

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. CARÁCTER SUBSIDIARIO PARA CUANDO LA LEY NO CONCEDE ACCIONES ESPECÍFICAS. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción de enriquecimiento sin causa no es ninguna sanción civil que se imponga como consecuencia de una conducta culpable, como reiteradamente tiene dicho esta Sala.

Es por supuesto concebible en abstracto una aplicación del derecho que resida en la equidad y la buena fe del aplicador, sin sujetarse a ninguna norma positiva. Pero no es concebible en una ordenación jurídica presidida por la sumisión del juez a la ley (art. 117.1 Const.). Es una pura contradicción pretender mantener junto a cada norma positiva que otorga acciones y fija plazos de ejercicio, la vigencia coetánea de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que deja aquella reducida a la nada. De ahí que la acción de enriquecimiento debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para la acción de enriquecimiento. Esta es la doctrina que se desprende de las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1985 y 3 de marzo de 1990, que sostuvieron, como una de las *ratio decidendi* de sus fallos, la subsidiariedad de la acción.

RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA: NO REQUIERE UNA ACTITUD DOLOSA DEL INCUMPLIDOR. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La resolución contractual, a tenor de lo establecido en el artículo 1.504 del Código Civil, no requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se malogre el fin del contrato para la

contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea necesaria una tenaz y persistente resistencia a su observancia, ya que basta con que pueda atribuirse al incumplidor una conducta voluntaria y obstativa al respeto de los términos pactados, de manera que procede la resolución cuando se da un impago prolongado y duradero injustificado, o quede frustrado el objetivo económico-jurídico inherente al contrato de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, tal como han sentado, entre otras, las sentencias de 2 y 16 de julio de 1991 y 20 de junio de 1993.

CONTRATO DE ARQUITECTO: LOS AUTORES DEL ENCARGO HAN DE SATISFACER SU IMPORTE, AUNQUE NO SEAN TITULARES DOMINICALES. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo denuncia infracción de la doctrina procesal sobre el litisconsorcio pasivo necesario por entender que debieron ser demandados los socios que componían la entidad propietaria del terreno donde iba a emplazarse el edificio. El motivo sostiene que los demandados nunca han sido titulares de la finca.

El motivo desconoce que si la Audiencia ha declarado que el encargo existió, que el contrato fue una realidad y que los autores del encargo fueron los demandados, ellos han de satisfacer su importe, cualquiera que sea posteriormente su relación con la sociedad a la que dicen pertenecer.

El trabajo de proyecto de edificio no necesariamente tiene que ver con la titularidad dominical.

EL ACUERDO PARTICIONAL ENTRE LOS COHEREDEROS NO REQUIERE UNA ESPECIAL FORMA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.058 contiene una autorización amplia a los herederos para llevar a cabo las operaciones divisorias de la herencia, lo que actúa plenamente, aunque con carácter supletorio por no haberlas realizado el testador ni encomendado a otro esta facultad. El acuerdo particional, de notoria naturaleza contractual, no requiere de una especial forma para que resulte eficaz y vinculante y en el mismo los interesados pueden también llevar a cabo renuncia de sus derechos hereditarios mediante la cesión de los mismos, lo que autoriza tanto el artículo 6-2, con carácter general, como el 1.000-2, ambos del Código Civil, que prevé la renuncia con carácter gratuito de un heredero a favor de los demás.

EL CONTRATO REPRODUCTIVO REFUNDE SUCESIVAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD, SOBRE LAS QUE SE PRESTA NUEVO CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—No pugna con el artículo 1.224 la tesis del contrato reproductivo, que se refiere a renovación contractual que refunde sucesivas declaraciones de voluntad sobre las que se presta nuevo consentimiento, como son los contratos de fijación jurídica, que establecen y determinan de modo claro y terminante, con designios de certeza y estabilidad, concretas

situaciones jurídicas (sentencias de 14 de noviembre de 1974, 15 de febrero de 1981 y 23 de junio de 1983).

El artículo 1.486, que se refiere a la compraventa, no protege y menos blinda las situaciones de incumplimiento.

El artículo 1.124 del Código Civil no es incompatible con el artículo 1.539, específico de las permutas, y autoriza la opción de mantener el contrato perfeccionado, pero con el resarcimiento de los daños y perjuicios.

EL JUEZ NO ESTA OBLIGADO A UTILIZAR LA PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada y constante que el artículo 1.253 del Código Civil autoriza al Juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en autos, no resulta infringido dicho precepto.

No se infringe el precepto por su no aplicación, máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas, y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones.

También es doctrina reiterada que por su especial naturaleza (deducción personal del Juez), es difícil que pueda exigírsele su aplicación y excepcional que en casación pueda impugnarse haberse omitido su empleo, a menos que esta prueba hubiese sido propuesta por las partes y discutida en el pleito.

CONTRATOS DE AGENCIA Y DISTRIBUCIÓN. CARACTERÍSTICAS. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de agencia viene a ser aquella relación consistente en la promoción o conclusión de operaciones mercantiles a cargo del agente, de forma continuada o estable, pero por cuenta del empresario que contrató sus servicios y que decididamente se proyecten a la captación de clientela para el principal, y si bien el agente conserva su organización empresarial, su actividad la viene a desarrollar como efectivo intermediario independiente, no asumiendo los riesgos de los negocios en los que participa, que los soporta el comitente, salvo pacto expreso en contrario, percibiendo el agente el precio convenido por su actividad de gestión, lo que no impide que pueda estar vinculado a varios empresarios distintos.

La concesión mercantil, también conocida como contrato de distribución, encuadrable dentro de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, presenta la particularidad de que el concesionario actúa en su nombre y por cuenta propia, en la zona geográfica asignada, asumiendo para sí los riesgos de las operaciones comerciales que realiza con los clientes, pues actúa con capital propio e independencia negocial del concedente, sin perjuicio de que las actividades se lleven a cabo en interés de aquél y también en el propio. Su autonomía se manifiesta en la fase final de distribución de los efectos o mercancías a la clientela, ya que se produce una efectiva reventa de los productos que suministra el principal.

Se ha de aplicar el artículo 1.101 del Código Civil cuando se ha producido resolución unilateral por parte de la concedente, no obstante estar previsto en el contrato, pero que resulte arbitraria y con daño para la otra parte.

La indemnización por clientela, que esta Sala de Casación Civil viene otorgando en los casos de relaciones de concesión en exclusiva, como la que nos ocupa, al corresponder a una indemnización compensatoria con estructura distinta de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento, y partiendo de que la clientela obtenida por el concesionario permanece y se integra, al producirse su desplazamiento, en el fondo comercial del concedente, y su disfrute, por el esfuerzo ajeno, actúa a medio de enriquecimiento injusto (sentencia de 22 de marzo de 1988).

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR RUPTURA DE TRATOS PRELIMINARES. REQUISITOS PARA LA PRESENCIA DE DICHA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1999.)

Hechos.—Tras diversos tratos preliminares, el Ayuntamiento de A. y la empresa D.I.S.A. iniciaron una colaboración para la instalación de un matadero industrial de aves, mediante un plan de actuación consistente en la adquisición de un terreno idóneo por el Ayuntamiento de ese municipio, que vendería posteriormente a D.I.S.A., pero supeditaba la ejecución del proyecto a la concesión de subvenciones oficiales. El Ayuntamiento adquirió el terreno, pero como no se concedieron las subvenciones, la entidad D.I.S.A. abandonó el proyecto. El Ayuntamiento la demanda por ruptura injustificada de tratos, pero el Supremo casa la sentencia de instancia y absuelve a la demandada.

Doctrina de la Sentencia.—Para la presencia de responsabilidad extracontractual, entre otros requisitos, se sitúa el concerniente a que el agente a quien se impute el daño haya realizado una acción u omisión contraria a derecho. En materia de responsabilidad precontractual, para que la ruptura de los tratos preliminares sea calificada como conducta antijurídica, la doctrina científica exige la concurrencia de los siguientes elementos: *a)* la suposición de una razonable situación de confianza respecto a la plasmación del contrato; *b)* el carácter injustificado de la ruptura de los tratos; *c)* la efectividad de un resultado dañoso para una de las partes; y *d)* la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada.

Para la existencia de la clase de responsabilidad extracontractual expresada, es necesaria la creación de una situación de confianza luego defraudada injustificadamente, y en este caso no se había producido en ningún momento ese estado de esperanza fundada que hiciera presumir que el contrato se iba a consumir, pues la actuación de la recurrente siempre estuvo supeditada a la concesión de las subvenciones.

La adquisición de los terrenos para ubicar el matadero fue efectuada y el préstamo para dicha compra fue concertado antes del conocimiento definitivo del alcance de las ayudas oficiales, lo que presupone un ilógico apresuramiento en la actuación del ente local.

En definitiva, no concurren aquí los presupuestos imprescindibles para la existencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las negociaciones.

EL AVAL PRESTADO DEJANDO EN BLANCO EL TIEMPO DE DURACIÓN NO ES ILIMITADO; ESTARA VIGENTE MIENTRAS DUREN LAS RELACIONES ENTRE EL AVALADO Y EL ACREEDOR. (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La fianza convencional exige un negocio jurídico entre fiador y acreedor, mediante el cual aquél garantiza y se responsabiliza del cumplimiento de las deudas de un tercero, sin que sea preciso, para la perfección de la relación, la participación del deudor.

Cuando no consta la intervención del acreedor y tampoco que hubiere expresado su consentimiento, el negocio de garantía no surge a la vida jurídica (sentencia de 23-3-1988) ni obliga al fiador.

El aval opera como garantía de otros contratos, y el avalista se obliga a cumplir la obligación ya existente, o la que se cree a partir del momento de su constitución, con una especial garantía personal y pacto o no de solidaridad.

La especialidad del aval resulta de que para su otorgamiento normalmente se tiene en cuenta junto a las condiciones del avalista también las del acreedor.

El aval, tal como se prestó, dejando en blanco el tiempo de su duración, se presenta sin limitación al no constar la fecha de su finalización, pero no debe por ello entenderse como ilimitado total en cuanto a su vigencia, es decir, para siempre, sin tope temporal alguno, sino que una interpretación razonable inclina a decir que resultaba vigente en tanto duraron las relaciones comerciales del avalado con la mercantil acreedora, y sólo a favor de ésta. Entenderlo de otro modo significaría blindar y mantener perpetua *sine die* una relación, a lo que es contrario el Código Civil (art. 400 —comunidad de bienes—, 1.052 —disolución de las sociedades civiles—, 1.750 —duración del mandato—) y no conciliarse su eficacia con doctrina jurisprudencial por tratarse de relaciones indefinidas en cuanto a su duración temporal.

EL SISTEMA DE ECONOMÍA DE MERCADO NO PUEDE SIGNIFICAR LA FALTA DE PROTECCIÓN PARA LOS CONSUMIDORES. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—No existe incongruencia cuando la estimación de una petición supone necesariamente el rechazo de la que motiva la acusación de incongruencia.

En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad que el recurrente solicita que esta Sala plantee al Tribunal Constitucional, por contradecir el artículo 38 de la Constitución, ha de resolverse negativamente, pues no se abriga ninguna duda de que el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios, y de que la libertad en la fijación de precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales.

CLASES DE SIMULACIÓN DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La simulación total o absoluta, llamada *simulatio nuda* por su naturaleza especialmente contraventora de la legalidad (la cual, como es sabido, al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro Código Civil, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que puede ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y la declarada —vicio de voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; y se puede distinguir una dualidad: simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa —*qur debetur aut qur pactetur*— y la simulación relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado), ostenta una afinidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado.

La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público.

El concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual dice que ésta consiste en un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer (Sentencia de 30 de septiembre de 1989).

DAÑOS MORALES. CONCEPTO. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Los daños morales representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o incluso resultados, pueden producir en la persona afectada, y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de instancia.

EL NEGOCIO FIDUCIARIO NO TRANSMITE LA PROPIEDAD DE LA COSA Y, CONSECUENTEMENTE, NO PUEDE SERVIR DE TÍTULO PARA ENTABLAR LA TERCERÍA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato en que se basa la tercería de dominio es un negocio fiduciario (con grandes visos de simulación) en virtud del cual el recurrente no adquiere la propiedad de la cosa confiada, que sigue perteneciendo al fiduciante y no habiendo llegado a ingresar el inmueble aparentemente vendido en el patrimonio del tercerista, no puede prosperar la tercería dominical planteada

UN CAMBIO LEGISLATIVO NO CONSTITUYE FUERZA MAYOR. CONGRUENCIA: EL JUEZ DEBE PRONUNCIARSE SOLO SOBRE LO SOLICITADO POR LAS PARTES EN EL «PETITUM». (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Según doctrina jurisprudencial, la fuerza mayor como acontecimiento que aun cuando se hubiere previsto habría sido inevitable —sentencia de 30 de septiembre de 1993—, dado su carácter absoluto productor de un incumplimiento «legal» de las obligaciones, deviene como consecuencia de factores externos al obligado (rayos, huracanes, inundaciones) lo que compadece mal con un evento tan previsible para una sociedad como la apelante, perteneciente al segundo grupo societario exportador e importador de tabaco del mundo, como es la reducción de cuotas de producción, por cambio legislativo de la Comunidad Europea, que hay que reputarlo dentro del denominado riesgo empresarial, por ser una eventualidad que puede producirse durante la vigencia de un contrato.

