada entre los litigantes, por lo que es forzoso concluir que la jurisdicción competente para conocer de la cuestión objeto de la litis es la civil, habiéndose de desestimar el motivo.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ABONO DE MEJORAS.—PROCEDE EL ABONO DE MEJORAS, PUDIENDO OPTAR EL PROPIETARIO POR SATISFACER EL MAYOR VALOR QUE REALMENTE HAYA ADQUIRIDO LA FINCA, MERCED A LAS MEJORAS REALIZADAS, EL CUAL PUEDE SER INFERIOR AL COSTO DE LOS TRABAJOS EJECUTADOS. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2001.)

El juzgado número 3 de Chiclana estimó parcialmente la demanda y la Audiencia estimó parcialmente la apelación.

No se admite la casación. En el contrato de 1978 se estableció que, en caso de que la propiedad reclamara la finca a la terminación del contrato, no tiene el arrendatario opción a la prórroga, debiendo indemnizarle la propiedad en 2.500 pesetas por fanega desmontada. La arrendadora procedió a instar la resolución del contrato por expiración del plazo pactado, sin que el arrendatario hubiese notificado su derecho a ejercitar la prórroga como imponía la normativa anterior a la que se hallaba sometido el contrato en lo relativo a su duración, según la Disposición Transitoria 1.^a-1 de la Ley de 1980, lo que fue acogido en 1.^a Instancia y confirmado en apelación. La reclamación de mejoras hechas por el arrendatario se dejó a salvo para ejercitar el procedimiento que corresponda, que es lo que se hace en este juicio, estableciendo el Juzgado el abono de mejoras, pudiendo optar la demandada por satisfacer el mayor valor experimentado por el predio a causa de las mejoras y no se dio opción al arrendatario para continuar en el arrendamiento hasta el pago de lo adeudado por la arrendadora. El recurso se funda en el enriquecimiento injusto del arrendatario por pretender obtener una cantidad por mejoras injustificadas a juicio del recurrente, ya que excede de las rentas satisfechas por el arrendatario. Pero estas cantidades son inferiores a las que, después del contrato estableció la Ley de 1980 en su artículo 60 y siguientes, es decir, que el pacto citado restringió los derechos reconocidos al arrendatario por la ley de 1980, a la cual queda sometido el contrato que habían celebrado los litigantes, pese a ser de fecha anterior, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1.^a de la norma citada. La cláusula significó, con la vigencia de la Ley de 1980, un perjuicio para el arrendatario que, conforme al artículo 9 de la Ley, ha de ser calificada como nula y debe tenerse por no puesta. La arrendadora puede optar por satisfacer el mayor valor que realmente haya adquirido la finca, merced a las mejoras realizadas, el cual puede ser inferior al coste de los trabajos ejecutados.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ES NECESARIA LA DEDICACIÓN EXCLUSIVA DEL ARRENDATARIO A LAS LABORES AGRÍCOLAS PARA TENER LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL, NO BASTANDO LA DEDICACIÓN PREFERENTE CUANDO LA COMPATIBILICE CON OTROS TRABAJOS. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Baracaldo estimó la demanda pero revocó la Audiencia.

No procede la casación. La Audiencia llegó a la conclusión de que, al no haberse acreditado la realidad de una explotación, no cabía aplicar los preceptos de la Ley de Arrendamientos, relativos al acceso a la propiedad. No se ha demostrado que se disponga de un conjunto de elementos destinados a una industria ganadera ni que haya llegado a obtener algún beneficio o rendimiento económico. Tampoco reúne el actor la cualidad de cultivador personal, sino la de trabajador por cuenta ajena que obtiene la totalidad de sus ingresos por trabajo personal y que únicamente dedica los ratos libres así como los días festivos al cuidado de las fincas arrendadas. La doctrina de esta Sala exige, como nota esencial al concepto de cultivador personal, la dedicación exclusiva del mismo a su actividad como arrendatario rústico, no admitiéndose la simple dedicación preferente que, para ser profesional de la agricultura, considera suficiente el artículo 15 de dicha norma. Para ser cultivador personal se requiere, so pena de desnaturalizar totalmente el concepto que el colono realice por sí mismo, de forma directa, todos los trabajos del caserío.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR TRAÍA CAUSA DE SU SUEGRO, DEDUCIDA DE LOS ACTOS PROPIOS DE LAS PARTES LA REALIDAD DEL ARRENDAMIENTO, AUNQUE NO HAY DOCUMENTOS ESCRITOS, CONTINUANDO EL CONTRATO SUBSISTENTE AL PRESENTARSE LA DEMANDA DE ESTE LITIGIO. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado de Balmaseda rechazó la demanda y la Audiencia revocó parcialmente, admitiendo el derecho de acceso a la propiedad.

No se admite la casación. El actor, según el recurrente, no es cónyuge ni descendiente del arrendatario primitivo —era su suegro—, pero hay que tener en cuenta que el Juez resolvió positivamente que el actor traía causa de su suegro. La subrogación en el arrendamiento se produjo el año 1966 y se regía por el Reglamento de 1959, declarando la sentencia de instancia la existencia de un contrato de arrendamiento de finca rústica, del que el demandante es arrendatario, pues aunque no haya documento escrito que lo recoja, se han dado actos propios de los que se deduce su realidad tanto extraprocesal como procesal contra los que los litigantes pasivos no pueden ir, ya que le habían reconocido el carácter de arrendatario en un pleito anterior. En consecuencia, lo único que cabía plantear es si el arrendatario continuaba siéndolo, al presentarse la demanda de este litigio, y en la sentencia ha establecido la subsistencia del arrendamiento en ese momento.

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—LA COMPETENCIA ES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA, POR SER LA MATERIA OBJETO DEL DERECHO ESPECIAL DE LA AUTONOMÍA VALENCIANA: LEY DE 15 DE DICIEMBRE DE 1986, DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS HISTÓRICOS VALENCIANOS. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado número 13 de Valencia estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

No procede la casación, remitiéndose la competencia al Tribunal Superior de Justicia de Valencia. Lo que se discute es si el arrendatario demandado tiene el 50 por 100 del plus valor de la enajenación del suelo urbanizable por cesar en el cultivo de la finca a causa del cambio de calificación del suelo conforme al artículo 5.2 de la Ley de 15 de diciembre de 1986, de Arrendamientos Históricos Valencianos, según falló la sentencia recurrida o, por el contrario, como dice el recurrente, carece de todo derecho por haberse instado el reconocimiento del arrendamiento como histórico después de extinguido el contrato, conforme a la Ley de Arrendamientos de 1980. No se discute que, conforme declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de septiembre de 1992, la citada Ley autonómica constituye Derecho Civil especial de la Comunidad Valenciana, de aplicación preferente al Derecho estatal, conforme al artículo 27 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad y ajustado a los términos del artículo 149 de la Constitución. Es importante la doctrina sentada, entre otros, por el Auto de 14 de marzo de 2000, que declaró la competencia del Tribunal de la Autonomía en las materias reguladas por el Derecho Civil especial o foral, propio de la Autonomía. La interpretación ha de hacerse de acuerdo con la Constitución, pero sin que esta exigencia pueda derivar hacia esta Sala la competencia para conocer del recurso de casación fundada en la infracción de Derecho Civil, cuyas posibilidades de modificación o desarrollo reconoce el artículo 149 de la Constitución y traen consigo la posibilidad de normas de Derecho Transitorio que, si se limitan a regular la vigencia de una u otra forma de Derecho Foral, serán también Derecho Civil Foral.

SUBROGACION.—SEADMITE LA SUBROGACION, PERO LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS HISTÓRICOS DE 1992, VIGENTE AL INTERPONERSE LA DEMANDA DE ACCESO A LA PROPIEDAD, EXIGE LA DETERMINACIÓN DE LA FECHA DEL CONTRATO, LO QUE NO OCURRE EN ESTE CASO. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2001.)

El Juzgado número 1 de Loja desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial declarando resuelto el arrendamiento.

Triunfa en parte la casación. La Audiencia considera que en el subrogado se da la condición de profesional de la agricultura, pero no la de cultivador personal, por lo que se pudo subrogar en la posición de arrendatario rústico. Pero el artículo 73 exige la calidad de cultivador personal «en su caso», lo que da idea de que puede reunirse por el subrogado o no, dependiendo de que el arrendatario subrogante, sea o no cultivador personal. Entonces, en caso afirmativo, ha de poseerlo porque así el subrogado tendrá el mismo carácter según el texto del citado precepto que el arrendatario subrogante. La Audiencia no declaró que el padre fuese cultivador personal, por lo que a su hijo no se le debe exigir más que la condición de profesional de la agricultura. Sin embargo no puede admitirse el recurso en cuanto al acceso a la propiedad, porque la demanda se interpuso el 4 de noviembre de 1992, cuando ya regía la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos de 10 de febrero de 1992, cuyo ámbito de aplicación exige inexorablemente la determinación de la fecha del contrato para que pueda o no calificarse como arrendamiento rústico histórico. En el recurso no figura denunciado ningún precepto valorativo de la prueba ni de la interpretación de los contratos, por lo que ha de quedar incólume aquella declaración de la Audiencia sobre la indeterminación de la fecha inicial

del contrato, lo que hace imposible su calificación de acuerdo con el artículo 1 de la citada Ley de 1992.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—**LA ARRENDATARIA ASUMIÓ EL RIESGO DE QUE LA AUTORIZACIÓN PARA LA APERTURA DEL NEGOCIO NO LE FUERA CONCEDIDO, POR LO QUE NO PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS SOLICITADA.** (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Ciudad Real desestimó la reconvencción y, estimando en parte la demanda y declarando resuelto el contrato, estimando la Audiencia en parte la apelación, manteniendo la resolución y rechazando la indemnización de daños y perjuicios.

No se admite la casación. El arrendamiento era de unas parcelas para destinarlas a discoteca-bar y parking al servicio de la misma. Solicitada la licencia municipal de apertura del negocio le fue denegada, a pesar de que otro de naturaleza similar había venido siendo explotado en los años anteriores en la misma finca. La arrendataria formuló demanda pidiendo la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, lo que fue admitido por el Juzgado, aunque la Audiencia mantuvo la declaración de resolución, dejando sin efecto la indemnización de daños y perjuicios. De la prueba practicada se deduce que en las parcelas arrendadas estuvieron instalados antes negocios de discoteca-bar. En el contrato se dice que en una de las parcelas se asienta «el que fuera» negocio de discoteca-bar y, en otras cláusulas, que la arrendataria ha de obtener los permisos, licencias y autorizaciones necesarias. Es decir, que la arrendataria asumió el riesgo de que las nuevas autorizaciones no llegaran a serle autorizadas y que, por ello, dicha explotación no pudiera desarrollarse. La denegación de licencia es una imposibilidad sobrevenida no achacable al arrendador, pues la explotación había sido autorizada en años anteriores. No existe dato alguno que indique que el demandado actuara a sabiendas de que las parcelas no se podían destinar a la explotación del negocio.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—**PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN, PERO PARA FIJARLA HA DE TENERSE EN CUENTA SI LA FINCA HA SIDO NUEVAMENTE ARRENDADA, YA QUE, EN CASO AFIRMATIVO, HABRÍA UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DEL ARRENDADOR.** (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Catarroja estimó la demanda y la Audiencia estimó parcialmente la apelación.

Se rechaza la casación. La demanda pretendía la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la resolución unilateral y anticipada del arrendamiento de cuatro naves propiedad de la actora, y modificó la Audiencia en cuanto a la cantidad a abonar. No puede admitirse que el plazo haya sido fijado a favor del arrendatario sino que, según el artículo 1.127 del Código Civil, ha de presumirse establecido en beneficio de acreedor y deudor, ya que el

plazo de cuatro años asegura a la entidad propietaria la percepción de rentas cuantiosas, siendo diferente lo relativo a prórrogas previstas que favorecen a la arrendataria. Ha de entenderse que los recurrentes no podían desistir anticipadamente del cumplimiento de los compromisos contraídos, sin soportar las consecuencias legales inherentes a la inobservancia de lo pactado. Las sentencias de 18 de junio de 1993 y la de 25 de enero de 1996 limitan la indemnización al permanecer las fincas sin ser nuevamente arrendadas, ya que, en otro caso, habría enriquecimiento injusto. Arguye el recurrente que la indemnización fijada por el artículo 56 LAU es de tipo legal e imperativo, siendo irrelevante que posteriormente el arrendador haya logrado concertar nuevos arrendamientos, pero esto no es así ya que, como vimos antes, se produciría un enriquecimiento injusto para el arrendador, si se reconoce el derecho a la percepción de la totalidad de las rentas correspondientes al período incumplido del contrato anterior, resuelto por el arrendador. Si se arrienda la finca, el perjuicio desaparece o se reduce, circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para fijar la indemnización que establece el precepto.

NULIDAD DE TRASPASO.—AUNQUE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA NO MENCIONA A LA ARRENDATARIA SINO A LOS DUEÑOS, LA REVERSIÓN AFECTA TAMBIÉN A LOS ARRENDATARIOS QUE NO DEBEN SER DE PEOR CONDICIÓN QUE AQUELLOS. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado número 5 de Barcelona desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. El Ayuntamiento de Barcelona formalizó el expediente de expropiación forzosa, por lo que el debate está en si se debe considerar extinguido el arriendo y por ello el arrendatario no disponía de derecho para poder traspasar a tercero. Pero sucede que la expropiación no llegó a ser definitiva, tramitándose el correspondiente expediente de reversión por medio del cual el Ayuntamiento transmitió al demandante el pleno dominio de las fincas objeto de la expropiación. Aunque la Ley especial no menciona a los arrendatarios sino a los dueños en su artículo 54, no obstante los artículos 64 y 65 del Reglamento citan tanto los bienes como los derechos expropiados, por lo que los derechos de los arrendatarios no pueden ser de peor condición, ya que si se extinguen con los del propietario, cuando éste recupera los suyos, la reversión debe proyectarse igualmente sobre aquéllos. Se trata de una expropiación que resultó truncada e incompleta, pues el arrendatario no había percibido indemnización alguna que hubiera exigido expediente incidental y no se produjo ocupación efectiva material por el ente municipal. La misma conducta del Ayuntamiento de Barcelona corrobora lo anterior pues, hecha la notificación de la intención de traspasar, no se hizo oposición a lo pretendido, dando vía libre al traspaso. En la escritura de reversión se hace constar que «esta transmisión lo es en concepto de libre de cargas y en la misma situación arrendaticia en que se hallaba el inmueble al tiempo en que fue objeto de expropiación», es decir, ocupada por diversos arrendatarios.

TRASPASO.—NO CABE MANTENER LOS DERECHOS DE TRASPASO SOBRE UN ARRENDAMIENTO EXTINGUIDO POR SENTENCIA FIRME. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado de Sigüenza desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. La cuestión que se plantea es si la perfección del contrato de compraventa provoca la adquisición de la titularidad del derecho de traspaso o ésta se produce con la consumación de aquel contrato. Por impago de las cuotas de la Seguridad Social se dictó embargo de los derechos de traspaso de los locales que constituyen un restaurante; en 25 de noviembre de 1992 se produce la venta de los derechos de traspaso a la entidad demandante y, poco después, el Juzgado dictó sentencia declarando resueltos los contratos de arrendamiento sobre los locales de negocio entre los hermanos demandados, y en 25 de enero de 1993 se dictó providencia por el recaudador ejecutivo de la Unidad de Guadalajara, declarando definitiva la venta anterior por haber transcurrido el plazo que determina la LAU para hacer uso los arrendadores de sus derechos de tanteo. La adquisición del derecho de traspaso no se produce con la perfección del contrato de compraventa sino con la consumación del mismo, que se produjo el día 25 de enero de 1993. Así lo dice el artículo 33.1 LAU, que señala que la aprobación del remate o adjudicación quedará en suspenso hasta que termine el plazo señalado para el tanteo, que es de treinta días. Antes del transcurso del plazo de treinta días, se dictó sentencia declarando resueltos los contratos de arrendamiento sobre los locales, sin que quepa mantener los derechos de traspaso sobre unos arrendamientos, extinguidos por sentencia firme.

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—NO SE CUMPLIÓ EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA DE DECLARACIÓN DE NECESIDAD POR EL MINISTERIO, QUE EXIGE PARA LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO EL ARTICULO 76 LAU. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2001.)

El Juzgado número 4 de San Sebastián estimó la demanda y declaró resueltos los contratos de arrendamiento y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. Dispone el artículo 76 LAU que, para que las Corporaciones de Derecho Público gocen del beneficio de exención de prueba, será requisito indispensable que tenga reconocido tal carácter por Ley y además que la declaración de necesidad se haga por el Ministerio correspondiente; deberá entenderse hecha la declaración de necesidad cuando el acto administrativo haya adquirido firmeza, bien por haber sido causado por el arrendatario a quien fue notificado o porque haya finalizado la vía contencioso-administrativa, declarando bien hecha la declaración de necesidad. En los litigios de que trae causa este recurso está acreditado que en el momento de hacerse el requerimiento notarial de desalojo, así como al iniciarse los respectivos procedimientos, la resolución administrativa no era firme. No se cumplió, por tanto, el requisito de la existencia de declaración de necesidad por el Ministerio que exige el citado artículo 76, habiendo infringido la sentencia recurrida el precepto indicado.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE NOVACIÓN SUBJETIVA EN EL CONTRATO, YA QUE NO EXISTE CAMBIO DE ARRENDATARIO POR TRATARSE DE UNA SOCIEDAD PERSONALISTA, HABIENDO UNO DE LOS SOCIOS ADQUIRIDO LAS PARTICIPACIONES SOCIALES QUE TENÍAN SUS HERMANOS. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2001.)

El Juzgado número 2 de Almansa estimó parcialmente la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. El recurrente alega que se produjo novación subjetiva en el contrato arrendaticio, al que incorporaron un derecho de opción que resultó válido, y la sentencia no atendió la pretensión en cuanto a la opción, decidiendo solamente la resolución de la relación arrendataria establecida. En escritura de 23 de octubre de 2001 cedieron los actores a sus hermanos, las participaciones de aquellos en una sociedad mercantil, pero el arrendamiento no se hizo para la sociedad sino a favor de la recurrente. Pero los hechos demuestran que no hay novación, ya que no hay pacto que autorice el cambio de arrendatario, resultando inoperante que los recibos estén a favor de la sociedad como que ésta se identifique con la recurrente, ya que se trata de sociedad personalista por la adquisición de participaciones sociales que tenían sus hermanos. No procede la tácita reconducción del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, ya que se presenta como cuestión nueva, no admisible en casación.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.—EL EJERCICIO DEL INTERDICTO PARA PARALIZAR LAS OBRAS REALIZADAS SIN AUTORIZACIÓN DEL PROPIETARIO, NO SUPONE ABUSO DEL DERECHO Y, POR TANTO, NO PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN SOLICITADA. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 2001.)

El Juzgado número 15 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la anterior.

No se admite la casación. El contrato de arrendamiento de 1983 decía que la arrendataria necesitaba autorización de la propiedad para realizar obras. Cuando la arrendataria realice obras con el consentimiento de la propiedad, ésta tendrá opción, a la terminación del contrato, a recobrar la finca en la forma que se encuentre o a exigir al arrendatario que la deje en las mismas condiciones en que la recibió. Solicitada autorización para obras, la arrendadora dijo que no autorizaba las obras si no se suscribía acuerdo estableciendo incremento de renta, duración máxima del contrato y plazo de duración de las obras, a lo que se negó la arrendataria que comenzó las obras pese a la negativa, promoviendo la arrendadora interdicto de obra nueva que paralizó las obras. La recurrente alega abuso de derecho de la arrendadora, ya que las obras suponían una mejora del local arrendado y que, entre las acciones posibles, el interdicto era la peor, citando la sentencia de 15 de diciembre de 1912, que declaró procedente la indemnización de daños y perjuicios causados por la suspensión de unas obras a consecuencia de una acción interdictal. Sin embargo, las sentencias de 21 de marzo y de 4 de diciembre de 1996 dicen que la indemnización está condicionada a que la conducta de los interdictantes sea dolosa o manifiestamente temeraria, incluyendo la abusiva, arbitraria, caprichosa y las variedades que se puedan englobar en la mala fe, acreditativas

de un proceder ilícito y antijurídico, destacando la sentencia de 28 de marzo de 1998, lo excepcional de la indemnización, fundada en los artículos 7.2 y 1.902 del Código Civil, lo que ratifican las sentencias de 30 de junio de 1998 y 6 de febrero de 1999, y más claramente la de 2 de febrero de 1999, que dice que el ejercicio del derecho a la tutela jurídica efectiva, que consagra el artículo 24 de la Constitución, jamás podrá considerarse abuso de derecho. Por tanto, la desestimación del interdicto en ambas instancias no es por sí solo demostrativo de abuso de derecho. La indemnización, de ser procedente, estará fundada en el artículo 7.2 del Código Civil, debiendo resolverse cada caso, buscando el equilibrio entre el derecho a la tutela jurídica del artículo 24 de la Constitución y los citados artículos 7 y 1.902 del Código Civil, que han de aplicarse con criterio restrictivo, que comprenda únicamente los casos de promoción del interdicto con fines puramente coactivos y con el único propósito de perjudicar. En este caso, las obras se acometieron infringiendo la prohibición del contrato y la expresa negativa de la arrendadora a autorizar las obras en cuestión, sin que pueda alegarse que el interdicto sea un abuso de derecho, ya que la arrendadora acudió a los Tribunales en defensa de un interés legítimo aunque la vía elegida no fuera la más adecuada. También la recurrente, como arrendataria, podía haber acudido a los Tribunales para que se le autorizara a hacer obras en lugar de optar por la vía de hecho.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PATRIA POTESTAD.—GUARDAY CUSTODIA. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

Privados los padres de la guarda y custodia de sus dos hijas menores por el Departamento de Bienestar Social de la Diputación Foral de Vizcaya, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Romero Lorenzo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los padres contra la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que había estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia número 6 de Bilbao, en el sentido de ampliar el horario de estancia de las hijas menores con sus padres a los sábados (antes sólo tenía lugar los domingos).