La congruencia o incongruencia de la resolución judicial ha de apreciarse confrontando o poniendo en relación lo pedido por las partes con lo acordado o resuelto por el juzgador, pues el órgano judicial debe pronunciarse sólo sobre lo pedido y únicamente en los límites de la tutela jurídica postulada, incurriendo en incongruencia con el reconocimiento en su fallo de un efecto o resultado cualitativamente diverso del pretendido por la parte en la tutela de su interés. Pues bien, para identificar el *petitum* ha de atenderse al suplico de la demanda y demás escritos rectores del proceso —contestación, réplica y dúplica—, no pudiendo por ello mismo reconocerse el carácter de *petitum* a las manifestaciones, alusiones, indicaciones y consideraciones contenidas en el cuerpo de dichos escritos, sin reflejo o traducción en el «suplico».

J. Q. S.

EL BAJO PRECIO RESIDUAL PACTADO PARA LA OPCIÓN DE COMPRA EN EL LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO NO ES ÍNDICE SIGNIFICATIVO POR SI MISMO DE QUE OCULTA UNA VENTA A PLAZOS DE BIENES INMUEBLES. (STS DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La tesis de la recurrente se basa en dos aspectos del contrato litigioso, a saber: que no cumple lo ordenado en el apartado 3 de la Disposición Adicional, al que califica de requisito esencial, pues en el contrato sólo se pactó el precio global, el importe a pagar en cada mensualidad, y en que en la opción de compra el precio era equivalente al importe de una mensualidad, precio meramente simbólico, y revelador de que el contrato de leasing financiero no era más que la cobertura de una compraventa a plazos del camión.

Estos argumentos son erróneos. Por lo que respecta a la «sustancialidad» que atribuye a lo ordenado en el apartado 7.º de la Disposición Adicional, no existe más que falta de atención a los apartados 5.º y 6.º de la misma Disposición Adicional, en la que se revela nítidamente que la finalidad de la primera es exclusivamente de orden fiscal, en modo alguno trasciende al aspecto sustantivo del contrato. La índole fiscal es todavía más clara si se repara en la Ley 43/95, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, cuya Disposición Derogatoria única deroga expresamente, entre otros, el tan repetido apartado 7.º, es más, en el artículo 128, bajo el epígrafe tan significativo de

«Régimen fiscal de determinados contratos de arrendamiento financiero», reproduce sustancialmente aquella Disposición Adicional de la Ley 26/1988, en sus nuevos preceptos sustitutivos de los derogados.

En lo que atañe al bajo valor residual del objeto, que es el precio de la opción de compra a la finalización del plazo de duración del leasing, carece de apoyo legal la tesis de la recurrente, pues como esta Sala ha dicho con reiteración, no hay ninguna norma que haya de cumplirse en la fijación de aquel valor residual. Además de nuevo olvida la recurrente la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/1988, en su apartado 7.º, que obliga a las entidades arrendadoras a amortizar el coste del bien o bienes adquiridos para el arrendamiento financiero, «deducido el valor consignado en cada contrato para el ejercicio de la opción de compra», en el plazo de vigencia estipulado para el respectivo contrato. Es decir, que para todos los efectos fiscales, el precio de adquisición debe corresponder a las cuotas a pagar en aquellos plazos, por lo que entonces es completamente lógico que el valor residual no sea índice significativo por sí mismo de la conversión de leasing en una venta a plazos».

APRECIACIÓN DE INEXISTENCIA DE CAUSA EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO ENTRE LOS CÓNYUGES. (STS DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Por lo que respecta al artículo 1.253, la argumentación del matrimonio recurrente se centra en que el Tribunal *a quo* al establecer el hecho consecuencia, siguió un camino no razonable y contrario a las reglas de la sana crítica, lo que obliga a hacer una referencia a los hechos base que sentó el Tribunal *a quo*, los cuales, sustancialmente, consistieron en: que no hay constancia probatoria sobre la realidad del precio, estimándose meramente confesado, que ninguna prueba apunta a la existencia de un patrimonio privativo de la esposa, ni al desempeño de una actividad lucrativa por la misma, siendo su profesión declarada la de «sus labores-ama de casa», que existe una relación conyugal entre compradora y vendedor, manteniendo su convivencia, que ambos continúan ocupando la vivienda, que el precio declarado es ostensiblemente menor al del valor de la vivienda, que aunque el préstamo otorgado por la Caja de Ahorros Municipal de Bilbao está garantizado con la hipoteca de la vivienda. No se pacta en la escritura pública la subrogación del mismo, por lo que el esposo sigue obligado personalmente al pago, y que el esposo carece de otros bienes para hacer frente efectivo el crédito del Banco. Pues bien, la valoración racional y lógica de los presupuestos relacionados, no permite llegar a una conclusión distinta a la sentada por el Tribunal *a quo*, es decir, que el contrato de compraventa careció de causa, y esto así, y sin necesidad de mayores reflexiones, permite concluir que el meritado Tribunal no siguió un camino erróneo al hacer aplicación de la prueba de presunciones que contempla el artículo 1.253, pues como bien dice una de las sentencias citadas en el motivo, la de fecha de 20 de febrero de 1990, «la determinación de ese enlace preciso y directo es un juicio de valor reservado, en principio, a la Sala de instancia, cuya deducción debe ser mantenida mientras no se acredite que la misma es arbitraria, absurda o contraria a las reglas del criterio humano». Por consiguiente, al no haber resultado infringido el artículo 1.253, ni tampoco, en su relación con el 1.214, el motivo carece de viabilidad.

DECLARACIÓN DE DERECHOS. (STS DE 26 DE OCTUBRE DE 1999.)

La cuestión litigiosa se centraba en que el contrato suscrito tenía por objeto varios locales comerciales y se había establecido la obligación de la vendedora de otorgar escritura pública antes del 31 de diciembre de 1993, y, si no llevara a cabo dicho otorgamiento en el plazo de ocho días naturales a partir del requerimiento de la compradora, que se verificó el 11 de enero de 1994, se vería obligada a abonar una indemnización de DOSCIENTAS mil pesetas diarias hasta la fecha del otorgamiento, a lo que se opuso la demandada con la alegación de que no había obtenido la propiedad del edificio en donde se ubican los locales comerciales objeto del litigio, pues la escritura pública de dación en pago en la que tendría su causa dicha adquisición, no fue ratificada, debido a que el mandatario verbal, interviniente en su nombre en dicha operación, no contaba con autorización para ello.

«Al ser la ratificación una simple manifestación de voluntad, puede realizarse de forma expresa o tácita, y la expresión más elemental de ésta es el aprovechamiento de los efectos de lo convenido en el contrato, situación concurrente en el caso del debate, donde la recurrente, que conocía los documentos suscritos por su representante legal, no hizo uso de la acción de nulidad que podía ejercitar y, además, según estima acreditado la sentencia de instancia, ha permitido el ingreso en su patrimonio de cantidades relativas a la adquisición inmobiliaria realizada por la vía de dación en pago, que, sin duda, está conectada con el contrato de compraventa de los locales objeto de este juicio, pues la segunda operación se complementaba con la primera y no se entiende sin aquélla.

No ha existido infracción legal alguna: la sentencia del juzgado, asumida por la de apelación, después de aclarar que el expresado representante legal no podía admitir bienes inmuebles en pago de deudas, hizo entrar en juego a la figura de la ratificación tácita respecto al negocio de la dación en pago, en el que tiene su origen el contrato objeto del litigio, según antes se determinó, lo que no es sino una consecuencia de la mentada falta de facultades para plasmar la operación, pues en otro caso no será precisada configuración alguna, la decisión recurrida abunda en esta materia y considera absolutamente acreditada la aprobación tácita de la recurrente no sólo por los datos demostrativos actuados en primera instancia, sino también por la incorporación al Rollo de la Sala que «los testimonios judiciales de documentos sobre los que fue interrogado el representante legal de la demandada».

EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ACCESORIAS PARA UNO DE LOS CONTRATANTES NO LE IMPIDE HACER USO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA CUANDO EL INCUMPLIMIENTO DEL OTRO ES ABSOLUTO. (STS DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

El artículo 1.124 del Código Civil que concede la facultad resolutoria para las obligaciones recíprocas, requiere como presupuesto fáctico esencial que el contratante que pretenda hacer uso de dicha facultad debe haber cumplido la parte de la obligación que le corresponda, pero semejante requisito ha sido paliado por una constante doctrina jurisprudencial —excusando su conocimiento general de la cita concreta de las sentencias que la *recogen*— manifestada en una doble vertiente: el incumplimiento alegado ha de ser de tal enti-

dad que frustre a la contraparte sus legítimas expectativas a la ejecución del contrato, y en el supuesto de que el reclamante hubiera incumplido parcialmente su obligación, ello ha de afectar a obligaciones accesorias y ser consecuencia del incumplimiento del contrario.

SE CONSIDERA EXCEPCIÓN OPONIBLE EL PAGO DEL PRÉSTAMO A PERSONA NO AUTORIZADA POR LA SOCIEDAD AVALADA. (STS DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

En el ámbito de las excepciones oponibles, el fiador puede aducir tanto las que afecten a la existencia y validez de la obligación principal, como las relativas a su posible extinción, e incluso utilizar los remedios defensivos que, fundados en razones objetivas permitan el incumplimiento del deudor principal. Debe tener presente, en este orden, que la disposición del capital prestado, por entrega indebida del propio prestamista, al pagar un cheque, prácticamente de su importe al administrador que carecía de poderes suficientes, pese a constar en la misma póliza de préstamo, la referencia a la escritura social que definió el alcance de aquéllos, de manera patente, la ocurrencia de un hecho, que en buena hermenéutica, supone que frente a la reclamación del reembolso del préstamo por la prestamista a la prestataria. Esta última puede oponer la irregularidad del pago efectuado a quien no estaba autorizado, frustrando con ello la reclamación, y, por ende, la devolución. Tal evento, encaja en el supuesto que previene el artículo 1.852 del Código Civil, al tratarse de un «hecho del acreedor» que impide por su culpa o negligencia, el buen fin del derecho al reembolso de préstamo exigible a la prestataria.

EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL PAGO DE INTERESES DEL ARTICULO 1.110 DEL CÓDIGO CIVIL. (STS DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

El artículo 1.110, integrado en el capítulo II del título I del Libro IV del Código Civil, relativo a los efectos de las obligaciones, establece una consecuencia liberatoria para el deudor que se deriva de la forma y entidad del cumplimiento de lo que le incumbe y debe, y de la falta de todo reparo o reserva por parte del acreedor en cuanto a ese cumplimiento que, por lo que aquí interesa, ha de contraerse a la liquidación definitiva de lo que se está en deuda y su repercusión en la obligación del pago de los intereses que esa deuda hasta entonces haya generado y así, reconocida la producción del primero de los presupuestos —extinción de la obligación por cobro de cien millones de pesetas que la aquí recurrente consiguió en su día, tanto como por haber reducido ese concepto pretendido en demanda— el precepto impone la consecuencia que de tal hecho deriva, cual es la de la extinción de la obligación de pago de toda clase de intereses, originados por las demoras producidas o pactadas, ya que el precepto tiene presente, sin otras distinciones, todos los que de aquellos intereses puedan estar integrados al tiempo del finiquito de la obligación principal, sin distinción por la causa o causas de su origen.

Cabe al acreedor impedir ese efecto extintivo que el precepto establece haciendo, al tiempo que se le liquida el capital mediante su entrega que recibe, la reserva sobre la deuda accesoria de intereses y el mantenimiento de su derecho al cobro de los mismos y esto, que admite la prueba correspon-

diente que desvirtúe la imposición legal, no ha ocurrido en el supuesto contemplado, pues como ya recoge la sentencia recurrida, el representante de la sociedad demandante confiesa en juicio, desvirtuando cuanto dice el escrito solicitando la persecución del procedimiento suspendido a su instancia, que en las conversaciones que condujeron a la liquidación del precio del contrato que le unía con el ente demandado, quedando así acreditada en principio por el hecho del pago y el desistimiento del resto, la falta de toda reserva en aquel momento, que es cuando sin respaldo alguno, se invoca realizada sobre la referida deuda de intereses.

CONTRATO DE OPCIÓN DE COMPRA. (STS 14 DE OCTUBRE DE 1999.)

Se pretende comprar una serie de tres edificios o casas, esto es, inmuebles, sin designar para nada cuál será el destino o designio que con dicha adquisición se presentará por los titulares del derecho de acción concedido, tampoco se expresa cuál será el objetivo de la opción por parte de los futuros compradores de los citados edificios que se especifican concretamente y que el precio del derecho de la opción es el de 124.000.000 de pesetas, o sea, lo que suele entenderse por prima del derecho de opción, cantidad que, sin perjuicio de tener un monto considerable, no puede enturbiar la recta calificación del contrato de opción en paralelo con el presumible fuerte agiotaje que pudieran obtenerse con futuras especulaciones inmobiliarias, todo lo cual se corresponde con el precio total de 620 millones de pesetas, de la futura compraventa que, en su caso, se debiera consumir, que se resalta y ratifica ese sentido optativo de la propia literalidad de las estipulaciones concertadas en dicho contrato, en donde se exponen las condiciones para convalidar el contrato de opción en contrato de compraventa, siempre y cuando por los titulares del derecho concedido, dentro de los seis meses del plazo de la opción, sea ejercitar la real adquisición de los inmuebles objeto de la acción, en cuyo caso, naturalmente, del precio total se descontaría la suma recibida como tal precio de derecho de opción, sin que el hecho de que la clásica y habitual prima se considere, a estos efectos, como parte del precio, no debe desvirtuar la recta calificación del contrato de opción que ha hecho el Juzgado sentenciador, ya que, hasta por la propia envergadura de su importe deviene lógico, que dentro de la jurisprudencia de intereses, las partes entiendan que, tal suma anticipada deba descontarse del precio de la eventual venta en el caso de que consuma el derecho de opción y se convierta en auténtico contrato de compraventa; en consecuencia, no habiéndose apreciado por el Juzgado de Instancia la existencia de ningún vicio invalidatorio del consentimiento prestado por los titulares del derecho de opción, hoy actores, y sin que tampoco quepa apreciar que el cambio urbanístico acordado por el Pleno del Ayuntamiento, altere lo así resuelto inicialmente, puesto que en definitiva ello, no más implica un evento que, debe integrarse o tenerse en cuenta por los interesados, dentro del área o riesgo que supone cualquier operación realizada a plazo, como ocurre con esta operación de futuro u opción de compra, ya que, en una dialéctica «a contrario», también incluso se podría pretender que cuando las condiciones urbanísticas hubiesen supuesto una indiscutible mejora o plusvalía en el momento en que se produzcan en relación con las previsiones pretéritas realizadas al pactar la opción, tampoco hubiera sido de recibo una acción de reclamación de diferencias por parte del concedente de

la opción; todo ello, pues, determina que, con independencia de que, en efecto, sea cierto que mientras el tracto de la opción, es claro que el concedente tenga la obligación de conservar el objeto del derecho correspondiente en la misma situación en que se apreció al constituir el contrato (exigencia acorde hasta con el dogma de la continuidad de la base del negocio), esa obligación, aquí, no ha sido vulnerada por su concedente, ya que, el supuesto cambio de destino de su naturaleza urbanística excede de su propia voluntad, pues, se le impone por las mismas disposiciones municipales, por lo cual, de esa alteración no es posible imponerle sanción alguna respectiva a su derecho.

VALIDEZ Y EFICACIA DE LA COMPRAVENTA DE UNA COSA EMBARGADA.
(SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1999.)

El *thema deccidendi* se reduce únicamente a determinar el efecto jurídico de una compraventa de una cosa embargada que si bien se celebra con anterioridad a la anotación preventiva del embargo en el Registro, no obstante para alcanzar la perfección, y por lo tanto la validez, precisó de una ratificación que tuvo lugar con posterioridad a la fecha de la anotación, de tal manera que la plena validez y eficacia desde la data de la celebración se produce en virtud de la retroacción de efectos —operatividad *ex tunc*— que anuda a la ratificación el párrafo segundo del artículo 1.259 del Código Civil.

PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. (STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro Ordenamiento no sólo en vía judicial, sino también mediante declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva de que sean los Tribunales los que definitivamente decidan la procedencia de la resolución extrajudicial, cuando no se acepta y resulta impugnada, con lo que no se autoriza la extinción del contrato, en cuyo caso la voluntad rescisoria, en este caso del comprador, requiere para su eficacia una resolución judicial que declare su procedencia, al concurrir los supuestos legales del artículo 1.124 del Código Civil, y dado el principio de rogación de parte por el que se gobierna el proceso civil, esa declaración judicial sólo puede obtenerse si se ha ejercitado la correspondiente acción. Al ser el recurrente parte demandada debió promover la correspondiente demanda reconvenzional, y en vez de esto se limitó a oponerse a la demanda. Ante la falta de ejercicio de la acción resolutoria, se veda a esta Sala de Casación Civil hacer pronunciamiento alguno sobre la cuestión.

I. I. M.

COMPRAVENTA. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Málaga, en sentencia de 27 de noviembre de 1992, estima en parte la demanda. La Audiencia Pro-

vincial de Málaga (Sección 6.^a), en sentencia de 28 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Existencia de una compraventa de inmueble de 14 de diciembre de 1989, en el que la vendedora fue la actora y hoy recurrida «Polígono Industrial Alhaurín de la Torre, S.A.», y la compradora «Promociones Alhsa, S.A.», en la escritura pública hizo constar haber recibido el precio completo, pero cuyo contenido se alteró por escritura posterior y de la misma fecha, y el resto del precio se aplazó mediante firma de letras avaladas de sucesivos vencimientos y sólo una fue atendida. Se requirió de pago a la compradora y luego se practicó el requerimiento absolutorio a que se refiere el artículo 1.504 del Código Civil.

Doctrina de la Sentencia.—El hecho se concretó en el destino dado por el Banco al importe de un cheque, que determinó a la Audiencia a decir en sus fundamentos jurídicos que «el documento privado que se acompañara con el escrito de suplica, no venía más que a fijar un precio ficticio con la clara intencionalidad de obtener financiación la sociedad, mediante la puesta en circulación de letras a favor no endosadas a "Polígono Industrial Alhaurín de la Torre", y que al parecer el efectivo obtenido quedó en cuentas particulares de algunos socios».

INCONGRUENCIA OMISIVA. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Málaga, en sentencia de 13 de junio de 1994, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.^a) en sentencia de 18 de marzo de 1995, estima parcialmente el recurso de apelación.

No ha lugar el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se considera que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva al no haber resuelto las cuestiones objeto de debate, es decir, sobre dos de los acuerdos de la Junta: aprobación de la situación económica y solución a la misma situación económica, habiéndose denegado por la Audiencia la aclaración solicitada. En el escrito de preparación del recurso se manifestó la reserva para ejercitar las acciones que pudieran corresponder, por entenderse que pudiera existir negligencia o ignorancia inexcusable al tratar el fallo, primero, por la inconcebible afirmación de que no se postuló sobre estos temas y, segundo, por confundir entre «**impugnación de cuentas**» e «**impugnación de los acuerdos**» que aprueban la situación económica de la comunidad de bienes por entenderles. No se discute si las cuentas son correctas o no, sino que el acuerdo que aprueba la situación económica y la solución a la misma y, por tanto, por la que se asume la deuda como propia de la comunidad no ha sido adoptado con las garantías suficientes al impedírsele la información a los comuneros disidentes y no justificar los administradores de hecho las cuentas que rinden, por lo que el acuerdo es gravemente perjudicial. La llamada «**incongruencia omisiva**» ha sido tratada en numerosas sentencias, entre ellas, las de fechas 25 de octubre de 1994, 26 de julio de 1994, 21 de junio de 1993 y 22 de julio de 1993. No se estima que el acuerdo

aprobatorio de las cuentas fuese perjudicial para los comuneros disidentes, sin que ello implique o suponga que las cuentas fuesen o no correctas por acomodarse o no a la realidad y que concurriese o no responsabilidad en los ejecutores materiales de la voluntad comunitaria, cuyos particulares, aparte de la carencia probatoria al respecto, afectarían al tema. Así pues, las consideraciones que anteceden llevan a concluir que no cabe imputar al Tribunal *a quo* infracción alguna del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber incurrido en la incongruencia denunciada.

La acción que se ejercita en estas actuaciones tiene su base en el artículo 398.3 del Código Civil, que establece que en el supuesto de que los acuerdos adoptados en la Comunidad de Bienes por la mayoría de los partícipes fuese gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda, ni la jurisprudencia ni el legislador concretan que se debe entender por acuerdo gravemente perjudicial, concepto jurídico indeterminado que, en cualquier caso, en opinión de la doctrina más autorizada, no debe encerrar un *numerus clausus*. Intimamente ligado con la privación del derecho de información, es la impugnación de acuerdos adoptados en la misma Junta de Comunidad de Bienes y de contenido económico que también es gravemente perjudicial para todos los interesados en la cosa común, ya que al adoptarse el acuerdo por la Junta, dada su especial organización y funcionamiento sin que éstos hayan sido correspondientemente informados ni se les haya justificado la cuantiosa deuda por los administradores de la Comunidad de Bienes. La naturaleza jurídica de la relación entre la Comunidad de Bienes Hermanos Varea y sus administradores de hechos es la de mandato, la obligación principal de todo mandatario es, según el artículo 1.720 del Código Civil, la de rendir cuentas de sus operaciones, y es este precepto el que infringe la sentencia recurrida al confirmar íntegramente los razonamientos jurídicos de la sentencia de primera instancia en relación a las dos cuestiones objeto del recurso de casación, acuerdos que aprueban las cuentas y adopción de soluciones a la problemática económica de la Comunidad de Bienes, ya que la obligación de rendir cuentas exige justificar las cuentas que se rinden. Y la falta de justificación de las cuentas rendidas en la Comunidad de Bienes Hermanos Varea por sus administradores de hecho, es la base fundamental de la demanda.

IMPROCEDENTE ACCIÓN REVOCATORIA O PAULIANA DE LA RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DECLARADA JUDICIALMENTE AL AMPARO DEL ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Sevilla, en sentencia de 8 de julio de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.^a) en sentencia de 14 de abril de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Objeto de la litis.—Se desestima la demanda interpuesta por la actora ejercitando una acción revocatoria o pauliana frente al acto fraudulento de resolución del contrato de compraventa de una nave sita en el Polígono Industrial Calonge, al haberse obtenido dicha resolución de contrato, y como consecuen-

cia se pide la condena a la codemandada «Proveedora del Aluminio, S.A.», a restituir a la deudora —«la otra codemandada»— «Aluminio Andaluz, S.A.», dicha nave, suplicando se condene a «Proveedora de Aluminio, S.A.», a abonar una determinada cantidad.

Doctrina de la Sentencia.—El contrato no sólo obliga a lo que en él se convino, sino también a las consecuencias legales y a las que, de acuerdo con su naturaleza, sean conformes a la buena fe y a la ley. Una consecuencia legal, derivada del párrafo 1.º del artículo 1.158 del Código Civil, es que un tercero pueda hacer el pago de la deuda contraída por «Aluminio Andaluz, S.A.», y ese tercero ha sido precisamente «Industrias C.H., S.L.», pero, incumpliendo la obligación derivada de la buena fe, «Proveedora del Aluminio, S.A.», ha impedido este pago no aceptando cobrar las cantidades que se le ofrecían e incumpliendo así el deber de cooperación que tenía o carga de cobrar, para lo cual se amparó en un silencio primero y en una actuación positiva después, encaminada a crear una apariencia jurídica a través del pleito resolutorio, todo ello con la complicidad de «Aluminio Andaluz, S.A.», como se demuestra en que en ningún momento se pasaran al cobro ni protestaran las letras de cambio representativas del precio y que en el acto de conciliación de fecha 21 de enero de 1991, ninguna de las demandadas informara de que estaba el pleito resolutorio en marcha o que en este pleito «Aluminio Andaluz, S.A.», no se personara, pese a tener sólidos argumentos para su defensa. Se da la existencia por el deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de perjudicar al acreedor. Se trata de demostrar la celebración por el deudor de un acto o contrato posterior con ánimo de perjudicar al acreedor, lo que no es exacto, pues, es suficiente que exista coincidencia para causar el perjuicio que se cause. El problema se suscita por el requisito consistente en la celebración por el deudor de acto o contratos posteriores con ánimo o al menos conciencia, de perjudicar al acreedor. Problema éste que es resuelto en el sentido de que no se cumple tal requisito por unos argumentos que no tienen consistencia suficiente para sostener la consecuencia del incumplimiento de tal requisito. «Proveedora de Aluminio, S.A.» actuó bajo carácter abusivo, concurriendo los requisitos precisos al efecto sobre el uso de un derecho externamente legal, también daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, igualmente la antisocialidad de ese daño. En realidad, se actuó tratando de defender los derechos de la mejor forma posible, y en caso alguno, sin pretender con una conducta fraudulenta perjudicar lo acontecido.

CONTRATO DE PERMUTA. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Villarcayo, en sentencia de 2 de junio de 1995, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª) en sentencia de 27 de noviembre de 1995, desestima el recurso de apelación. No triunfa el recurso de casación.

El litigio versa sobre el cumplimiento de una obligación válidamente contraída, conocida por la esposa y no impugnada. Y es que el contrato de permuta fue firmado exclusivamente por el demandado, contra él se dirigió la demanda y sólo respecto de él se solicitó condena. La esposa, no obstante, tuvo cabal conocimiento del litigio a los efectos de la Ley y Reglamento Hi-

potecario para el caso de que afectara la sentencia a los bienes gananciales, y sólo el varón se obligó con el contrato.

Doctrina de la Sentencia.—El contrato base del pleito carece de causa por no existir pleito y este requisito es indispensable porque así lo exige el artículo 1.445 del Código Civil, y como consecuencia, la sentencia acoge indebidamente el artículo 1.278 del Código Civil, que requiere para su aplicación la existencia de un contrato válido. Y es que la existencia de contrato es un hecho, como también la concurrencia de los requisitos esenciales para su validez, y los hechos incumbe fijarlos a la Sala de instancia. A ésta, igualmente, le incumbe calificar el contrato, cualquiera que sea la denominación que las partes le asignaron. En el caso de autos, la Sala declara que existió un contrato de permuta de solar por edificación, concurriendo los requisitos del artículo 1.261, así como el incumplimiento por parte del obligado a entregar la edificación, se acude a calificar el contrato de compraventa y a sostener que no medió precio y ello es caer en el error llamado «hacer supuesto de la cuestión».