El fundamento de la sentencia para mantener la suspensión de la guarda y custodia estriba en que los padres no han justificado el imprescindible cambio, que sería necesario en sus hábitos y actitud, consistentes en su desidia y negligencia, apatía y tendencia al aislamiento e incapacidad para atender debidamente a sus hijas, que presentan un evidente retraso a nivel intelectual, sin que los mismos demuestren estar en condiciones de ejercer sobre ellas el control que requiere la carencia de autonomía propia de las mismas respecto a higiene, horarios, alimentación, etc., al objeto de que no pierdan los hábitos adquiridos socialmente al respecto.

UNION DE HECHO. DOMICILIO FAMILIAR. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2002.)

En materia de filiación rige el principio *bonum filii*.

El Juzgado de 1.^a Instancia número 22 de Madrid atribuyó la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre, si bien ambos padres ejercerán conjuntamente la patria potestad y el uso y disfrute de la vivienda familiar a la hija en compañía de su madre hasta el 15 de febrero de 1998, asignando una cantidad por alimentos a cargo del padre, así como determinando el régimen de visitas por éste. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente la apelación interpuesta por la madre, en el sentido de que el uso del domicilio familiar atribuido a la hija será mientras dicha hija conviva con su madre y carezca de recursos propios e independientes, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre, manifestando que en materia de filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, rige el principio o dogma inserto en el *bonum filii*, ante el que debe ceder cualquier pacto existente entre los interesados, que es irrelevante cuando se cuestiona judicialmente una demanda sobre derechos concernientes a la hija menor de ambos contendientes, supuesto en el que serán los Tribunales los que decidan cómo y de qué forma se cumplen las garantías de aquel dogma.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN (ARTS. 127 Y 135 DEL CÓDIGO CIVIL). (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2002.)

La acción de reclamación de filiación extramatrimonial es imprescriptible, haya o no posesión de estado.

El Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Madrid estimó la acción de reclamación de filiación extramatrimonial ejercitada por los hijos de este carácter contra la viuda de su progenitor y el hijo matrimonial de ambos, sentencia que fue confirmada por la de la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante, declarando que es obvio (*sic*) que la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial es imprescriptible, haya o no posesión de estado, porque:

— El artículo 131 del Código Civil se refiere a la acción de reclamación de la filiación, manifestada por la posesión de estado, sea matrimonial o extramatrimonial, y no tendría sentido que fuera imprescriptible la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial (arts. 132 y 133) cuando no hay posesión de estado y fuera prescriptible si la hay.

— El artículo 131 atribuye la acción «a cualquier persona con interés legítimo», y mientras haya tal interés habrá acción, sin someterse a plazo de prescripción.

— Del artículo 1.936 del Código Civil se desprende el principio de que no cabe prescripción de aquellos derechos indisponibles, como los relativos al estado civil de las personas, que sí tienen, cuando lo determina la ley, plazo de caducidad.

FRANCISCO CASTRO LUCINI

SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICIÓN. RESCISIÓN POR LESIÓN. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 2001.)

Para determinar la posible lesión de la cuarta parte ha de tomarse en cuenta la cuota que legalmente corresponda al postulante de la lesión.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara haber lugar el recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 13 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos, confirmando así la sentencia de primera instancia:

1.º El 4 de julio de 1960, falleció en Aracena (Huelva) don Rafael L. A., en estado de casado con doña Dolores M. T., dejando cuatro hijos: doña Rosario, don Rafael, doña Dolores y doña María del Carmen L. M. Don Rafael otorgó testamento abierto ante el Notario de Aracena, don José Sánchez Somoano, el 14 de diciembre de 1950, al número 590 de su protocolo, en cuya cláusula 7.ª instituyó herederos por partes iguales a sus cuatro hijos, concediendo a su hijo Rafael el derecho de formar y elegir uno de los cuatro lotes que se hicieran del capital y que a él le correspondiera por el precio de tasación. En la cláusula 9.ª del testamento dispuso el señor L. A. que si le sobrevivía su esposa, como ocurrió, ordenaba que todo su capital permaneciera unido al de ella para que lo administrara y disfrutara, prohibiendo a los herederos le exigieran rendición de cuentas, ni la menor responsabilidad durante toda su vida, so pena de desheredación en los tercios de mejora y libre disposición. La cláusula 9.ª prohibía pleitos y cuestiones en la herencia, nombrando al efecto albaceas y contadores partidores solidarios con facultades plenas para efectuar la partición. Fallecida la esposa de don Rafael, el 27 de febrero de 1990, el 5 de junio de 1990 todos los herederos autorizan a Rafael L. M. a administrar los bienes dejados por sus padres, tanto privativos como gananciales, hasta el 30 de septiembre de igual año, comenzando tras dicha fecha las negociaciones para la partición, negociaciones en las que intervino el único contador partididor superviviente y que no hubiera renunciado al cargo, don Jesús A. A. Dada la falta de entendimiento entre las partes, don Jesús A. A. efectúa las operaciones particionales de los bienes privativos de don Rafael L. A., protocolizándolas mediante escritura pública otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Sevilla, don Rafael Leña Fernández, el 30 de julio de 1991, al número 2371 de su protocolo, cuyo contenido obra en autos».

2.º La prueba pericial de entre las practicadas a los fines del cálculo preciso del caudal hereditario, aceptada tanto por el Juzgado como por la Sala en su cuantificación económica —en lo relevante y al margen de particulares sobre la identidad y valor de determinados bienes relictos que no trascienden a esta casación—, se elevó a la suma de 892.219.626 pesetas —FJ 5.º del Juzgado y FJ 6.º de la Sala—.

3.º Las cuotas adjudicadas a cada uno de los cuatro herederos universales ascienden a las siguientes cifras:

Lote 1.º correspondiente a doña Rosario L. M.: 222.105.652 ptas.
Lote 2.º correspondiente a doña Dolores L. M.: 192.530.687 ptas.
Lote 3.º correspondiente a don Rafael L. M.: 299.690.832 ptas.
Lote 4.º correspondiente a doña M.^a Carmen L. M.: 177.892.455 ptas.

En el litigio, según citadas resoluciones, pugnan las dos tesis encontradas de los Órganos Judiciales, a saber:

a) La del Juzgado —FJ 5.º— que sostiene: «La cuarta parte de cada cuota, que caso de ser rebasada por la lesión determinaría la rescisión, es pues de 55.763.726, suma clave. Pues bien, si restamos a la cuota ideal 223.054.906, la realmente asignada a doña María Dolores, 192.530.687, vemos que su lesión asciende a 30.524.219 y no supera la cuarta parte. Si a la misma cuota ideal restamos la real de doña María del Carmen, 177.892.455, la lesión sería de 45.162.451 ptas., también inferior a la cuarta parte...».

b) La de la Sala *a quo* —FFJJ 5.º y 6.º—, se razona así: «...la determinación de la lesión en más de la cuarta parte exige la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real, referido a la época que el precepto señala, ponderando si lo adjudicado al coheredero para el pago de su cuota no alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le corresponda recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, sin embargo, ha de concluirse que el artículo 1.074 del Código Civil, no establece más pauta que la necesidad de atender al valor de las cosas cuando fueren adjudicadas, por lo que considerando también como criterio necesario que la lesión no ha de determinarse respecto al valor singular de los bienes, sino en relación con el valor total de los incluidos en cada lote (STS de 16 de noviembre de 1995), estima esta Sala que para determinar la cuantía de la lesión, no sólo ha de atenderse a la diferencia que pueda existir entre el valor de los bienes realmente adjudicados y el valor de la cuota hereditaria correspondiente al heredero perjudicado, sino que también puede establecerse dicha lesión atendiendo a la misma diferencia, pero referida al heredero más beneficiado, puesto que si, en definitiva, lo que interesa en las particiones es observar la debida proporcionalidad (STS de 24 de noviembre de 1960 y 25 de febrero de 1969), tanto en el caso de que haya un heredero realmente perjudicado, como en el supuesto en que uno de ellos resulte claramente beneficiado, existe desproporción o desequilibrio, lo que necesariamente lleva consigo la lesión o perjuicio que para la rescisión exige el artículo 1.074 del Código Civil, de suerte que, de no seguirse este criterio, podría producirse el supuesto de una hipotética partición de mil millones entre diez herederos, en la que mientras que a nueve de ellos se le adjudican ochenta, a uno sólo de los herederos le corresponderían doscientos ochenta millones lo que, evidentemente, no puede ser consentido por el ordenamiento jurídico, no existiendo otro cauce para impedirlo que la rescisión por lesión del citado artículo 1.074 del Código Civil. Y en el caso de autos, a tenor de la prueba pericial practicada, cuyos resultados se aceptan, en principio, por los demandados, estima esta Sala que se ha producido la lesión o desequilibrio que justifica la rescisión de la partición que constituye la pretensión esencial de la demanda, puesto que, partiendo de los resultados de dicha prueba pericial y tomando las cifras que se recogen en la sentencia recurrida, si la cuantía de la herencia asciende a 892.219.626 ptas., y la cuota que correspondería a cada uno de los herederos es, por tanto, de 223.054.906 ptas., se da el desequilibrio en más de la cuarta parte cuando a

la apelante se le adjudica un lote valorado en 177.892.455 ptas., mientras que el demandado don Rafael L. M. recibe bienes por valor de 299.690.832 ptas., ya que con independencia de la extraordinaria diferencia entre el haber de uno y otro heredero, que estaban llamados, sin embargo, a recibir partes iguales, don Rafael L. M. se ve beneficiado en más de una cuarta parte en relación con la cuota hereditaria que le correspondería, y ello constituye, claro es, una desproporción evidente en perjuicio de las herederas demandantes que justifica la rescisión de la partición a que se refiere este litigio, puesto que, en definitiva, como se señala por la doctrina jurisprudencial, si el perjuicio, que ha sido probado, excede de lo tolerable, la partición es rescindible...».