TERCERÍA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona, en sentencia de 26 de enero de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) en sentencia de 9 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

Hechos fácticos.—Los actores adquirieron porciones indivisas de cosa inmueble común, destinada a garajes, por contratos de compraventa en el que el vendedor fue la empresa «Inmobiliaria Mercedes Dos, S.A.», pero no los pudieron inscribir porque la entidad vendedora alteró unilateralmente los coeficientes. Ello determinó que se planteara un proceso contra la vendedora en solicitud de la nulidad del título modificativo y los coeficientes para así poder inscribir en el Registro las plazas de aparcamiento. De las actuaciones se desprende que los terceristas poseen las plazas adquiridas, unas por documento privado, otras por documento público, de personas que, a la sazón, tenían poder de disposición sobre las porciones indivisas transmitidas, y con título y tradición, que son medios de adquisición del dominio según el artículo 609 del Código Civil, aunque se trate de fincas que cualquiera que sea el resultado de la declaración de nulidad de las escrituras de alteración de los coeficientes en la comunidad de propietarios, es evidente que hay razón suficiente para, prescindiendo de la excepción de litispendencia que deja imp juzgada la tercería, entrar a decidir sobre el fondo, con solución estimatoria, ordenando el levantamiento de los embargos trabados en garantía de un crédito por el constructor del edificio y copropietario, como titular de las plazas de garaje, y en consecuencia casarse la sentencia.

Doctrina de la Sentencia.—Aunque la antigua jurisprudencia equiparó prácticamente a la **acción reivindicatoria** y la **demandas de tercería de dominio**, la moderna ha modulado tal criterio. Ciertamente que, en ocasiones, cuando el demandante, tercerista, no posee, y sí los demandados ejecutantes y ejecutados, y aquél demuestra su título legítimo de propiedad, la tercería produce el

mismo efecto que la reivindicación, pero cuando falle algún requisito puede también ser estimada la tercería sin que se produzca la reivindicación y puede haber supuestos en que la paralización de la ejecución sea el único y fundamental efecto, común a todos los supuestos de estimación de la acción, porque la verdadera naturaleza procesal de la acción es la de proceso incidental tendente a paralizar la acción, dejando en algunos casos para juicio declarativo posterior la determinación de los verdaderos propietarios. Incompatibilidad del ejercicio simultáneo de la tercería de derecho y de mejor derecho es una consecuencia de sus distintos objetos. La primera tiende a impedir la ejecución porque el bien no es del ejecutado y el tercerista tiene interés legítimo en que así se declare; la segunda no paraliza la ejecución sino que simplemente gradúa los créditos para que una vez hecho trance y remate de los bienes en el encante, el dinero obtenido en la subasta se aplique según las preferencias establecidas. El embargo de bienes no altera la naturaleza de los créditos que dicha traba trata de asegurar, si el embargo es cautelar, o de transformar en dinero para satisfacción del crédito que originó la ejecución. No crea derecho real alguno sobre los bienes y simplemente determina que el derecho cuya satisfacción persigue el embargo tiene preferencia sobre los derechos que nazcan con posterioridad.

LOS ARTÍCULOS 359 Y 372 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y 1.251 Y 1.592 DEL CÓDIGO CIVIL. CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA. SE DESESTIMA LA RECLAMACIÓN DE PARTE DE LO PAGADO POR EXISTIR ERROR EN LA MEDIACIÓN FINAL, PORQUE DICHO ERROR NO HA RESULTADO ACREDITADO. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de *Zaragoza*, en sentencia de 19 de noviembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de *Zaragoza* (Sección 4.ª) en sentencia de 13 de julio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La Sociedad «Contratas e Ingeniería, S.A.», en anagrama «Ceinsa» promueve juicio declarativo de menor cuantía contra la Compañía Mercantil «Excavaciones y Transportes Bero, S.A.», en anagrama «Transbero» sobre resolución del contrato de ejecución de obra y reclamación de cantidad, pretendiendo que la sentencia a dictar contuviera como pronunciamientos los de resolución del subcontrato de ejecución de obra concluido entre «Contratas e Ingeniería, S.A.», y «Excavaciones y Transportes Bero, S.L.».

Doctrina de la Sentencia.—La parte dispositiva de la sentencia debe guardar conformidad con la demanda y sus pretensiones en la forma en que aquélla se exprese y, por tanto, la sentencia en su fallo debía haber recogido la existencia y rescisión de contrato que en la demanda se solicita y se acepta de derecho, si bien la expresión de la demanda, con las consecuencias legales derivadas de esta declaración, no podía identificarse con la pretensión concreta que la sentencia desestima. En realidad, se reconoció la existencia verbal de un contrato de ejecución de obra por unidades de medida. Es cierto que la declaración sobre la resolución del subcontrato de ejecución de obra, concluido por las partes, fue objeto del primer pronunciamiento solicitado en el

suplico de la demanda, para lo cual invocaba el artículo 1.124 del Código Civil, y las consecuencias legales atribuidas a la facultad resolutoria son las que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daño y abono de intereses en ambos casos, pero fuera de esta duda, aquella facultad se encuentra condicionada al caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Se hace alusión al artículo 1.592 del Código Civil, que viene a configurar una pretensión, relativa a que en los contratos de ejecución de obra se presume aprobada y recibida la parte satisfecha, admitiendo prueba en contrario, y por consiguiente, la existencia de una comisión de un error.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO.—EL RETRAYANTE NO ES PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA YA QUE TIENE LA TITULARIDAD DE DOS NEGOCIOS DEDICADOS A SALAS DE FIESTAS Y HOSTELERÍA, QUE CONSTITUYEN SU ACTIVIDAD PRINCIPAL. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Navalcarnero desestimó la demanda y la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. Los documentos presentados o son fotocopias o podían haber sido presentados con la demanda en período probatorio, por lo que son inadmisibles e ineficaces, siendo solo admisibles los posteriores al día 15 de marzo de 1990 en que precluyó la posibilidad de ser presentados en segunda instancia. La sentencia impugnada se basa en que el arrendatario no es profesional de la agricultura, ya que tiene la titularidad de dos negocios, dedicados a salas de fiestas y hostelería en Navalcarnero y Barajas, con ocho personas contratadas y sin que estas actividades puedan ser conceptuadas como complementarias a la agricultura o de pequeña entidad, con relación a esta, sin que los documentos presentados basten para desvirtuar aquella conclusión. De aquí se deriva que, si el recurrente carece del derecho a retraer las fincas por ausencia de la exigencia legal de ser profesional de la agricultura, la ocultación de la venta que alega no tiene importancia ni se entiende por qué se invoca el abuso del derecho por parte de los codemandados.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SOLO EXISTE UNA SUBROGACIÓN POR CAUSA DE MUERTE SEGÚN EL ARTICULO 79 LAR Y CARECE POR TANTO LA ACTORA DEL CARÁCTER DE ARRENDATARIA QUE POSIBILITE DICHO DERECHO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Coín estimó la reconvencción no existiendo el derecho de acceso a la propiedad, lo que confirmó la Audiencia.

No se admite, la casación. El contrato no es anterior al Código Civil y, aunque si lo es respecto a la Ley de 1935, resulta que no se ha perdido memoria del tiempo por el que se concertó que fue el de un año como consta

en el documento privado aportado por la actora, de donde se deduce que no puede pretender el acceso a la propiedad de la finca. Que la actora carece de la condición de arrendataria que justifique la posesión y disfrute de la finca arrendada por su padre político; fallecido éste en 1963 se produjo la subrogación del contrato locativo a favor de su hijo ya referido, con lo que quedó agotado el derecho de sucesión en el arrendamiento, que establece el artículo 79 LAR. Aunque no sea necesaria la pérdida de la memoria del arrendamiento, cuando el arrendatario tiene la condición de cultivador personal, esta circunstancia no se ha alegado en este litigio. Tampoco son admisibles segundas y posteriores subrogaciones por causa de muerte en el artículo 79 LAR y la existencia de una primera subrogación al fallecimiento del arrendatario en 1964 se da como hecho probado, que no ha sido combatido.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR NO ERA CULTIVADOR PERSONAL DE LA FINCA. EL HECHO DE NOTIFICAR AL ARRENDATARIO LA COMPRAVENTA NO SIGNIFICA QUE EL ARRENDADOR RECONOZCA LA REGULACIÓN APRIORÍSTICA DEL CONTRATO POR LA LEY ESPECIAL. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 5 de Murcia desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No triunfa la casación. El hijo y continuador del primitivo arrendatario ejerció el derecho de acceso a la propiedad, discutiendo la valoración de la finca y la condición de cultivador personal del actor. Este no reunía tal cualidad ya que era albañil, siendo la actividad agraria de carácter secundario y accesorio. En cuanto a la valoración de la finca, la prueba pericial esta sujeta a la apreciación del tribunal, según las reglas de la sana crítica y el recurrente pudo dar una versión exacta y legal en orden a la valoración de los terrenos. El detalle de notificar al arrendatario la compraventa, no significa que el arrendador reconozca la regulación apriorística del arrendamiento en cuestión por la Ley Especial, pero si la aplicación de esta normativa peculiar depende de una valoración que ha de ser homologada judicialmente, es, meridianamente claro que en el caso de la compraventa no tiene más remedio que hacerse la notificación pertinente al arrendatario para su posible acceso al Registro de la Propiedad conforme ordena el artículo 91.1 de la Ley especial sin que el hecho de la valoración, incrementada por el paso del tiempo y la variación de las circunstancias socio-urbanísticas de la zona de enclave de las fincas, suponga nada en contra de la exclusión *a posteriori* desde la iniciación del contrato, de la regulación de la Ley de Arrendamientos Rústicos, como lo demuestra inequívocamente la redacción del artículo 7.2 en relación con el 83.2 de la Ley de 31 de diciembre de 1980.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA CONSIGNACIÓN SE HIZO FUERA DE PLAZO Y ANTE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL QUE YA NO ERA COMPETENTE POR RAZÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Murcia desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se da la casación. El Juzgado dio por desistido al actor de la reclamación, pero interpuso recurso de apelación que no prosperó. La cuestión que se plantea es la infracción del artículo 136 LAR según el cual los plazos de renta que venzan durante la sustanciación del pleito deben ser consignadas bajo pena de tener por desistido del recurso al arrendatario. Esta norma, específica de los arrendamientos rústicos, es preferente al artículo 1566 LEC y no debe olvidarse que la consignación, para lograr valor liberatorio ha de ser puntualmente realizada en tiempo y forma, salvo los casos de retracto. Pero esta excepción no puede extenderse al acceso a la propiedad aunque ambos se regulan en el capítulo IX de la Ley, puesto que en los supuestos del artículo 98 y la Disposición Transitoria 3.^a no se dan las circunstancias tenidas en cuenta por la jurisprudencia para fundar aquella exclusión, porque la garantía que implica está cumplida por la consignación del precio que ha de realizar el retrayente, y sería odioso ampliarla a otros supuestos. Los preceptos de la Ley no resultan infringidos por el auto recurrido, porque el día final del plazo para el pago de la renta ni había realizado el pago ni consignado su importe, siendo extemporánea la consignación realizada nueve meses después, cuando el Juzgado carecía de jurisdicción por razón del recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Constitucional entiende que la consignación es una exigencia sustantiva y esencial para los recursos de este tipo de procesos. Siendo la prueba del pago o consignación un requisito formal ha de considerarse subsanable su omisión y ha de arbitrarse un plazo a tal efecto como prevé con carácter general el artículo 11.3 LOPJ. El Juzgado debió conceder al actor un plazo para subsanar la falta de prueba del pago o consignación pero ello no puede conducir a la nulidad de actuaciones, acreditado como está por los actos propios del demandante que en el momento de la demanda no solo no estaba pagada o consignada la renta de la anualidad que acababa de vencer sino también las de las dos anualidades anteriores pues no se produjo la consignación hasta la fecha indicada, después de recaída la resolución, teniendo al demandante por decaído en su reclamación.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LACAUSA DE LA RESOLUCIÓN HA DE EXISTIR AL TIEMPO DE INTERPONERSE LA DEMANDA AUNQUE SE RECTIFIQUE DESPUES, HACIÉNDOLA DESAPARECER. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 18 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No procede la casación. La Comunidad de Propietarios solicitó la resolución del arrendamiento por realizarse en el local actividades incómodas. El contrato autorizó al arrendatario a desarrollar la actividad de «Pub» siempre que se respetasen las Leyes y Ordenanzas Municipales, pero las actuaciones evidencian una actividad notoriamente incómoda y molesta para los ocupantes del inmueble, acreditativa de que los ruidos transmitidos por el funcionamiento del equipo de música superaban los autorizados por la Ordenanza general de Protección del Medio Ambiente y los ruidos venían de forma continuada desde la concesión de la licencia de apertura hasta la interposición de la demanda, sin que el hecho de que se hayan subsanado posteriormente,

pueda enervar la viabilidad de la acción ejercitada ya que la sentencia de 24 de mayo de 1951 dice que no es necesario que la causa productora de la resolución exista en el instante del ejercicio de la acción siendo suficiente el que se haya producido, pues no es posible admitir pactos limitativos del ejercicio de las acciones no establecidos expresamente por las Leyes y porque de mantenerse tal tesis, fácil sería eludir los efectos de las causas resolutorias de los arrendamientos, burlando los derechos del arrendador. En el mismo sentido la sentencia de 26 de junio de 1965 dice que si se diera la posibilidad de rectificar la infracción legal determinante de la causa de resolución, evitando así la sanción del acto antijurídico, la previsión legislativa resultaría inútil ante toda clase de abusos. Por otra parte el concepto de actividad molesta es cuestión de puro hecho, cuya apreciación compete a la Sala de instancia.

ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA COMPENSACIÓN POR EL ARRENDATARIO AL PAGO DE LAS OBRAS REALIZADAS POR EL ARRENDADOR, REGULADA POR EL ARTICULO 108.1. LAU SOLO ES APLICABLE A LOS CONTRATOS REALIZADOS POR EL ARRENDADOR ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE 24 DE DICIEMBRE DE 1964. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Vitoria estimó la demanda y rechazó la reconvencción y la Audiencia modificó la anterior, condenando al actor a la entrega de las llaves a los arrendatarios.

Triunfa la casación. La verdadera cuestión a decidir es si es o no aplicable el artículo 108 LAU a los arrendamientos de local de negocio, suscritos con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 4.104/1964 de 24 de diciembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la LAU. Los contratos, posteriores a dicha fecha, fueron objeto de una inspección del Servicio Técnico del Instituto Municipal de Sanidad y Consumo del Ayuntamiento de Vitoria, el cual ordenó al propietario la obligación de realizar obras de adecuación a las Ordenanzas Municipales para el Comercio de Minoristas. Es de analizar si las reparaciones son a cargo del arrendador o si los arrendatarios deben satisfacer la compensación parcial fijada en el artículo 108. La Audiencia entendió que la palabra «todos» se refiere tanto a los anteriores como a los posteriores a la LAU de 1964 diciendo que el artículo 108 hay que adaptarlo a la realidad social y debe soslayar toda regresión a estados jurídicos anteriores. Pero el recurrente alega que lo que debe regir es el artículo 107, conforme al cual todas las reparaciones necesarias para conservar la vivienda o local en estado de servir para el uso pactado serán a cargo del arrendador. Este deber tiene la compensación establecida en el artículo 108, pero estos preceptos deben entenderse solamente aplicables a los contratos relacionados en el artículo 95, pues así lo dice claramente el texto del artículo 108 y ese artículo se refiere a las viviendas y locales cuyo arrendamiento subsista el día que comenzó a regir la Ley de 1964. Siendo a partir de la ley de esta fecha, según su artículo 97, libre la determinación de las rentas de viviendas y locales, en modo alguno le son aplicables unas normas que tienen por fin corregir rentas no pactadas libremente. La palabra «todos» no comprende los contratos posteriores a la Ley de 1964 y en consecuencia están mal interpretados los preceptos indicados y, aplicado indebidamente el artículo 108 LAU, así como infringido por inaplicación el artículo 107 de la misma Ley.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—SEEXTINGUE POR TRANSCURSO DEL PLAZO PACTADO EL ARRENDAMIENTO SUJETO AL RÉGIMEN DEL RDL 2/1985 DE 30 DE ABRIL. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la anterior.

No procede la casación. La Audiencia declaró resuelto el contrato por extinción del plazo contractual, estando sometido al régimen del RDL 2/1985 de 30 de abril y se condena a la arrendataria a indemnizar a la arrendadora en la cuantía que se fija. Es reiterada la doctrina jurisprudencial recaída en aplicación del artículo 9 del RDL de 1985 que determina la existencia de dos clases de arrendamiento: los anteriores a esta norma, sujetos a prórroga forzosa y los posteriores, a los que será aplicable la tácita reconducción del artículo 1.566 Código Civil a no ser que los contratantes hubiesen convenido el sometimiento al régimen de prórroga forzosa, haciendo uso de la libertad de pacto. Pactado un plazo de tres años sin que se hiciese mención alguna a la prórroga forzosa del mismo sino que se prorrogaría por acuerdo de las partes, acuerdo que no ha existido. Tampoco existe abuso de derecho, ya que la recurrida hizo uso de un derecho reconocido por el ordenamiento judicial y plasmado en el contrato suscrito entre las partes, como es el de resolver el contrato y no proceder a su prórroga, al no aceptar la otra parte sus pretensiones económicas que no pueden calificarse de abusivas, en una situación de mercado libre como es el de alquiler de locales de negocio.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.—ELPAGO DE LAS OBRAS PARA ADECUAR EL LOCAL AL DESTINO PARA EL QUE FUE ARRENDADO CORRESPONDE A LA ARRENDADORA CONFORME AL ARTICULO 110 LAU. (SENTENCIA 24 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 3 de Gijón desestimó la demanda pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. Se arrendó el local a unos señores, que después constituyeron una sociedad limitada, que se subrogó en los derechos y obligaciones en virtud de la autorización que al respecto se consignaba en prevención de tal evento. Se requirió al titular de la pescadería instalada en el local para que efectuase obras de insonorización, requerimiento reiterado después con apertura de expediente sancionador por incumplimiento del primer requerimiento, trasladándolo la arrendataria a la propiedad para que se hiciera cargo de los trabajos pertinentes, pero la arrendadora contestó negándose en absoluto a su realización. La demandante reclamó el reembolso de las cantidades satisfechas para las obras por la arrendataria, pero la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, lo que fue revocado en apelación. La autorización a la arrendataria para realizar obras de reparación y mejora no puede implicar la constitución de una obligación para el arrendatario para que apenas iniciado el contrato tenga, a su costa que poner en adecuada forma el local para que sirva a los fines de explotación del negocio para el que fue arrendado, siendo así que era obligación principal exigible al arrendador, por lo que cabe deducir que el local tal como se arrendó no reunía las condiciones idóneas para el negocio, por lo que, conforme al artículo 110LAU incumbe su realización a la arrendadora. Por ello no puede darse por infrin-

gida la normativa por la sentencia recurrida, aun cuando la considerase inaplicable por creer que era arrendamiento de industria y aplicable el artículo 1554 del Código Civil, ya que en definitiva nos lleva a la misma conclusión.

TRASPASO.—ENEL CONTRATO SE AUTORIZABA EL TRASPASO PERO NO OTRA FORMA DE CESIÓN O DE SUBARRIENDO. (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Córdoba desestimó la demanda pero la Audiencia revocó la anterior.

No se da la casación. Del contrato se desprende que el arrendatario está facultado para traspasar el local, pues, después de autorizar una obra, se expresa que se ha de volver al estado actual si dejare de ser arrendatario o poseedor de solo uno de ambos locales comunicados o traspasase cada uno de estos a distinto adquirente «y además el traspaso no deja de ser un derecho reconocido por la LAU a los arrendatarios y para que su renuncia surta efecto ha de ser clara y terminante. La prohibición de cesión y subarriendo contenida en la cláusula cuarta se hallaba contradicha por la cláusula cuarta de la adición, pues si de la primera podía deducirse una rotunda prohibición de la cesión, en cambio en la segunda se contemplaba la posibilidad de traspaso del local, lo cual no es incompatible, ya que se autoriza el traspaso pero no el subarriendo ni otra clase de cesión. Conclusión esta que no puede ser motejada de ilógica ni de contraria a la ley, por lo que debe ser respetada en vía casacional. No aparece la renuncia en forma clara, como exige la jurisprudencia.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS QUE HAN DE ENTENDERSE AUTORIZADAS SON LAS NECESARIAS PARA LA INSTALACIÓN, ADAPTACIÓN O ACONDICIONAMIENTO DEL LOCAL ARRENDADO Y REFERIDA AL TIEMPO DE PUESTA EN MARCHA DEL NEGOCIO, SIN QUE PUEDA ESTIMARSE INDEFINIDA TAL AUTORIZACIÓN. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Vitoria estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. La sentencia parte de la conformidad de los litigantes en que el demandado llevó a cabo dentro del local obras que entrañan modificaciones de la configuración precedente de la dependencia arrendada, por lo que entiende que las alegaciones de la parte apelante que cuestionan la entidad de las obras realizadas constituyen motivo de oposición introducida en el proceso con ocasión de la vista del recurso de apelación, lo que es inadmisibles ya que en segunda instancia no cabe examinar ni decidir otras ni mas cuestiones de hecho o derecho que las que se plantean ante el Juzgado *a quo*. En primera instancia no se cuestionaron ni la realización ni la trascendencia de las mismas en orden a si alteran o no la configuración del local, alegando que la cuestión debatida era de interpretación del contrato de arrendamiento que en su cláusula 11.^a autorizaba al arrendatario a hacer obras. Estas obras alteran la configuración ya que en la fachada se cambió la situación de la puerta y de las ventanas sitas en ella. Las obras que han de

entenderse autorizadas son las necesarias para la instalación, adaptación o acondicionamiento del local arrendado para servir al destino pactado y referida la autorización al tiempo de puesta en marcha del negocio, sin que pueda estimarse indefinida la facultad del arrendatario de establecer o introducir en el local cambios que afecten a la configuración del mismo sin autorización del dueño. Así han de entenderse las cláusulas 5.^a y 11.^a del contrato es decir las obras autorizadas son las referidas a las obras de adaptación del local de negocio para el que se arrendó, sin que pueda alcanzar a las realizadas quince años después.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE SUBARRIENDO SINO QUE LOS INDICIOS PROBATORIOS SON DE QUE SE TRATA DE UN VERDADERO ARRENDAMIENTO SIMULADO COMO SUBARRIENDO. (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1995.)

El Juzgado número 46 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Se opone al contrato verbal cuya resolución se discute un contrato de arriendo anterior, pero el objeto de este litigio no es probar la existencia de un arriendo anterior y, sin más, por ello, considerar que cualquier ocupación del local lo sea a título de subarriendo. Cabe perfectamente, o bien que ese contrato anterior nunca entrará en vigor o bien que se haya simulado un arrendamiento con persona interpuesta para precarizar el arrendamiento verdadero so capa de subarriendo nunca acreditado, dada su forma verbal aunque los indicios probatorios coincidan en que se trata de un verdadero arrendamiento. El subarriendo ha sido objeto de especial cautela, en orden a su calificación por haber sido frecuente medio empleado para simular verdadero arrendamiento y eludir la prórroga forzosa del artículo 57 LAU. El recurrente soslaya el hecho de que la propietaria del local y la legal representante de la sociedad arrendataria-subarrendadora, sean la misma persona indicio que, junto con otros, determinó el resultado de la prueba.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL DESEO DE TRASPASAR EL LOCAL NO JUSTIFICA EL CIERRE DEL MISMO MAS DE SEIS MESES AL AÑO SIN QUE HAYA CAUSA JUSTA PARA LA INACTIVIDAD NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Sant Boi estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. No existe indefensión ya que del vicio procesal alegado se sirvieron ambas partes, sin protesta alguna. La sentencia estimatoria se basa en que el local estuvo cerrado más de seis meses en el año y ningún documento obrante en autos permite por su sola lectura, sin inferencia ni deducciones, desvirtuar tal afirmación. Se alega que el cierre tenía una causa justa por querer traspasarlo, pero este deseo no justifica en modo alguno la inactividad negocial. Tampoco puede considerarse abusivo el ejercicio de la acción so pretexto de las negociaciones del traspaso del local, a las que en modo alguno se oponían los arrendadores, pero que tampoco son causa justificada de cierre.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

TESTAMENTO. NULIDAD. FIRMA DEL TESTADOR. ARTÍCULOS 687 Y 695 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1999.)

La declaración notarial de que la testadora no sabe firmar equivale a la imposibilidad de hacerlo en ese momento concreto.

La testadora, que había firmado un testamento notarial abierto en el año 1946 y cuya firma constaba en su DNI y en su pasaporte, otorgó otro testamento notarial abierto en fecha 14 de diciembre de 1989, en el que el Notario hace constar que «firman los testigos citados, haciéndolo el primero de éstos, además de por sí, a ruego de la testadora, que dice no saber hacerlo, pero estampa la huella digital del índice de su mano derecha».

La parte actora y apelante mantiene que la testadora sabía firmar, como lo demuestra el testamento por ella otorgado en el año 1946, en el que aparece su firma, que igualmente aparece en su DNI y en el pasaporte; y que la manifestación falaz de la testadora, relativa a no firmar por no saber hacerlo, lejos de carecer de importancia, supone un vicio del instrumento que provoca su nulidad, saliendo al paso de la declaración de la Audiencia, según la cual «la manifestación que consta en el testamento de haber dicho la testadora no saber firmar, no tiene la importancia que pretenden darle los demandantes, pues las firmas que figuran en el DNI y en el pasaporte en 1973 y 1974, ya ponían de relieve las dificultades que la misma tenía quince años antes para firmar, y piénsese lo que sucedería en el año 1989 en que ya tenía una edad muy avanzada y padecía de arterioesclerosis, por lo que, lógicamente, ya no sabría firmar».

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 8 de Vigo, conforme a los siguientes fundamentos de derecho.