En el recurso del codemandado se articula como MOTIVO PRIMERO, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 LEC, el haber infringido la sentencia normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. En este motivo se denuncia la infracción del artículo 1.074 del Código Civil y la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala aplicable al mismo, entre las que citamos las de 31 de diciembre de 1903; 19 de abril de 1904; 25 de octubre de 1911; 18 de febrero de 1913; 16 de octubre de 1918; 5 de mayo de 1920; 17 de febrero de 1928; 28 de febrero de 1930; 23 de diciembre de 1940; 9 de noviembre de 1949; 30 de enero, 9 de marzo y 19 de mayo de 1951; 24 de noviembre de 1960; 24 de marzo de 1961; 19 de febrero de 1967; 25 de febrero de 1969; 26 de febrero de 1979; 17 de enero, 14 de febrero, 21 de marzo y 4 de diciembre de 1985; 14 de julio de 1990 y 18 de mayo de 1992. Y se agrega en su desarrollo: El artículo 1.074 del Código Civil considera como causa específica de rescisión de la partición hereditaria (independientemente de lo dispuesto en el art. 1.073), la lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas... En la interpretación de ese precepto legal —el art. 1.074 del Código Civil—, la doctrina de esta Sala ha establecido las siguientes bases:

A) Hay que tomar, como punto de partida, la totalidad del acervo hereditario, con el valor que tuviere al momento de hacerse la partición y no al del fallecimiento del causante (sentencias de 14 de abril de 1904; 17 de febrero de 1928; 16 de noviembre de 1955; 24 de noviembre de 1960; 17 de enero y 23 de marzo de 1985 y 14 de julio de 1990).

B) El concepto «lesión» hay que considerarlo bajo dos aspectos cuyas consecuencias son distintas: el primero se da cuando a pesar de existir lotes desiguales, el adjudicado al coheredero supuestamente perjudicado para el pago de su cuota, cubre el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le corresponde percibir con arreglo al efectivo valor de los bienes de la herencia (sentencia de 21 de marzo de 1985); en este caso, la desigualdad entra dentro de lo que ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia «lesión máxima tolerable» y no es causa de rescisión. Así lo recogen las sentencias, entre otras muchas, de 23-12-1940, 9-11-1949 y 17-1-1985, la última de las cuales, con cita de la de 19 de diciembre de 1967, considera que la lesión máxima tolerable no es causa de rescisión.

El segundo supuesto contempla el hecho de que la desigualdad sea tal que la lesión que con ella se produce rebase la cuarta parte del haber del heredero atendido el valor de los bienes al tiempo de ser adjudicados. En este supuesto es cuando procede la rescisión (sentencia de 18-5-1992, que reitera las de 29-3-1958, 19-12-1967 y 7-2-1969, cuya doctrina se ha venido manteniendo

de forma invariable desde la de 31 de diciembre de 1903, pasando por las de 19 de abril de 1904, 5 de mayo de 1920, 28 de febrero de 1930, 5 de noviembre de 1949 y otras muchas hasta llegar a las de 17 de enero, 4 de febrero, 23 de marzo y 4 de diciembre de 1985). Tratándose pues de una doctrina reiterada y constante, sentada de manera inmutable durante más de un siglo... según la sentencia recurrida, la rescisión puede otorgarse cuando uno de los herederos «se ve beneficiado en más de una cuarta parte en relación con la cuota hereditaria que le correspondería» (*sic*), con lo cual se invierten los términos del artículo 1.074 del Código Civil, al contemplar como causa de rescisión el beneficio de un heredero y no el perjuicio de otro, y al razonar así la sentencia recurrida está sustituyendo la frase «lesión en más de la cuarta parte», que es la que emplea el artículo 1.074, por la de beneficio en más de la cuarta parte, presumiéndose, de tal supuesto beneficio, el perjuicio o la lesión que el legislador trató de evitar.

Este Tribunal acoge, en efecto, el motivo por las siguientes razones:

a) La recta hermenéutica de los artículos 1.073 y 1.074 del Código Civil, base de la acción ejercitada, determinan la posibilidad, por un lado, de aplicar a las particiones las sanciones generales sobre ineficacia o invalidez de los negocios jurídicos, y, entre ellas, la relativa a la rescisión como evento de ineficacia sobrevenida por perjuicio económico derivado a una de las partes, si bien con la particularidad que en los contratos sólo es posible en los casos *númerus clausus* del artículo 1.291, y nunca se contempla la rescisión por lesión, salvo la concurrencia del fraude. En cambio, en la partición hereditaria sí cabe esa rescisión por lesión, siempre que ésta supere la cuarta parte del límite normativamente impuesto. Cuáles sean las razones para esta diferencia de acoplar esa causa de rescisión a la partición y no a los negocios jurídicos, puede provenir, tras un largo acarreo histórico —que, incluso, expulsó la conocida *laesio enormis* en los contratos con ese desequilibrio en las prestaciones— de que así como en el negocio jurídico las partes intervinientes o contratantes libremente pactan lo dado y lo recibido en la partición, negocio complejo con intervenciones posibles o del *de cuius* o de otras personas ajenas —contador-partidor, albaceas, etc.—, los interesados adjudicatarios pueden verse afectados por unas cuotas en cuya integración no han participado, por lo que se les permite esa posibilidad rescisoria, siempre, claro está, que la lesión sea superior a la cuarta parte, tope, que, sin duda, es un exponente de política legislativa, que, sin dogmatismo alguno, se fija, por lo que no lo rebase es irrelevante aunque, de suyo, produzca desigualdades ciertas o desequilibrios en los lotes respectivos, porque, acaso, reducir ese monto del cuarto supondría abrir el portillo a impugnaciones sin cuento, y hasta paralizar el decurso normal particional.

b) Así las cosas, el precepto de cobertura básico en el artículo 1.074 del Código Civil señala que «podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueran adjudicadas». Y es, precisamente, en la aplicación de este precepto, en donde surge la polémica entre las decisiones de los órganos de instancia y el motivo, que, claro es, defiende la del Juzgado. Más la recta hermenéutica del artículo no puede sino confirmar la tesis de la primera instancia por los siguientes argumentos:

1. Porque el propio carácter de la acción rescisoria propende a que sea el perjudicado por el evento particional el que inste la tutela judicial impeditiva

de la lesión por él sufrida, lo que conlleva a que sea determinante que por el mismo se señale o acredite la realidad de esa «lesión» y su importe superior a la cuarta parte. Es decir, esa lesión en tanto como perjuicio o daño, funda la acción del actor que, por ello, es el lesionado o perjudicado. En principio, pues, para nada aparece en ese diseño el elemento comparativo de las otras cuotas de los demás herederos, y, menos aún, si es que existe, alguna por encima con un eventual beneficio que, claro es, puede equívocamente ser la causa detonante de aquel juicio de la acción rescisoria entablada.

2. Más la reseña de ese límite de la cuarta parte obliga a adentrarse en el otro módulo de referencia, es decir, «la cuarta parte de qué o sobre qué» porción, ha de tomarse en cuenta para su delimitación. Y aquí es donde se pueden barajar varios signos en la referencia: o con respecto al total relicto, o con respecto a las otras cuotas o la de mayor cuantía, o con respecto a la cuota que legalmente le corresponda al postulante de la rescisión. Será el propio precepto que a continuación se examina el que demuestre que es el último signo el remitido.

3. En efecto, conocida la estructura de la partición o división del caudal relicto para integrar las cuotas de todos los llamados a la herencia, a cada uno corresponderá lo señalado por la ley o por el testamento, según su cualidad hereditaria, y por tanto, como en el caso de autos, si los herederos llamados con carácter universal son los cuatro hijos del causante, que lo serán por iguales partes, esta igualdad en la atribución adjudicatoria será el signo de referencia a lo que tiene derecho *ab initio*, y sobre cuya proporción se habilitará el cauce, en cierto modo de desigualdad que permite el citado artículo 1.074. Quiere decirse, pues, que si a cada heredero en razón a ese «as» de 892.219.626 ptas., le debe corresponder la cuarta parte en teoría o cuota ideal, es decir, 223.054.906 ptas. será sobre esta cifra —de igualdad teórica vía testamentaria— sobre la que se calibrará si la cuota real asignada a la actora/apelante le lesiona o perjudica en más de la cuarta parte. Y aquí el cálculo puede hacerse por dos vías: O bien como señala acertadamente, entre otras, el motivo y la sentencia de esta Sala de 24-11-1960, comprobando «si lo realmente adjudicado a ese heredero alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le correspondería percibir, y se agrega, porque de este modo si ha percibido por encima de esos tres cuartos, es claro que la diferencia hasta los cuatro cuartos —cuota ideal— no rebasa el tope de la cuarta parte del perjuicio relevante. O bien, la otra vía de que si la cuarta parte de cada cuota ideal —que es la misma— de 223.054.906 ptas., asciende a 55.736.726 ptas., todo lo que se asigne en la cuota real que no exceda de esta suma sería relevante para la rescisión por lesión. Y es claro que, por una vía u otra, la actora/apelante, según lo realmente percibido, no han sufrido una lesión superior a la reseñada. En efecto, a doña Carmen le corresponde, cuota ideal, 223.054.906 y se le entregan 177.892.455. Diferencia en menos 45.162.451, inferior, pues, a 55.763.726 (1/4 perjuicio legal).

Esta tesis está, además, perfectamente respaldada por una jurisprudencia destacada: «la rescisión de las operaciones particionales por lesión, siempre que su entidad económica sea superior a la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, según dispone el artículo 1.074 del Código Civil, descansa sobre la base de que el agravio en tal cuantía se haya efectivamente originado, lo que obviamente exigirá la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real referido a la época que el precepto señala, ponderado el cual si lo adjudicado al coheredero para el pago de su cuota no

alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, es claro que la lesión supera el cuarto del valor de la totalidad del lote, que es el que importa —sentencias de 16 de noviembre de 1955 y 24 de noviembre de 1960—, regla de proporción respecto de la total masa partible que ha de ser referida al tiempo de la adjudicación y no al de la apertura de la sucesión o al de la demanda impugnativa; bien entendido que la averiguación del menoscabo y su importancia constituye cuestiones de hecho, necesitadas de ordinario de prueba pericial...» (sentencia de 21-3-1985).

La Sala, por lo demás, y desechando por lo razonado que en la determinación de esa cuarta parte tenga que contemplarse el monto de la cuota real más beneficiada (—en el caso de autos sobresa una demasía— por otro lado, casi, tácitamente propiciada por el testamento descrito, por el reconocimiento prevalente del recurrente según voluntad del *de cuius*) que, se repite, no lo permite la hermenéutica del artículo 1.074 del Código Civil, ha de subrayar dos asertos: el primero, la permisibilidad legal de esos desajustes o desigualdades a que se hizo mención y, en segundo lugar, lo que se cohonesto con el cometido nomofilático de la casación, que la solución prevalente, según lo expuesto, aunque margine, sin duda, atributos de justicia material, respeta la sanción normativa que, pese a su posible conformación propiciadora de repartos no equitativos, en cuanto es sanción *de lege data* ha de acatarse por los Tribunales, y, sin perjuicio de que pese a ello la Sala recuerde la normativa, en cierto modo paliativa o correctora de lo así acontecido inmersa en los artículos 1.061 y 1.078.

PROHIBICIÓN DE DISPONER TESTAMENTARIA. CAUSA O MOTIVO. INTERPRETACIÓN Estricta. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

No es preciso que se exprese la causa o motivo de la prohibición. Su interpretación ha de ser estricta.

Adjudicadas al cónyuge supérstite las dos terceras partes indivisas de una finca en pago de sus gananciales y estableciendo éste en su testamento la prohibición de disponer total o parcialmente de la finca sin expresar la razón de tal prohibición, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de dicha ciudad, declarando la validez de la prohibición en cuanto a las dos terceras partes indivisas de la finca pertenecientes al testador, sin que la actual legislación exija que se exprese el motivo o la razón de tal prohibición.

FIDEICOMISO DE RESIDUO. PURIFICACIÓN. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2002.)

El poder de disposición del fiduciario de residuo no comprende los actos a título gratuito, salvo que se haya previsto expresamente por el fideicomitente.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar al recurso de casación

interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, confirmatoria de la del Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de Linares, por los fundamentos que se dicen a continuación:

La relación fáctica que constituye la base de hecho de este proceso, ahora en trámite de casación, es la siguiente:

- Doña M.ª Angeles G. S. falleció en 1979, con testamento abierto otorgado en fecha 23 de noviembre de 1959, cuyas herederas otorgaron escritura de aceptación, partición y adjudicación del patrimonio hereditario en Bailen, en fecha 14 de enero de 1988; el contenido patrimonial del testamento es del siguiente tenor literal:

Establece en favor de su hijastra Encarnación D. G., un derecho real de habitación, personalismo, definido en el artículo 524 del Código Civil. Mejora a su hija M.ª de los Angeles D. G. en la parte de casa que habita la testadora en la calle María Bellido de esta ciudad, y que antes estuvo destinada a fábrica de jabón, cuya puerta de entrada a esta parte la tiene por la plaza del General Castaños. En el remanente de todos sus demás bienes, derechos y acciones, instituye por sus únicas y universales herederas por partes iguales a sus dos nombradas hijas, M.ª Pilar y M.ª Angeles, siendo sustituidas por sus respectivas descendencias. Es voluntad de la testadora que en el caso de que su hija M.ª de los Angeles falleciere sin descendencia, los bienes que no hubiera dispuesto pasen a su otra hija Pilar o a sus descendientes, por lo que nombra a ésta heredera fideicomisaria de residuo.

- La mencionada doña M.ª Angeles permaneció soltera, doña Pilar contrajo matrimonio con don Antonio N. T., de cuyo matrimonio nacieron siete hijos: Agustina, M.ª de los Angeles, M.ª Pilar, M.ª Carmen, Isabel, Elena y Antonio. Ambas viven al tiempo de interposición de la demanda y han sido demandadas.

« El mencionado don Antonio N. falleció en 1984, con testamento abierto otorgado en Bailen, en fecha 2 de julio de 1964, cuyo contenido patrimonial es el siguiente:

Lega a su esposa Pilar D. G. el tercio de libre disposición de todos sus bienes, derechos, acciones y negocios, siendo su voluntad que para pago de este legado, se le adjudique en usufructo vitalicio la totalidad de la herencia. Instituye por únicos y universales herederos, por partes iguales, a sus siete nombrados hijos, que serán sustituidos por sus respectivos descendientes o se dará el derecho de acrecer entre los mismos.

- Su hija, doña Agustina N. D. falleció en 1991, intestada y sin descendencia. En fecha 26 de agosto de 1994 se otorgó escritura de aceptación de la herencia de don Antonio N., sin hacer la partición de los bienes por los herederos, doña M.ª Angeles, doña M.ª Pilar, doña M.ª Carmen, doña M.ª Isabel Nogueras Donoso.

- En Jaén y en fecha 24 de febrero de 1993, se otorgó escritura de préstamo de Caja Rural de Jaén como prestamista a don Antonio N. D. y su esposa doña Lucía M. R., como prestatarios, constituyéndose hipoteca por doña M.ª Angeles D. G. y doña Pilar D. G. sobre dos fincas registrales que habían formado parte del caudal relicto de su madre doña M.ª Angeles G. S.

- Asimismo, en Bailen y en fecha 31 de enero de 1992, se otorgó escritura de préstamo de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, como prestamista, a los esposos don Antonio N. D. y doña Lucía M. R., como prestatarios,

constituyéndose hipoteca por doña M.^a Angeles D. G. sobre otra finca registral procedente de la herencia de su madre doña M.^a Angeles G. S.

- La primera de las mencionadas hipotecas fue ejecutada por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, entonces vigente. La segunda se mantiene al tiempo de formularse la demanda.

La situación jurídica debe analizarse partiendo de las pretensiones de la demanda. Esta fue interpuesta por doña Encarnación D. G., titular del derecho de habitación, aunque no se pretende nada en su interés, y por las hermanas doña M.^a Angeles, M.^a Pilar, M.^a Carmen y M.^a Isabel N. D. (esta última recurrente en casación) en cuyo largo suplico hay dos pretensiones principales, siendo las demás secundarias. Son: primera, la de nulidad de la aceptación y partición y adjudicación de herencia de doña M.^a Angeles G. S. por doña M.^a Angeles y doña Pilar D. G. (estas dos últimas, demandadas), plasmada en la escritura de 14 de enero de 1988, «por incluir bienes de los que la causante no era dueña y, además, haberse infringido el testamento abierto que sirve de base a la sucesión» (así se expresa en el suplico de la demanda, literalmente) y, segunda, la de nulidad de los negocios jurídicos de constitución de las hipotecas en garantía de los préstamos concedidos por la Caja Rural de Jaén y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, ambas demandadas en la instancia y partes recurridas en casación. Ambas pretensiones se apoyan esencialmente en otra, consistente en la declaración de validez de unos pactos por los que las fincas que fueron hipotecadas no formaban el caudal relicto de doña M.^a Angeles G. S., y de unos convenios y adjudicaciones de tales fincas, en nuda propiedad, a favor de las hermanas demandantes mencionadas. Tales pactos y convenios han sido expresamente declarados como no probados por las sentencias de instancia, que han razonado con detalle tal declaración.

La sentencia del Juzgado de 1.^a instancia número 3 de Linares, de 26 de diciembre de 1995, desestimó esencialmente la demanda, acogiendo pretensiones secundarias relativas a la *interrogatio in iure* que contempla el artículo 1.005 del Código Civil, cuya sentencia fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Jaén, de 15 de julio de 1996. Contra ésta, la demandante doña M.^a Isabel N. D. ha formulado el presente recurso de casación articulado en trece motivos.

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de los motivos, procede hacer sendos pronunciamientos jurídicos sobre las dos cuestiones que se han apuntado:

- La primera, la aceptación, partición y adjudicación de bienes de la herencia de doña M.^a Angeles G. S., otorgada en escritura pública de 14 de enero de 1998, por las herederas, sus hijas doña M.^a Angeles y doña Pilar D. G., ambas demandadas, y la legataria del derecho de habitación, su hijastra doña Encarnación D. G., codemandante, cuya nulidad se pretende. Hay que tener en cuenta que esta escritura es la base jurídica de las hipotecas cuya nulidad también se pretende. Tales negocios jurídicos son válidos, porque no se ha probado acto jurídico alguno que diera lugar a la adquisición por parte de don Antonio N. T., yerno de aquella causante y esposo de doña Pilar D. G. de sendas fincas que constan en la partición y adjudicación del patrimonio hereditario; por tanto, no se puede mantener que incluyeran bienes que no formaban parte del caudal relicto. Tampoco se ha infringido —como se mantiene en la demanda— el testamento en que se basa dicha aceptación, partición y adjudicación; en él se establece un fideicomiso de residuo que, como interpreta la sentencia

de instancia, comprende todo el patrimonio hereditario que adquiere la coheredera doña M.^a Angeles D. G., pese a que ha querido aclarar que no comprende la finca objeto de mejora, lo cual carece de trascendencia jurídica a los efectos de este proceso.

- La segunda, los dos negocios jurídicos de constitución de sendas hipotecas sobre fincas procedentes de la herencia de doña M.^a Angeles G. S., que fueron constituidas por doña M.^a Angeles y doña Pilar D. G. La validez de ambos negocios deriva de que la constituyente, en ambas hipotecas, en garantía de deuda ajena, lo fue doña M.^a Angeles, fiduciaria en fideicomiso de residuo; éste es el fideicomiso (*rectius*, sustitución fideicomisaria: se nombra un heredero, fiduciario, en primer lugar y cuando venza un término o se cumpla una condición que normalmente es su muerte, un segundo heredero, fideicomisario) en el que el fiduciario tiene poder de disposición *inter vivos* (si incluye también a disposición *mortis causa* se trataría de una sustitución preventiva de residuo) del patrimonio hereditario. En el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente (así está conforme toda la doctrina y reconoce la sentencia de 22 de julio de 1994, recogiendo jurisprudencia anterior). Pero, por otra parte, el fiduciario no es que tenga prohibidos los actos de disposición —que no los tiene— sino que la eficacia de los mismos penderá de sí, por cumplirse la condición o al llegar el término, el patrimonio fideicomitado pasa al fideicomisario y éste puede impugnar aquella eficacia. En el momento de la demanda, la fiduciaria vive y el fideicomiso no se ha purificado, es decir, no se ha producido la muerte de la fiduciaria sin descendencia (*sine liberis decesserit*) y no se puede hablar de ineficacia (no es nulidad) del acto de disposición que ha realizado la fiduciaria antes de cumplirse la condición. Esta confusión se mantiene a lo largo de la demanda, donde se llega a afirmar (página 9 de la misma) que el acto dispositivo de la fiduciaria doña Pilar, «lesiona los derechos hereditarios de los restantes herederos» y es claro que no se puede hablar de derecho hereditario alguno respecto a una persona que está viva.