La infracción denunciada en el motivo del recurso, por errónea interpretación, es la del artículo 695 del Código Civil, en relación con el 687 del mismo texto legal, y su desarrollo argumental cabe resumirle del modo siguiente: Al no practicarse la testifical del Notario y al no poderse identificar por los peritos dactilógrafos la huella que obra en el testamento unido al protocolo del fedatario, en cuanto al dato del conocimiento por éste de la testadora y de la no acreditación de aquella suplantación, debemos manifestar plena y total adecuación jurídica en la conclusión que se contiene en la sentencia recurrida y en la del Juzgado de Primera Instancia. Distinta postura es de tomar en relación con la manifestación falaz de la testadora relativa a no firmar por no saber hacerlo, pues lejos de carecer de importancia, supone un vicio del instrumento que provoca su nulidad. En la sentencia recurrida, respecto al problema de la firma se expresa: «...tal como dice el Juzgador *a quo*, la manifestación que consta en el testamento de haber dicho la testadora no saber firmar, no tiene la importancia que pretenden darle los demandantes, pues las firmas que figuran en el Documento Nacional de Identidad y en el

Pasaporte, en 1973 y 1974, ya ponían de relieve las dificultades que la misma tenía quince años antes para firmar, y piénsese lo que sucedería en el año 1989, en que ya tenía una edad muy avanzada y padecía de arterioesclerosis, por lo que, lógicamente, ya no sabría firmar». Es evidente que del hecho de que una persona tenga dificultades para firmar o escribir en el año 1974, no puede, cabal ni jurídicamente tampoco, deducirse que quince años después y padeciendo una arteriosclerosis generalizada, ya no va a saber hacerlo, máxime cuando se afirma su plena capacidad jurídica y mental. Tal vez, la avanzada edad de la testadora y su padecimiento físico pudiera causarle una imposibilidad de suscribir el documento, pero jamás puede llevarle, o al menos tal dato no se ha acreditado por quien defendía la validez del otorgamiento a olvidarse de cómo hacerlo. En otras palabras, una cosa es manifestar que no firma porque no puede, y diametralmente diversa aseverar que no lo hace porque no sabe. Es cierto que la testadora padecía arterioesclerosis, y también lo es que en 1974 y 1973 firmaba, como consta en el Documento Nacional de Identidad y en el Pasaporte, pero es que figura unido a los autos un documento a considerar auténtico y que, fechado el 8 de noviembre de 1982, contiene una firma de la testadora: la renovación del Documento Nacional de Identidad. A la vista del precitado documento se puede afirmar que las dificultades que tenía la testadora para escribir en 1974, habían aumentado en noviembre de 1982, e, igualmente, que desde la última firma hasta el día del otorgamiento no se computan quince años, sino escasamente siete, siendo de insistir en que una cosa es tener dificultades para firmar e, incluso, no poder hacerlo, y otra muy distinta no saber con o sin dificultades. Como paradigma de la doctrina jurisprudencial es de citar la sentencia de 4 de enero de 1952, que sienta la doctrina general de que la firma del testigo instrumental en lugar del testador, dando fe de ello el Notario, «...no puede tener lugar eficazmente más que en el caso de que éste no pueda o no sepa firmar, por donde si se acredita que la manifestación, en virtud de la cual firmó el testigo es inexacta, la falta de la firma del testador sabiendo éste firmar, supone el quebrantamiento de una formalidad legal tan esencial como la suscripción del documento por aquél que lo otorgó...», y semejante doctrina ha sido objeto de ratificación por las sentencias de 10 de noviembre de 1973 y 31 de enero de 1964, afirmándose en las sentencias de 19 de junio de 1968; 6 de febrero de 1969, y 8 de marzo de 1975, que: «...el incumplimiento de los requisitos formales provocaría la nulidad del testamento, aún cuando no pudiera dudarse racionalmente que el mismo reflejaba con fidelidad la voluntad del testador».

Ciertamente, como prescribe el artículo 687, la nulidad de las disposiciones testamentarias es una sanción aparejada al hecho de que no se hubiesen observado las formalidades establecidas para las distintas modalidades de los testamentos, cuyo cumplimiento es absolutamente necesario y, ciertamente, también, que conforme a constante jurisprudencia, constituida, entre otras, por las sentencias reseñadas en el motivo del recurso, si el testador manifiesta no saber firmar y su aserto es mendaz, el testamento quedará viciado de nulidad, de aquí que la realidad de semejante falsedad se encuentra condicionada al resultado probatorio, lo cual, como se desprende de las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, no ha quedado acreditado.

Verdaderamente, aunque no se expresa de manera explícita por la parte recurrente, lo que viene a pretender es atacar la conclusión a que llegó la sentencia recurrida, cual si fuese irracional e ilógico el juicio de valor de que debido a que las firmas estampadas en el Documento Nacional de Iden-

tividad y Pasaporte, en 1973 y 1974, «ya ponían de relieve las dificultades que la testadora tenía quince años antes para firmar, y a que en 1989, en que ya tenía una edad muy avanzada y padecía de arteriosclerosis, lógicamente, ya no sabía firmar», pero ello se hace a base de conjeturas, desprovistas de cualquier presupuesto probatorio, en cuanto que alega que desde la fecha de la renovación del Documento Nacional de Identidad, 8 de noviembre de 1982, no se computan quince años, sino siete, pero tal reflexión es absolutamente irrelevante, especialmente cuando, como se decía, no tiene apoyo en elemento de prueba alguno, pero es que, además, a la inexactitud en que incurrió el Notario no cabe concederle un sentido o valor absoluto, tan solo relativo, pues es de atender, a juicio de esta Sala, que cuando aquél manifestó que la testadora no sabía firmar se refería, indudablemente, a la imposibilidad de saber hacerlo en ese momento concreto, con lo cual no se vino a conculcar la formalidad recogida en el artículo 695 del Código Civil, por lo que, en definitiva, las manifestaciones vertidas en la sentencia recurrida no pueden tacharse de irreales e ilógicas, y de aquí no cabe sino concluir que el motivo carece de total fundamento y no puede atribuirse al Tribunal *a quo* infracción alguna en torno a los artículos 687 y 695 del Código Civil, ni, tampoco, desconocimiento de la doctrina jurisprudencial reseñada en el motivo, y esto así, conduce a entender claudicado el único motivo del recurso de que tratamos, lo que origina, consecuentemente, en virtud de lo dispuesto en el rituario artículo 1.715.3, la declaración de no haber lugar al mismo, con imposición de costas a la parte recurrente, y la pérdida del depósito constituido.

COMENTARIO

Esta sentencia continúa la línea consistente en la dulcificación de los requisitos formales del testamento, con una interpretación laxa de los mismos, frente al rígido formalismo que había caracterizado la etapa anterior. En este orden de cosas, el propio Tribunal Supremo ya había declarado que si el Notario hace constar que a ruego del testador, por no poder firmar, firma un testigo en su nombre, hay que atribuir a aquél la manifestación de que no pudo firmar (sentencia de 1 de febrero de 1907, y que consignándose en el testamento que firmaron todos los presentes menos la testadora, por impedírselo su enfermedad, no es nulo el testamento porque el Notario no determine cuál de los testigos firma en nombre de la testadora, ni por no dar fe especial del cumplimiento de este requisito (sentencia de 11 de febrero de 1929). De esta línea se separó la sentencia de 4 de enero de 1952, al mantener la nulidad del testamento en el que firmó un testigo por el testador, quien había declarado no saber, siendo así que resultó probado que sabía firmar. Se trataba de un caso en que tal manifestación de no saber firmar fue hecha intencionada y falazmente por el testador para evitar la evidente presión de quienes le rodeaban y atendían en su enfermedad (por cierto, no demasiado bien) y procurarse así la nulidad del testamento. Esta sentencia mereció en su momento juicio desfavorable, pues la ley no exige la firma del testador en cuanto sepa, sino en cuanto no manifieste no saber o no poder firmar y el testamento se podía haber anulado por vicio de la voluntad, sin necesidad de acudir al defecto formal. La sentencia de 16 de febrero de 1956 mantiene, en cambio, la buena doctrina en este punto, que encuentra mayor punto de apoyo a raíz de la modificación del artículo 695 por

la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, al suprimir la expresión «...dando fe de ello el Notario». Esto es, el Notario no tiene ya que dar fe especialmente de que el testador no sabe o no puede firmar, sino sencillamente consignar lo que manifiesta el testador. Ello tiene gran trascendencia, pues así como antes esa declaración imponía al Notario la carga de asegurarse de la veracidad de la manifestación del testador, so pena de arriesgarse a la posible nulidad del testamento, a partir de la reforma el Notario cumple consignando que firma por el testador y a su ruego el testigo «X» por declarar el testador bien que no sabe o bien que no puede firmar.

DONACIÓN INOFICIOSA. ACCIÓN DE REDUCCIÓN. ARTÍCULOS 646 Y 654 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1999.)

El plazo para el ejercicio de la acción de reducción por inoficiosidad de donaciones es de cinco años.

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 por infracción de ley interpuesto por los actores y apelantes contra la sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Llerena, conforme a los siguientes fundamentos.

El motivo segundo (el primero no superó la fase de admisión), al amparo del artículo 1.692.3.º LEC, acusa a la sentencia recurrida de incongruencia, pues rechaza la excepción propuesta por la parte demandada y hoy recurrida, de prescripción de la acción ejercitada por la parte actora y hoy recurrente, al entender que la acción de reducción de las donaciones inoficiosas es de caducidad.

El motivo se desestima porque, sin necesidad de mayores profundidades, la parte demandada apuntó en su contestación a la demanda (fundamento de derecho 1.º de la de don V. R. D.), que podría tratarse del instituto jurídico de la caducidad, en cuyo caso sería apreciable de oficio por el juzgador, precaución sensata ante la oscuridad legal sobre la acción de reducción de donaciones inoficiosas en cuanto a su naturaleza, plazos y efectos. Por tanto, la controversia quedó planteada en este juicio de menor cuantía, incluyendo en ella la posibilidad de que la acción tuviese plazo de caducidad.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692.4.º LEC, alega aplicación indebida de los artículos 636, 654 a 656 y 819 a 822 del Código Civil. En su fundamentación se combate la sentencia recurrida por considerar que el plazo de ejercicio de la acción no es el de quince años sino el de cuatro, conclusión a la que llega utilizando la sentencia de 12 de julio de 1984, siendo así que esa consideración no era ni siquiera el fundamento del fallo utilizado, sino incidental, por lo que no constituye doctrina jurisprudencial. Utilizando argumentaciones del sector doctrinal que ha opinado que el plazo de ejercicio de la acción de reducción debe ser el general de quince años, por aplicación del artículo 1.964 *in fine* del Código Civil, se afirma que dicho plazo debió ser aplicado.

El motivo tiene como único tema el del plazo de ejercicio de la acción, y parece no haberse leído bien la sentencia que se recurre, pues la misma no se limita a la aplicación mecánica de la sentencia de 12 de julio de 1984, sino que la toma como punto de partida para razonar sobre cuál debe ser aquel

plazo. También es un tanto extravagante, pues no se adivina, ni en él se dice nada al respecto, qué tienen que ver con la cuestión que trata los artículos 819 a 822 del Código Civil.

El problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción tiene solución dentro de la regulación legal de las donaciones, atendiendo a la letra del párrafo 2.º del artículo 654, según la cual «para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo...».

Por tanto, es en las normas contenidas en los artículos 644 a 656 donde se deben remediar las lagunas e insuficiencias de la acción de reducción, y para ello ha de utilizarse necesariamente el procedimiento analógico (art. 4.º-1 del Código Civil).

El supuesto de hecho del artículo 654 no guarda afinidad, obviamente, ni con la revocación de las donaciones por ingratitud ni por incumplimiento de cargas impuestas al donatario, sino con la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos. En éste, el artículo 644 faculta al donante para revocar la donación para favorecer al hijo o descendientes. En aquél, se favorece al legitimario que por causas que puedan perfectamente sobrevenir a la donación, la misma le perjudica.

La sentencia de esta Sala de 12 de julio de 1984, abordó el problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, pero sus consideraciones no pasan de ser *obiter dicta* al rechazar el recurso de casación contra una sentencia que había desestimado aquélla por haber transcurrido el plazo de quince años (art. 1.964). La Sala desestimó el recurso porque alegaba únicamente como motivo la infracción del artículo 1.965 del Código Civil. Argumentó para ello una serie de razonamientos que, a la vista del planteamiento del recurso, pueden ser algunos meros *obiter dicta*. Entre ellos se encuentra, indudablemente, su opinión sobre el plazo de ejercicio de la acción, sobre el que dijo: «B) El plazo para la prescripción de la acción, ciertamente ejercitada, no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce, apoyándose en la generalidad del mismo, según los términos del artículo 1.964 ("las personales que no tengan señalado término especial de prescripción"), cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652 o acaso mejor el de cuatro años del 1.929, y más próximamente aún el de cinco años del 646, que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón por lo que procedería su aplicación analógica (número uno del artículo cuarto del Código Civil); tesis, esta última, que reforzaría el fundamento desestimatorio por hacer ya incuestionable, a todas luces, el efecto de la prescripción». En suma, se mostró entonces una predilección por el de cinco años, que ahora se confirma como *ratio decidendi* de esta sentencia.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692.4.º LEC, se fundamenta en que la sentencia recurrida infringe la doctrina sobre el valor de la jurisprudencia, pues la sentencia de 12 de julio de 1984 es única, ni resuelve el tema de la inoficiosidad (art. 1.6.º del Código Civil).