De los trece motivos que integran el recurso de casación, procede analizar, en primer lugar, aquéllos que se fundan en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

Los cuatro primeros plantean la misma cuestión, que es la falta de práctica de medios de prueba que habían sido declarados pertinentes: reconocimiento judicial (el primero, que alega infracción del art. 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pericial (el segundo, por infracción de los arts. 578, 610 y 626 a 632 de la misma ley), documental (el tercero, infracción de los arts. 596.4.º y 597.4.º), y testifical (el cuarto, infracción del art. 578 en relación con el 646). Estos motivos se desestiman, en primer lugar, porque a la vista de las actuaciones y de las resoluciones dictadas, no aparece —ni se alega siquiera— el interés que pudieran tener para resolver las cuestiones planteadas, por lo cual, mal puede pensarse en que la no práctica de tales medios de prueba pudiera haber dado lugar a la indefensión, esencial para admitir estos motivos de casación, por lo que, precisamente, el Ministerio Fiscal ha interesado en su dictamen la inadmisión. En segundo lugar, se desestiman porque la transgresión que se alega, hecha en primera instancia, no aparece que se haya

reproducido en segunda, como así exige el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo noveno denuncia infracción de los artículos 359 y 372.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 248.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 120.3 de la Constitución Española. En su desarrollo se hace referencia a cuestiones de fondo relativas a la aceptación, partición y adjudicación de bienes hereditarios otorgada en escritura pública por las codemandadas doña M.ª Angeles y doña Pilar D. G., pero no se plantea cuestión alguna sobre incongruencia (art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobre la forma de la sentencia (art. 372.2.º de la misma Ley y 248.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) ni, mucho menos, sobre la motivación de la misma (art. 120.3 de la Constitución Española), por lo que el motivo debe ser desestimado.

También se fundamenta en el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo séptimo, pero no tiene sentido porque se integran entre los motivos sexto y octavo que se refieren, los tres, a un tema de fondo relativo a la accesión invertida. No se expresa en qué sentido o en qué forma se han infringido normas procesales, por más que se enumeren las mismas normas que se denuncian como infringidas en el motivo noveno.

Se examinan a continuación los motivos sexto y octavo, pues ambos, fundamentados en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refieren a una cuestión ajena al planteamiento de la litis. Alegan infracción del artículo 361 del Código Civil (motivo sexto) y de la jurisprudencia (motivo octavo) acerca de la accesión invertida; se basan en el hecho de que el padre de las hermanas demandantes doña M.ª Angeles, M.ª Pilar, M.ª Carmen y M.ª Isabel, don Antonio N. T., fallecido en 1984, había construido edificaciones en la finca de doña M.ª Angeles G. S., que luego ésta transmitió *mortis causa* a sus hijas doña M.ª Angeles y doña Pilar D. G., esta última esposa de aquél y madre de aquéllas.

Ambos motivos se desestiman. Ante todo por la confusión que aparece en el desarrollo del motivo sobre el concepto de accesión invertida: ésta se produce sólo en casos de construcción extralimitada, en que el dueño de un terreno construye en él, pero invade parcialmente el terreno limítrofe; la construcción queda en parte en terreno propio y en menor parte en terreno ajeno; no estando contemplada por el Código Civil la ha resuelto la jurisprudencia según el que se ha extralimitado en la construcción haya actuado de buena o de mala fe, desde la primera sentencia de 30 de junio de 1923 hasta las numerosas que se han dictado en los tiempos actuales, como las de 27 de enero de 2000 y 15 de marzo de 2000. No es éste el caso presente: don Antonio N. no se extralimitó, sino que construyó en suelo ajeno de la madre de su esposa, y se aplica el principio *superficies solo cedit* que consagra el artículo 358 del Código Civil: *Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes*; uno de cuyos artículos siguientes es el 361, que contempla la construcción en suelo ajeno con materiales propios de buena fe y concede al propietario del suelo una opción que nunca se ha planteado en el presente caso y en este proceso.

Lo cual enlaza con otra razón para la desestimación de ambos motivos: se trata de una *cuestión nueva*; en la demanda no se menciona como hecho y como fundamento de derecho se cita, sin más, el artículo 360 del Código Civil que nada tiene que ver; en el resumen de pruebas se hace una mención, simple-

mente, sin más, a la accesión. Lo que está claro es que no se plantea como *causa petendi* ni se incluye en el suplico de la demanda. Y, como cuestión nueva, que se alega y razona por primera vez en casación, no cabe admitirse: tal como ha dicho las sentencias de 14 de junio de 2000, 4 de diciembre de 2000, 15 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2001, *el plantear en casación una cuestión nueva atenta al derecho de tutela judicial efectiva de la otra parte, que no puede emplear medios de defensa y, reiteradamente, esta Sala lo ha proscrito*.

De las dos cuestiones jurídicas esenciales en el presente proceso y que en líneas anteriores se han distinguido, la primera es relativa a la validez del *negocio jurídico de aceptación de la herencia* de doña M.^a Angeles G. S., y a la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, otorgada en escritura pública por sus hijas doña M.^a Angeles, heredera fiduciaria, y doña Pilar D. G., heredera fideicomisaria y heredera pura, y por su hijastra, doña Encarnación D. G., legataria de derecho real de habitación, en fecha 14 de enero de 1988.

Se ha mantenido en la demanda que no era válido por incluir bienes de los que la causante no era dueña y por haberse infringido el testamento abierto que sirve de base a la sucesión. Ambos argumentos han sido rechazados por la sentencia de instancia, que ha desestimado la pretensión que se hacía en la demanda de nulidad de la escritura (*rectius*, de ineficacia del negocio jurídico plasmado en la escritura). En los motivos quinto y décimo se reproducen ambos argumentos para insistir en la ineficacia de aquel negocio jurídico; los dos motivos se fundamentan en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ambos deben desestimarse.

El motivo quinto alega la primera subcuestión: la ineficacia del negocio jurídico de aceptación, partición y adjudicación por incluir bienes de los que la causante no era dueña, ya que había mediado anteriormente (no se menciona fecha alguna) un pacto verbal de transmisión de aquella causante, doña M.^a Angeles G. S. a su yerno don Antonio N. T. Pero sobre este pacto verbal, la sentencia de instancia ha declarado expresamente que «no hay prueba en este procedimiento del dominio que se postula»; reconoce dicha sentencia que hubo algún pacto, pero que carece de eficacia transmisiva de la propiedad al no reflejarse documentalmente, no dar lugar a su inscripción en el Registro de la Propiedad y no provocar la modificación del testamento. Es decir, no fue un acto dispositivo del que no alega su naturaleza: si fue donación, no se cumplió el elemento de forma que exige el artículo 633 del Código Civil; si fue a título oneroso, no aparece ni se vislumbra la reciprocidad de prestaciones. Fue, tal como se desprende de la relación fáctica de la sentencia, que se recoge en este motivo del recurso, una expresión a la que no quisieron dar efectos jurídicos, o en otras palabras, un acuerdo que las partes no elevaron a acto dispositivo con trascendencia jurídica. Por tanto, no se da infracción alguna del artículo 1.278 del Código Civil como se dice en el recurso.

El motivo décimo se refiere a la segunda subcuestión: la ineficacia del mismo negocio jurídico por infracción del testamento en que se basa tal negocio. Ciertamente, el testamento es la ley de la sucesión y el testador el soberano de la misma, por lo que es esencial la correcta interpretación del mismo, tal como contempla el artículo 675 del Código Civil, pero este artículo no ha sido infringido por la sentencia de instancia y el motivo se desestima. En aquel negocio jurídico, las herederas hacen una «aclaración al testamento» y entienden que el fideicomiso de residuo impuesto a doña M.^a Angeles D. G. no comprende el prelegado constitutivo de mejora. La parte recurrente —demandante en su

día—impugna dicha «aclaración», y la sentencia recurrida así lo hace y declara explícitamente que «el fideicomiso de residuo constituido, no lo era sólo en los bienes de libre disposición, sino que abarcaba también a la mejora». No se entiende, pues, que se alegue que la sentencia de instancia ha infringido aquella norma. Distinto es el tema que dicha «aclaración» en nada influye, carece de trascendencia jurídica por razón de los demás argumentos que han hecho desestimar la demanda respecto a esta cuestión de la validez del negocio jurídico de aceptación, partición y adjudicación de herencia.

La segunda cuestión esencial que se ha planteado en la litis es la validez y eficacia de las hipotecas que constituyeron doña M.^a Angeles y doña Pilar D. G. para garantizar deudas ajenas. Desestimada la demanda en este extremo, se examinan el resto de los motivos que al mismo se refieren, todos ellos fundados en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el motivo undécimo se denuncia la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que proclama el principio de legitimación registral como expresión de la presunción de exactitud registral a favor del titular inscrito. Por más que en el desarrollo del motivo se hacen consideraciones sobre la situación fáctica de las fincas hipotecadas, a la que no alcanza aquel principio y aquella presunción, dicha norma no juega, en el presente caso, a favor de la parte recurrente, sino a favor de las codemandadas mencionadas, herederas que eran las titulares registrales de las fincas que hipotecaron y, precisamente, por el principio de legitimación registral, combinado con el de tracto sucesivo, se pudieron constituir hipotecas inscritas en el Registro de la Propiedad.

El motivo duodécimo, también fundado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción de la jurisprudencia acerca del poder de disposición del fiduciario de residuo. Tiene razón la parte recurrente en que no comprende los actos de disposición a título gratuito, si no lo ha previsto explícitamente el fideicomitente; no tiene razón en lo que a las consecuencias se refiere y por ello se desestima el motivo. La consecuencia que pretende la parte recurrente es la declaración de nulidad (*rectius*, ineficacia) de los negocios jurídicos de las hipotecas en la parte que alcanza a bienes fideicomitidos. El fideicomiso de autos es de *residuo* y *sine liberis decesserit*, por lo cual pende de la condición de que la fiduciaria fallezca, y fallezca sin hijos; mientras no ocurra esta doble situación, con naturaleza de condición, es la titular de los bienes y, como tal, puede disponer de los mismos. Otra cosa sería que, una vez purificado el fideicomiso, la fideicomisaria y, como tal adquirente ejercitara —si procede— acción para reclamar la adquisición del patrimonio fideicometido, libre de cargas posteriores al momento del fideicomiso, lo que coincide con el momento de la apertura de la sucesión —muerte— de la fideicomitente doña M.^a Angeles G. S.

PARTICIÓN HEREDITARIA. MEJORAS. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 2002.)

Reclamado en la partición de la herencia el importe de las mejoras efectuadas por el coheredero arrendatario, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos de casación interpuestos por cada una de las partes contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia

Provincial de Valladolid que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha ciudad, salvo el incremento en la suma a percibir por determinados coherederos, declarando que calificando el arrendamiento como de negocio o industria y no de local, la obra que bajo cubierta del edificio realizó el arrendatario para vivienda no puede considerarse mejora y no es indemnizable, pues el arrendatario era consciente de que se trataba de obra ajena a éste, en terreno ajeno y el conocimiento objetivo de que no se construye en terreno propio es el sentido de la mala fe a que se refiere el artículo 362 del Código Civil, sin que se aplique aquí el artículo 434 ni el 453 ni, mucho menos, el 361. Tampoco se aplica, por lo dicho, el artículo 487 y su remisión del artículo 1.573 del Código Civil, que se refiere a las mejoras en el objeto del arrendamiento, no fuera de él.

DONACIÓN. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2002.)

La expresión «descendientes legítimos» y «descendientes» comprende a los adoptivos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación formulado por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Gandía, conforme a los siguientes fundamentos:

El problema jurídico —muy concreto— que aquí se plantea parte de un contrato de donación, otorgado en escritura pública de 8 de noviembre de 1965, en el que son donantes los cónyuges don Manuel P. J. y doña Patrocinio P. B., es donatario su hijo (adoptivo) don Ramón P. P., y el objeto son varias fincas de propiedad ganancial de los donantes. La donación se califica de condicional, con prohibición de disponer: a la muerte del donatario las fincas pasarán a sus descendientes legítimos; si fallece sin dejar descendientes, a sus padres, donantes; si éstos le han premuerto, pasará la mitad a un grupo de sobrinos (del padre, donante) y la otra mitad, a otro grupo de sobrinos (de la donante, madre).

Los donantes premurieron al donatario. Este fallece en 1990 dejando un hijo (adoptivo); lo cual plantea la cuestión jurídica: *si el hijo adoptivo adquiere los bienes o si, al no ser descendiente biológico, los deben adquirir los sobrinos*. Un grupo de éstos, el primero, ha formulado la demanda, que ha sido estimada en primera y segunda instancia. La parte demandada ha interpuesto el presente recurso de casación.

Ante todo, debe ser calificado aquel contrato correctamente. No se trata de una donación condicional (aparte de la reversión, que quedó frustrada por premoriencia a favor de los donantes), sino de una *sustitución fideicomisaria condicional* con doble condición: *si cum liberis decesserit*, si muere con hijos, éstos serán los fideicomisarios; *si sine liberis decesserit*, si muere sin hijos, serán fideicomisarios los sobrinos (a falta de los donantes, los padres); el donatario fiduciario lleva implícita su falta de poder de disposición.

Ciertamente el Código Civil sólo regula la sustitución fideicomisaria en la herencia o el legado dispuesto en sucesión testada (arts. 781 y 789); no así en Cataluña, en que tanta importancia tuvieron: reguló expresamente en la Com-

pilación de 1960 la sustitución fideicomisaria en testamento y codicilo, en heredamiento y en donación (art. 162) y se mantiene en el actual Código de Sucesiones de 1991 (art. 180). Sin embargo, cabe establecerse en el contrato de donación regulado en el Código Civil en base al principio de autonomía de voluntad, esencial en Derecho de Obligaciones y proclamado explícitamente en el artículo 1.255; además de que viene referida, con terminología impropia, en el artículo 641.

En este caso, se cumplió la primera condición: el fiduciario falleció con un hijo —*cum liberis decesserit*—, por lo que éste es el fideicomisario, adquiere los bienes y el fideicomiso se purifica. El problema —como se ha apuntado— es que es hijo adoptivo y los demandantes estiman que se cumple la segunda condición: *sine liberis decesserit*.

Este problema debe resolverse aplicando, no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria.

En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación *por razón de nacimiento*, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, *iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación* y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: *la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos...*

No debe, pues, hacerse discriminación contra un hijo adoptivo y así lo entendió esta Sala que, en sentencia de 6 de febrero de 1997, negó la revocación de donación por supervivencia de hijos, por razón de que el donante ya tenía un hijo, que era adoptivo.

Tal como se ha expuesto, éste es el criterio que debe mantenerse, el que ha mantenido anteriormente esta Sala y el que reitera ahora.

En consecuencia, se acoge el motivo cuarto que alega la infracción del artículo 1.281.1.º del Código Civil, argumentando literalmente que, «*es obvio que a la fecha de 1990, cuando ocurrió el óbito del donatario, dado el tenor literal del artículo 108 del Código Civil que consagra la plena equiparación entre la filiación matrimonial y la adoptiva, en el término descendencia legítima se debe incluir, sin duda, la adoptiva, tal como ocurría también en 1965*».

COMENTARIO

La sentencia plantea y resuelve dos principales cuestiones. La primera, si es posible ordenar una sustitución fideicomisaria condicional en una escritura de donación; y la segunda, si la expresión «descendientes legítimos» comprende a los adoptivos. Ambas les responde afirmativamente. En cuanto a la primera, invoca los siguientes argumentos:

— La interpretación amplia —*minus dixit quiam voluit*— de la institución que nos ocupa, que tiene ejemplos, como la falta de regulación del poder en el Código Civil aplicándose las normas del contrato de mandato. A un acto unilateral se aplican las de otro acto bilateral y en el presente caso es a la inversa, a un acto bilateral —donación— se aplican las normas de una institución regulada

en un acto unilateral (testamento). Por ello, no constituye impedimento el que la sustitución fideicomisaria se regule en materia sucesoria.

— La aplicación de la sustitución fideicomisaria a la donación en la Compilación catalana. Esta consideración viene a confirmar el criterio ya expuesto hace muchos años por el insigne maestro don Federico de Castro, consistente en que, en vez de ampliar desmesuradamente las respectivas Compilaciones forales, sería más conveniente aunar los esfuerzos dirigidos a lograr un Código Civil único, generalizando aquellas instituciones forales convenientes y quedando fuera del mismo sólo aquellas otras especialísimas y genuinas de cada región.

— El principio de autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil.

— La referencia efectuada por el artículo 641 del Código Civil a las sustituciones testamentarias, cuyos límites declara aplicables a las donaciones.

A las que pudiera añadirse la interpretación de la presunta voluntad de los donantes en sentido espiritual —compartida, no precisa decirlo, por el donatario— que debe prevalecer frente a una interpretación puramente literal.

La segunda cuestión se resuelve en base a la igualdad constitucional entre todos los descendientes, reflejada en el artículo 108, párrafo 2.º del Código Civil y en la equiparación de los hijos adoptivos a los biológicos en materia sucesoria.

Continúan siendo útiles en esta materia los estudios de ROCA SASTRE, *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, Barcelona, 1948, y *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» en el Código Civil*, Madrid, 1956, y VALLET, «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula *si sine liberis decesserit*, en el Derecho de Castilla y en el Código Civil», en el *Anuario de Derecho Civil*, 1956, IX-3, págs. 783-860.

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA. PRETERICIÓN INTENCIONAL. ARTÍCULOS 806 Y 807.1.º DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2002.)

La acción de petición de herencia implica la declaración de heredero y la atribución de la cuota correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid declaró legitimarios preteridos intencionalmente a los hijos extramatrimoniales del testador, con derecho a su legítima estricta, reduciendo la institución de heredero a favor del hijo legítimo; sentencia que fue revocada por la de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, manteniendo la declaración de herederos preteridos intencionalmente, pero debiendo ejercitar en el procedimiento correspondiente las acciones que estimen convenientes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los hijos extramatrimoniales, actores y apelantes contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que anula y casa, confirmando la dictada por el Juzgado, que hace suya con todos sus pronunciamientos, porque:

— Existe una preterición intencional, consistente en la omisión de los legitimarios —hijos extramatrimoniales— en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima del causante.

— Su efecto consiste en reducir la institución de heredero en la misma medida que la desheredación injusta (arts. 806 y 851 del Código Civil), pues el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corte, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano en su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir.

— En su virtud se le debe atribuir la cuota legitimaria estricta en la herencia del testador directamente, como hizo la sentencia del Juzgado, sin necesidad de ejercitar una nueva acción en un proceso ulterior, como mantiene la sentencia de la Audiencia. La determinación de los concretos bienes a adjudicar en pago de su cuota legitimaria se especificará materialmente en ejecución de sentencia.

En cuanto a la acción de petición de herencia se ha tratado en la doctrina como la que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia y se ha ampliado en la jurisprudencia a la que ejercita la persona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde. Este es el caso que contempló la sentencia de 6 de noviembre de 1998, en que se pidió y se dio lugar a ser declarado heredero y asimismo se ordenó «llevar a cabo la partición de la herencia por los trámites de la testamentaria, adjudicándose al actor la cuota correspondiente». Y este es el caso presente, concluye el Supremo.

ACEPTACIÓN TÁCITA DE LA HERENCIA. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2002.)

No suponen aceptación tácita de la herencia la solicitud de la declaración de herederos abintestato ni la retirada de la entidad bancaria por el cónyuge superstite, existiendo régimen de separación de bienes de la total cantidad depositada por ambos cónyuges como cotitulares indistintos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José de Asís Garrote, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelado contra la sentencia de la sección vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, que había revocado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Alcobendas, conforme a los siguientes fundamentos de los que resultan claramente los hechos que dieron lugar al litigio:

Las demandadas recurren la sentencia de segundo grado que, revocando parcialmente la del Juzgado, ha dado lugar en parte a la demanda, promovida por la mercantil Kovo, S. A., inicialmente, contra el esposo y padre de aquéllas, don Severino B. M., fallecido el 25 de julio de 1990, antes de contestar a la demanda en reclamación de una deuda producida a consecuencia de las relaciones comerciales mantenidas por esta sociedad mayorista en el negocio de aves y huevos, con el minorista anteriormente citado señor B., el cual había fallecido en accidente de tráfico, por lo que se personaron separadamente, la viuda y las hijas de aquél, estas todas, a la sazón, menores de edad, por lo que lo hizo en su representación la madre que ostenta la patria potestad sobre las mismas. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto, tanto por lo que respecta a la viuda como a las hijas, por falta de legitimación pasiva; en cambio, la aquí recurrida, que revocó en parte la de primera instancia, confirmando por una parte, con la absolución

de la viuda, pero por el contrario, la revocó respecto a la reclamación, efectuada a las hijas, por entender que éstas, como herederas abintestato de su padre señor B. M., según se declaró en auto del Juzgado de 1.^a instancia número 1 de Alcobendas, de fecha 18 de octubre de 1990, en expediente de Jurisdicción Voluntaria seguido con el número 383/90, a instancia de la madre de las menores doña Elena A. S., por entender que las herederas habían aceptado tácitamente la herencia (art. 999), al haber dispuesto la citada señora, al día siguiente de la muerte de su esposo, de 14.180.000 pesetas, que constituía prácticamente la totalidad del saldo en la cuenta corriente abierta en la sucursal del BBVA de la localidad de Alcobendas, suma que correspondía al fallecido, en atención a que doña Elena A. S. carecía de profesión especial, el régimen matrimonial era el de separación de bienes, procediendo los ingresos familiares del negocio de aves y huevos que explotaba su marido, por lo que a pesar de que la entidad actora no hiciera uso de la facultad que otorga a los litigantes el artículo 1.005 del Código Civil, era clara la aceptación pura simple de la herencia hecha por la representante legal de las menores, en cuanto que entiende, además, que la aceptación de la herencia es una actuación para la que está facultada la madre de las menores, por no estar comprendida en ninguna de las prohibiciones del artículo 166 del Código, y no existir conflicto de intereses al que se refiere el párrafo último del artículo 163 del referido texto legal. Por lo que estando acreditada la deuda del padre, que reclama el proveedor, las herederas deben responder de las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también los suyos propios de acuerdo con el artículo 1.003 del citado texto legal.