El motivo se desestima. Como se ha dicho al desestimar el motivo anterior, la Audiencia no ha aplicado la citada sentencia por ser doctrina jurisprudencial. Por otra parte, no habría ningún obstáculo legal para que acogiese como criterio sobre la interpretación de una norma el sustentado por una única sentencia; el que no constituya doctrina jurisprudencial no significa que sean inexistentes jurídicamente sus razonamientos.

El motivo quinto, al amparo del artículo 1.692.4.º LEC, acusa a la sentencia recurrida de haber calificado el plazo para el ejercicio de la acción de reducción de caducidad, cuando es prescripción, alegando al efecto algunas opiniones doctrinales que sobre la diferencia entre ambas instituciones jurídicas se han manifestado, y las razones que, a juicio del recurrente, le llevan a sostener tal tesis.

El motivo se desestima. De acuerdo con lo que hasta ahora se lleva dicho, la acción debe regirse por su analogía con la de revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, luego no ha de tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio, que es de caducidad. La doctrina de esta Sala es la de que la misma es predicable de «los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica», incluyendo la revocación de las donaciones en los supuestos ejemplificativos que enumera (sentencias de 11 de mayo de 1966, 25 de mayo de 1976, 28 de enero de 1983 y 10 de noviembre de 1994). Con la reducción se pretende dejar sin efecto, desde la muerte del causante, en todo o en parte, una donación que ha devenido inoficiosa, en otros términos, una alteración de una situación jurídica actual, que por motivos de seguridad del tráfico no interesa dejarla en una provisionalidad larga, sino en que aquélla, o la nueva situación, queda consolidada e inatacable. No lo consigue la prescripción, susceptible de interrupciones ilimitadas temporalmente.

El motivo sexto, al amparo del artículo 1.692 LEC, aduce infracción de la doctrina en cuanto a que la aplicación de la prescripción debe hacerse de una forma restrictiva. En su apoyo cita sentencias de esta Sala que así lo han afirmado, y alega que la acción ejercitada en este pleito no puede decirse que haya estado abandonada, dado los que le han antecedido sobre la cuestión.

El motivo se desestima como consecuencia necesaria de la de los anteriores, pues su presupuesto básico es textualmente: «Demostrado que es plazo de prescripción y no de caducidad...»

La desestimación de los motivos del recurso lleva consigo su desestimación y la confirmación del fallo de la sentencia recurrida, desestimatoria de la demanda como el de la primera instancia que se apeló, aunque por las razones consignadas en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia. Con condena en costas a los recurrentes (arts. 1.715.3.º LEC).

COMENTARIO

Frente a la tesis de que el plazo para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas es un caso de prescripción, el Tribunal Supremo entiende que estamos ante un supuesto de caducidad porque tal acción debe regirse por su analogía por la norma de revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, luego no ha de tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio, que es de caducidad.

El Tribunal Supremo, por tanto, hace uso de la analogía existente a su juicio entre la *reducción* de donaciones inoficiosas (art. 654) y la de *revocación* de donaciones por supervivencia o supervivencia de hijos o descendientes (arts. 644 a 646), con la consecuencia de que el plazo para el ejercicio de aquella acción es el mismo que el de esta última, esto es, cinco años (art. 646). Pudiera, no obstante, entenderse un tanto forzada esa analogía, por las siguientes razones, entre otras:

1. La analogía requiere que exista idéntica *ratio*, pues, como dice magistralmente el profesor don Federico de Castro, la analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de la semejanza. Esta *ratio* parece que no existe, contra lo que entiende el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, porque

2. La revocación del artículo 644 descansa en el acaecimiento de un simple hecho («mero hecho», dice textualmente), con independencia de que provoque o no un error del causante y siendo indiferente el valor de lo donado, esto es, sin exigir que tal donación perjudique las legítimas. Y se revoca toda la donación, no sólo parte ni, mucho menos, se aporta su valor. Sin que obste a ello el que la acción se transmita por muerte del donante a los hijos y sus descendientes. Esta transmisión no es suficiente para entender que la revocación aludida es un instituto protector de las legítimas, puesto que no pueden ejercitarla los demás legitimarios (ascendientes y cónyuge).

3. La reducción del artículo 654 es un instituto protector de las legítimas, como se reconoce unánimemente y responde a su origen y evolución histórica (que no es del caso reseñar). Y se da a favor de todos los legitimarios, no sólo de los descendientes, conforme a los artículos 636 y 817, refiriéndose tanto las donaciones hechas a los propios legitimarios como a quienes no lo son, a diferencia de la revocación del artículo 644. Su fundamento está clarísimamente en la protección de las legítimas (de todas), según las leyes 1.^a y última del libro 3, título 39 del *Codex de inoficiosis donationibus*, conociéndose también la inoficiosidad de la dote como manifestación concreta.

4. Se advierte como el supuesto de hecho de ambos institutos es diverso, e incluso podría decirse que opuesto: el artículo 644 parte del supuesto de que el donante no tenga hijos ni descendientes o, al menos, así lo crea, caso de error; mientras que tal circunstancia es irrelevante en el caso de reducción por inoficiosidad.

5. Aunque nuestro Código no sea un Código técnico, cierto es que el artículo 646 emplea el término «prescribe». Y de acuerdo con el fundamento protector de las legítimas, la acción del artículo 654 parece que debe ser la misma que la de la acción de todo legítimo, acción de tipo personal, con quince años de duración.

6. Finalmente, la acción de reducción se transmite a los herederos y causahabientes del legítimo (art. 655), sin que el precepto excluya a los herederos voluntarios (sentencias de 11 de octubre de 1943 y 19 de enero de 1950) e incluso hay quienes opinan (ROCA, LACRUZ) que pueden ejercitar la acción los acreedores del difunto, por vía de subrogación, cuando el legítimo-heredero no aceptó a beneficio de inventario; mientras que los legitimados para ejercitar la acción de revocación son el propio donante y sus descendientes.

PARTICIÓN EFECTUADA POR CONTADOR PARTIDOR. MENORES DE EDAD. LEGATARIOS DE PARTE ALÍCUOTA. ARTICULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

La falta de citación al inventario de los representantes de los legatarios de parte alícuota, menores de edad, es causa de anulabilidad.

Los legatarios de parte alícuota deben considerarse herederos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo declara no haber lugar al recurso de casa-

ción por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 7 de Bilbao.

La demanda solicitando la nulidad de la partición se funda en haber dispuesto la viuda del causante de acciones por valor de 460.000 francos suizos y de un depósito en metálico por importe de 74.195,50 francos suizos, depositados ambos en un Banco de Suiza, sin incluirlos en el haber partible, como tampoco se incluyó un panteón y un apartamento y en haber practicado el contador partidador la partición sin llevar a cabo la citación de los coherederos, acreedores y legatarios como ordenaba el artículo 1.057 del Código Civil para el caso, como el presente, de concurrir a la herencia menores de edad.

El Juzgado entendió que la omisión fue dolosa y que el dolo excluía aplicar el principio *favor partitionis*, desechando que pudiera practicarse otra partición complementaria de la anterior que declara nula, restableciendo la situación de indivisión de la herencia. La Audiencia confirmó la sentencia, aunque descartó la existencia de dolo por entender que el incumplimiento del artículo 1.057 constituye razón suficiente para la anulación de la partición.

Los recurrentes pretenden que debe mantenerse la partición efectuando otra complementaria, pues el artículo 1.057 no es aplicable al caso, ya que el inventario no tiene fines particionales sino preventivos, por lo que su falta no genera la nulidad de la partición y aun exigido el inventario, sería preciso que los menores fuesen herederos forzosos y no lo son los de este litigio, pues uno es legatario de cosa determinada y los demás son legatarios de parte alícuota.

El Tribunal Supremo, teniendo en cuenta el desmenuzado análisis que los recurrentes efectúan del artículo 3.1 del Código Civil para fundamentar la inaplicación, según ellos, del artículo 1.057, recuerda los sucesivos textos legales de este último precepto para partir del aplicable.

El primer texto vigente desde la promulgación del Código hasta la Ley 117/1981, de 13 de mayo, en su párrafo primero reconocía la facultad del testador para encomendar por *acto intervivos* o *mortis causa* y para después de su muerte, la facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. Y el párrafo segundo literalmente establecía que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno menor de edad o sujeto a tutela», pero el comisario deberá, en este caso, inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

En el año 1981 por la citada Ley 11, de 13 de mayo, se intercaló un segundo párrafo admitiendo la posibilidad de nombrar un albacea dativo a petición de los herederos, tanto en sucesión testada como intestada, pero este párrafo no afecta al problema litigioso. Esta misma ley, pues, conservó el tenor del antiguo párrafo segundo que pasó a ser tercero y estaba vigente tanto al otorgar testamento don Jesús Fernández González como al abrirse la sucesión y practicarse las operaciones particionales, sin citar a los coherederos para la práctica del inventario de la herencia a la que concurrían menores de edad. Este hecho está reconocido por ambas partes, a pesar de que en el texto particional se dice haber cumplido con la citación exigida por el artículo 1.057.

Por Ley Orgánica 1/1996, por tanto posterior a todas las vicisitudes de la herencia y pleito pendiente, se modificó el párrafo tercero del artículo 1.057 (antes segundo) y se establece que «lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o

deficiencias físicas o psíquica, pero el contador partidor deberá, en estos casos, inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas.

De la comparación de ambos textos, sucesivamente vigentes, se comprueba la extensión del inventario a los casos de curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias psíquicas o físicas y la supresión de la citación a los coherederos acreedores y legatarios. Esta evolución del precepto no está exenta de importancia a la hora de interpretar el viejo artículo 1.057 que se denuncia como infringido.

Y descarta la interpretación de la parte recurrente, quien basa la infracción del artículo 1.057 en no tener en cuenta que las normas legales se interpretan según el sentido propio de las palabras, y palabras del artículo 1.057, dice el recurrente, obligan al comisario a inventariar «con citación de los coherederos acreedores y legatarios». Continúa, que no habla de herederos, sino de coherederos, y como esta palabra hace referencia a la relación entre los herederos, concluye afirmando que la citación sólo debe hacerse a los coherederos de dichos menores sujetos a tutela. El argumento, cualquiera que sea el grado de sutileza con que se expone, es absolutamente irrelevante.

Cuando el precepto habla de coherederos, es porque cuando concurren varios y todos sean herederos, si alguno es menor deberá tenerse en cuenta el precepto legal.

Continuando la argumentación, se dice que la Audiencia no ha tenido en cuenta el contexto del artículo 1.057, como exige el artículo 3.1 y recuerda diversos preceptos del Código Civil como el artículo 166 o el 1.014, y los artículos 914 y 1.084 del Código, pero de la lectura de todos ellos no se desprende nada que permita prescindir de la obligación de citar a los representantes del menor para inventariar en los supuestos de herencia.

Acude el recurrente a invocar argumentos históricos, pero ninguno de ellos permite tampoco concluir en que el precepto no es de obligado cumplimiento. Ciertamente que el precepto era oscuro, ponía en tela de juicio la doctrina la finalidad perseguida por el mismo y no se alcanzaba a justificar la llamada a ese inventario a todos los coherederos, acreedores y legatarios, pero el texto posterior vigente en la actualidad, aunque no al tiempo de la partición, nos impele a pensar que la citación inexcusable para la práctica del inventario es a los representantes legales de los menores o incapaces y en el caso de autos no se hizo.

Por último, como argumento añadido, pero que parece esgrimido sin convicción y acaso porque se esgrimió en la contestación a la demanda, insinúa que los menores no son herederos.

Este argumento es también poco sólido, puesto que si bien F. R. F., evidentemente no es legatario de parte alícuota porque le atribuye el testador una cosa cierta y determinada, como es la nave o pabellón sito en el barrio de Z., sin que pueda su valor sobrepasar la sexta parte de la herencia (vid. arts. 660, 768 del Código Civil), los restantes hermanos no son instituidos en cosa cierta, sino que reciben del causante el remanente si lo hubiera del tercio de mejora y ello es indeterminado hasta tal extremo que solo tendrá contenido si tras cumplir con las disposiciones que regulan la intangibilidad de las legítimas y las testamentarias establecidas por la voluntad del causante, hubiere resto de bienes pertenecientes al as hereditario. Reciben por ello el tratamiento de herederos.

Esto sentado, se trata de una partición en la que se ha conculcado una exigencia insoslayable por el contador, el inventario, su falta no puede ser considerada dolosa, como ya razonó la sentencia de la instancia, pero ello no comporta que instar la nulidad sea una conducta de los actores contraria a la buena fe, ni constitutiva de abuso de derecho.

Esta Sala mantuvo en la sentencia de 16 de mayo de 1955, que la falta constituía causa de nulidad absoluta, pero tal riguroso criterio fue atenuado por las sentencias de 26 de diciembre de 1973 y 17 de diciembre de 1988, para las cuales la sanción es la de mera anulabilidad, y en consecuencia es susceptible de convalidación por confirmación o por prescripción, y que tal convalidación puede darse por actos propios de carácter inequívoco, que revelen la voluntad de aceptar la partición, pero tales actos no se han declarado concurrentes en el caso de autos.

Por último, precisa el contenido y alcance del artículo 1.057 a la luz de la jurisprudencia y el criterio de ésta sobre los efectos de la falta de cumplimiento del requisito de la citación a los representantes de los menores.