En el primer motivo del recurso al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la LEC, alega infracción por no aplicación del artículo 1.003 del Código Civil, en atención a que nuestro ordenamiento jurídico, no se sucede al causante por el mero hecho del fallecimiento, sino como dice el precepto indicado, por la aceptación pura y simple, y desde que se produce ésta, es a partir de la cual cuando los herederos quedan obligados a responder de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino con el propio patrimonio de los herederos, y esta aceptación no se ha producido.

Ha de estimarse el motivo.

La sentencia impugnada, partiendo de la existencia de una aceptación tácita de la herencia, deducida del hecho, que ha tenido por probado, del reintegro por parte de doña Elena A. S., madre de las menores recurrentes, de una importante cantidad en efectivo de lo que constituye gran parte del haber del caudal hereditario que tenían depositado en cuenta corriente en la sucursal del BBV de Alcobendas que, en tesis del Tribunal de instancia, en forma alguna, se podía haberlo hecho si no fueran herederas del padre las hijas representadas por la señora A., por lo que si ha dispuesto de esa suma considerable de dinero, lo hizo en atención a que los bienes del marido pertenecían a sus hijas, de las cuales, ella era la representante legal, y por consiguiente el Tribunal de instancia dedujo que estos actos dispositivos del patrimonio del padre implicaba la aceptación de la herencia por la persona que podía hacerlo en nombre de las hijas, ya que éstas, por razón de la edad, no tenían capacidad legal para ello, actos dispositivos que necesariamente implica la voluntad de aceptar, que ha de considerarse comprendida dentro del supuesto del párrafo segundo del artículo 999 del Código Civil para entender que las herederas aceptaban tácitamente la herencia de su padre.

Estos razonamientos de la sentencia recurrida no se compaginan con la normativa legal, ni con la jurisprudencia, pues aunque es cierto que de acuerdo con el artículo 999 existen dos formas de aceptar la herencia pura y simple, a saber: la expresa, que se hace mediante documento público o privado, y la tácita, la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no había derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero. Descartada la aceptación expresa, lo que se discute en este motivo es si se puede apreciar la aceptación tácita por el hecho de que al día siguiente de la muerte en accidente del marido, la mujer obtiene el reintegro de prácticamente la totalidad del saldo de la cuenta corriente que ambos cónyuges tienen abierta en la sucursal del BBV de Alcobendas, de la que pueden disponer indistintamente ambos titulares. Es evidente, que el reintegro de la casi totalidad del saldo lo obtuvo en consideración a la cotitularidad que ostentaba la señora A. en la cuenta y a la facultad de disponer de los fondos en su propio nombre y derecho, y no como erróneamente entiende la sentencia recurrida como representante legal de sus hijas herederas de los bienes de su padre, el otro titular de la cuenta, y ello porque tal reintegro y en esa consideración no podía haberse efectuado en esa fecha, en cuanto que las vocadas a la herencia no fueron declaradas herederas abintestato hasta fechas más tarde, el 18 de octubre de 1990, por auto del Juzgado de 1.ª instancia número Uno de Alcobendas, por lo que difícilmente pudo alegar ante el Banco la madre de las menores, al reintegrarse de 14.180.000 pesetas la representación legal de las herederas cuando aún no habían sido declaradas como tales, por lo que hay que concluir que el reintegro lo obtuvo la señora A. S. en su condición de cotitular de la cuenta, en su propio nombre y derecho de acuerdo con el contrato de cuenta corriente, por lo que la actuación tenida por probada en las sentencias de instancia del reintegro de una cantidad importante de dinero del banco en que estaba depositado, no está comprendido dentro del supuesto del párrafo tercero del artículo 999 del Código Civil, ya que ese reintegro pudo realizarlo la madre sin invocar la representación legal de sus hijas menores, es más, si invoca la misma, el banco no da lugar al mismo sin que le acredite la calidad de herederas de las hijas a que representa, lo que no podía hacer hasta fechas posteriores en que se obtuvo la declaración de herederos abintestato, por lo que como ya se dijo más arriba, si la señora A. obtuvo el reintegro de esa cantidad, lo fue por ser titular de la cuenta, por lo que esa actuación consiguiente no implica un acto realizado por los llamados a heredar el patrimonio del señor B., padre de las demandadas, aunque lo haya efectuado su representante legal, y en su virtud no implican de forma alguna la aceptación *tácita* del artículo 999 del Código Civil.

Por otra parte, no es un hecho baladí, como parece deducirse en la sentencia de apelación, que ante la oposición de los demandados a la demanda, alegando la falta de legitimación pasiva por falta de aceptación de la herencia, la entidad actora, para evitar la situación de incertidumbre, no hiciera uso de la facultad concedida a terceros, de solicitar al Juez que instara a los herederos para que en plazo de treinta días hagan su declaración al respecto sobre la aceptación de la herencia, percibiéndoles para que si no lo hacen, transcurrido ese término se entenderá que la aceptan, porque con ello se había evitado el problema que ahora y después de transcurrido mucho tiempo se resuelve. Ni tampoco tiene trascendencia alguna en orden a tener por aceptada tácitamente la herencia el hecho de que se hubiera solicitado en expediente de jurisdicción voluntaria para la declaración de herederos, porque esto

supone, en el «iter» sucesorio, un estadio anterior y distinto al otro posterior de aceptación de la herencia.

COMENTARIO

Patrocina esta sentencia una interpretación restrictiva de aquellos actos que pueden implicar aceptación tácita de la herencia. Considera la titularidad indistinta en una cuenta corriente como suficiente para que el cónyuge sobreviviente pueda disponer de la total cantidad depositada conforme a un criterio formalista protector del tráfico mercantil que aparece ya en el artículo 1.385, párrafo 1.º del Código Civil, respecto a los bienes gananciales. Todo ello con independencia de las posibles responsabilidades civiles y tributarias en que pudiera incurrir el disponente respecto a los sucesores del premuerto (sobre todo si son menores de edad) y la Hacienda Pública. Precisamente para cubrirse en este supuesto, las entidades bancarias suelen exigir una declaración escrita de que vive el otro cotitular. Todo ello conforme a presunción del artículo 1.441 del Código Civil.

SUCESIÓN EN TÍTULOS NOBILIARIOS. POSESIÓN CIVILÍSIMA. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 6 de esta capital, argumentando que al haber ocurrido el fallecimiento del anterior titular del título y causante de la herencia, el 23 de mayo de 1978, por tanto, antes de la entrada en vigor de la Constitución Española, no es aplicable el artículo 14 de la misma y que desde el momento de la muerte del causante no sólo existe el derecho a solicitar el título nobiliario, sino un derecho al mismo, transfiriéndose al heredero por ministerio de la ley, la posesión civilísima acogida en la Ley 45 de Toro, que, por otra parte, no es incompatible con la adquisición del título por prescripción en base a una posesión inmemorial. Todo ello sin necesidad de recurrir a la nueva doctrina jurisprudencial —del Tribunal Constitucional y de esta Sala— sobre la preferencia de la masculinidad en la designación de sucesor a un título nobiliario.

SUCESIÓN EN TÍTULOS NOBILIARIOS. RÉGIMEN. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2002.)

El orden de sucesión en los títulos nobiliarios se rige por lo dispuesto en la carta de concesión y, en su defecto, por las normas de sucesión en los mayorazgos regulares establecido en las Leyes de Toro.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 38 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Dice la sentencia de 11 de mayo de 2000 que, «la jurisprudencia vigente de esta Sala se recoge en numerosas sentencias (cinco de 11 de diciembre de 1997, cuatro de 12 de diciembre del mismo año y tres del día 13 del mismo mes y año, y por último el Auto de 2 de junio de 1999) y así se ha reiterado que la sucesión de los títulos o dignidades nobiliarias se rige por el orden regular que tradicionalmente se ha seguido en la materia, a tenor de lo preceptuado en Las Partidas, Ley Segunda, Título XV, Partida 2.^a, artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, en cuanto se remite al artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, y siempre, obvio es, en defecto de lo dispuesto en la carta de concesión del mismo, cuando, en efecto, existe un orden específico para suceder en dicha carta». La sentencia de 20 de junio de 1987 establece que «el Decreto de 4 de junio de 1948, por el que se desarrolla la Ley de 4 de mayo anterior sobre grandezas y títulos nobiliarios, en su artículo 5.º dispone: "El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia". El orden "tradicional" no es otro que el que rigió para los mayorazgos regulares desde la promulgación de las Leyes de Toro (1505) que, por primera vez, reconocen y regulan esta institución (Leyes 27 y 40 a la 46) de forma distinta a como lo hicieron las Partidas para la sucesión a la Corona, supuesto que aquéllas permiten que el fundador establezca el orden sucesorio y las condiciones que tenga por conveniente, cuya voluntad será "ley en la materia", y para el caso de no disponer nada respecto al citado orden, se aplican los principios de primogenitura y representación tanto en las líneas rectas descendentes como en las colaterales, perfilándose así un orden totalmente distinto al regulado en la Ley de Partidas»; y añade que «según apuntó esta Sala, en sentencia de 7 de julio de 1986, "en los títulos nobiliarios —expresa la importante sentencia de 8 de abril de 1972— se sucede con arreglo a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación, conjugados con los siguientes criterios preferenciales: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye el de los ascendientes y el de éstos a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores; en tercer lugar, el más próximo en grado excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea (y salvando siempre del derecho de representación); en cuarto lugar, en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer; en quinto lugar, en igualdad de línea, grado y sexo, el de más edad prefiere y excluye al menor"».

FRANCISCO CASTRO LUCINI