La necesidad de citar a los representantes de los menores o incapacitados al inventario y sólo a éstos, ha sido la solución dada por el nuevo texto del artículo 1.057, que como dijimos no es aplicable al caso, pero evidencia que esa era la exigencia ineludible en el texto anterior, aunque alguna sentencia como la de 23 de diciembre de 1976, estableciera que también debía citarse a los coherederos, legatarios y acreedores.

El Código no establece las consecuencias de dicha falta de manera explícita, del propio modo que no determina los supuestos de nulidad de las particiones, salvo el del artículo 1.081, completamente ajeno al pleito. La Jurisprudencia contenida, entre otras, en las sentencias de 26 de diciembre de 1973 y 17 de diciembre de 1988, a pesar de los términos imperativos del precepto (observará, deberá...), entiende que la falta de citación a inventario es causa de anulabilidad y no produce por ende nulidad absoluta.

Esto sentado, es evidente que los representantes de los menores tienen legitimación para impugnar la partición defectuosa.

El carácter meramente anulable de esa defectuosa partición permite admitir que tras su práctica sea convalidada por confirmación (art. 1.309 del Código Civil), tanto expresa como tácitamente (art. 1.311), pero en autos no se aprecian hechos posteriores que revelen la voluntad inequívoca de confirmar la partición, ni puede ser razón suficiente la alegación de que los representantes del menor tenían noticia de la omisión de bienes en la partición.

El recurrente aspira a que el litigio sea resuelto por el cauce de una partición complementaria, como permite el artículo 1.079, tan repetidamente aplicado y que ha dado lugar a una importante Jurisprudencia que consagra el principio *favor partitionis*, desde la antigua sentencia de 2 de julio de 1904, pasando por las de 5 de mayo de 1933, 16 de abril de 1943, hasta las más recientes de 31 de mayo de 1980, 15 de mayo de 1982 y otras posteriores.

Pero tal aspiración no puede ser satisfecha porque la Jurisprudencia aplica tal principio a los supuestos de omisión de bienes, pero no a los de infracción del precepto contenido en el artículo 1.057, cuyo carácter protector del menor es de naturaleza distinta.

Consecuencia de todo lo anterior es concluir que la partición infringió el artículo 1.057, que dicha infracción determina la anulabilidad de las operaciones, la cual ha sido ejercitada por persona legitimada, como es el padre de

los incapaces, y que no es del caso producir un cambio jurisprudencial que permita aplicar el principio *favor partitionis* a supuestos que no tienen apoyo legal en los preceptos de los que se dedujo tan beneficioso principio.

COMENTARIO

En definitiva, el Tribunal Supremo no niega la posibilidad de realizar una partición complementaria, si bien la misma no se admite en el presente caso al oponerse a la misma el representante legal de los menores de edad. Si, al ser la partición en este supuesto meramente anulable y no radicalmente nula, la consecuencia es que la misma es susceptible de confirmación, como admite el propio Tribunal, bien expresa o incluso tácitamente. Y una posible confirmación sería por admitir la partición complementaria. Esta interpretación parece coherente con el párrafo en que se dice: «...pero en autos no se aprecian hechos posteriores que revelen la voluntad inequívoca de confirmar la partición...»

El legado de parte alícuota ha adquirido desde hace tiempo carta de naturaleza en nuestro Derecho, siendo su régimen jurídico fruto de la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, así como de las resoluciones de la DGR y N, sobre la escasa base suministrada por los artículos 655 del Código Civil, 42 número 7 de la Ley Hipotecaria, 146 y 152 de su Reglamento, 1.038, 1.049, 1.055, 1.056 y 1.065 de la LEC. Interesa destacar que en el Derecho romano la naturaleza de este legado era puramente obligacional, en cuanto se limitaba a conferir un derecho de crédito contra el heredero. En nuestro Derecho, a partir de la Ley 20 de Toro y con base en la misma, la mayoría de la doctrina ha entendido que el legatario de cuota viene a ser un comunero más o copropietario de los bienes hereditarios, salvo que se trate de legado de valor puro de la herencia en que será considerado como simple acreedor.

COMUNIDAD HEREDITARIA. *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO*. ARTÍCULOS 392 Y 400 DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Pamplona que había confirmado íntegramente la del Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Santa Coloma de Farnés, por la parte actora y apelante, conforme a los siguientes fundamentos de derecho.

El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se ha infringido el artículo 400 del Código Civil en concordancia del artículo 392 del mismo Cuerpo Legal.

Este motivo debe ser estimado con todas sus consecuencias.

Son hechos probados e incontrovertidos, en el sentido de ser admitidos por todas las partes de la presente contienda judicial, que la que fue herencia yacente de los padres de dichas partes —cuatro hermanos— ha sido aceptada expresamente, que además ha sido inventariada —seis fincas—, y que de toda

conformidad, los mismos, han procedido a su partición y división, adjudicándose cada uno de ellos una cuarta parte indivisa de los bienes de la misma.

Con base a todo lo anterior se ha de afirmar que ha existido una comunidad de la que surge una *actio communi dividundo* que representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y que es de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna (sentencia de 5 de junio de 1998).

Por ello se ha de decir que tal acción es susceptible de ejercitarse por el cauce procesal del juicio ordinario declarativo de menor cuantía, que es lo que ha hecho correctamente la parte recurrente —antes actora— en el presente caso, pues dada su posición de comunera copropietaria, derivada de una aceptación y adjudicación espiritual de unos bienes hereditarios, no necesita para nada el cauce del juicio universal de testamentaría para tal ejercicio; pues no se puede olvidar que lo que se ejercita es la ya mencionada *actio communi dividundo* y no la *actio familiae erciscundae* que sólo puede ejercerse a través del ya mencionado juicio universal, pero siempre que la herencia no haya sido dividida que, como se ha dicho y visto, no es el actual caso.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta con carácter general y como aplicación del principio *pro actione* y del de la tutela judicial efectiva, no es un óbice grave el utilizar un cauce procesal garantista —como es el juicio ordinario declarativo—, obviando un juicio universal específico que normalmente y, dada la posición de las partes de esta *litis* desembocaría en el mencionado juicio ordinario declarativo.

Y para ello hay que estar absolutamente de acuerdo con lo plasmado en el voto particular aplicado a la sentencia recurrida, es decir, que las seis fincas objeto de la comunidad en cuestión, unas por imperativos normativos y otras por principios económicos, son absolutamente indivisibles desde un punto de vista material, por lo que habrá que recurrirse a lo dispuesto en los artículos 404, 406 y 1.062 del Código Civil, o sea, emplear la vía jurídica para salir de tal división, o sea acudir a la pública subasta y repartir el dinero obtenido en cuatro partes, ya que algunos de los comuneros así lo han solicitado.

COMENTARIO

Sabido es que el derecho hereditario en abstracto, de controvertida naturaleza, de los herederos se transforma, una vez aceptada la herencia en un derecho concreto sobre los diversos bienes que la integran, cuya naturaleza ya no responde a la comunidad germánica, sino que es la de la copropiedad romana o por cuotas; por lo que para salir de la indivisión resulta adecuado el ejercicio de la *actio communi dividundo* y no el de la *actio familiae erciscundae*, con la consecuencia procesal que ello comporta.

SUCESIÓN. LEGISLACIÓN APLICABLE. REENVÍO. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1999.)

No es necesario que la acción de petición de herencia se refiera a todos los bienes hereditarios, sino que puede limitarse a bienes que estén en posesión de determinada persona.

El reenvío debe aplicarse con criterio flexible, restrictivo y condicionado.

Son antecedentes de este litigio los siguientes: Los demandantes, apelados y recurrentes son hijos nacidos del primer matrimonio de don J. A. D., de nacionalidad inglesa, fallecido en Salvatierra de los Barros el 30 de abril de 1990, bajo testamento notarial abierto otorgado el 23 de noviembre de 1987 en España, en cuya cláusula primera manifiesta haber estado casado en primeras nupcias con doña D. R., de cuyo matrimonio son hijos los demandantes; en la cláusula segunda dispuso que «sin perjuicio de los derechos legítimos que según su ley nacional pudieran corresponder a sus tres citados hijos o descendientes, instituye única y universal heredera de sus bienes, derechos y acciones, a su esposa doña C. R. S. Los albaceas testamentarios otorgaron escritura pública de manifestación y liquidación de la herencia adjudicándose la viuda el único bien inventariado, la mitad en pago de sus bienes comunes y la otra mitad por herencia de su marido.

El Juzgado de 1.^a Instancia de Jerez de los Caballeros dictó sentencia declarando que la sucesión de dicho subdito inglés se rige por la ley española y, en consecuencia, los actores como hijos del finado son legítimos que concurren con la viuda en la sucesión y por ende tienen derecho a un tercio del haber hereditario en pleno dominio, otro tercio en nuda propiedad, cuyo usufructo vitalicio corresponde a la viuda, como asimismo la corresponde el pleno dominio del tercio de libre disposición, declarando nula la partición (sic) y adjudicación de la herencia.

La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia del Juzgado y sin entrar en el fondo del asunto, absolvió de la demanda a los demandados (viuda y albaceas), por estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues debieron ser traídos a juicio el Museo de Arte Moderno y el Ayuntamiento de Toulouse como poseedores de los bienes del causante, entregados por su viuda. El fundamento doctrina de esta decisión lo encuentra la Audiencia en que la acción ejercitada es acción de petición de herencia que, como acción universal, debe comprender *todos* los bienes relictos (no sólo el único bien inventariado) y dirigirse contra todas las personas que detentan bienes hereditarios.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, declara: 1.º Que no es necesario que la acción de petición de herencia se refiera a todos los bienes hereditarios —como parece entender el Tribunal *a quo*—, sino que puede limitarse a bienes que estén en posesión de determinada persona y no otros; y que la legitimación pasiva en la acción de petición de herencia sólo alcanza a quienes se arroguen la condición de poseedores de los bienes en concepto de herederos o a título universal o sin título singular alguno, lo que no se da en el presente caso, en que tanto el Museo de Arte Moderno como el Ayuntamiento de Toulouse poseen los bienes como donatarios al habérselos entregado la viuda heredera, por tanto, en virtud de una posesión basada en un título singular. Por lo que no se da la falta de litisconsorcio pasivo necesario, estima el correspondiente motivo y casa y anula la sentencia de la Audiencia. 2.º Entrando en el fondo del asunto, expresa que la cuestión definidora del litigio planteado se centra en la determinación de la ley material por la que ha de regularse la sucesión del padre de los actores, de nacionalidad inglesa, fallecido en Salvatierra de los Barros, donde residía desde hacía varios años, y bajo testamento abierto, al que se ha hecho mención en el fundamento primero de esta resolución, siendo el fallecido propietario del inmueble ya

relacionado, e integrándose el haber hereditario, según los demandantes, por los bienes muebles que se relacionan en el hecho cuarto de la demanda, hallándose unos en el referido inmueble y otro en el Museo de Toulouse (Francia). Entienden los demandantes que la sucesión de su difunto padre ha de regirse por la ley española en virtud del reenvío de retorno que los Tribunales ingleses, de acuerdo con el informe sobre el derecho inglés que acompaña a la demanda, hacen a la legislación del país en que se encuentran sitios los bienes, como aplicable para regular la sucesión del causante, forma de reenvío que, se dice, recoge el artículo 12.2 de nuestro Código Civil, según el cual «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española».

No obstante el contenido del informe sobre la jurisprudencia de los Tribunales ingleses sobre aplicación del reenvío, acompañado con la demanda, lo cierto es que, como señalan los autores, tanto españoles como británicos, la jurisprudencia de ese país marca una nueva tendencia reticente a la aplicación del reenvío en materia sucesoria; postura coincidente con la que sustenta la más moderna doctrina internacionalista española en relación con el reenvío establecido en el artículo 12.2 del Código Civil respecto a la norma de conflicto inglesa en materia de sucesiones inmobiliarias; así es de ver como en asunto Adams, el Juez inglés rechaza la aplicación del reenvío, entendiendo que los Tribunales españoles sólo lo aplicarían en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de tal manera que será aplicado cuando los Juzgadores lo estimen oportuno, o sea, que éstos sólo aceptarán el reenvío de retorno cuando éste lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español.

Si bien una aplicación puramente literalista del artículo 12.2 del Código Civil conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho Internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia. Y absuelve de la demanda a los demandados.

COMENTARIO

La doctrina del reenvío, con precedentes en una decisión inglesa del año 1793, tiene su propio origen en la sentencia del Tribunal de Casación francés de 24 de junio de 1878, que revocando la sentencia del Tribunal de Instancia lo admitió aplicando la ley francesa en la sucesión del subdito bávaro Forgo, domiciliado de hecho en Francia donde falleció abintestato y, en su virtud, el Estado francés heredó sus cuantiosos bienes muebles frente a sus parientes colaterales maternos. Acerca de la misma y de las ventajas e inconvenientes de su admisión, según sea de primero o de segundo grado, no se ha logrado acuerdo doctrinal, jurisprudencial ni legislativo. Ejemplo de esto último lo constituyen los artículos 98 y 162 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaría y del cheque, que constituyen una excepción al artículo 12.2.º del Código Civil.

En materia testamentaria pudiera aceptarse como piedra de toque para admitir o rechazar el reenvío, desde el punto de vista de nuestra legislación, la voluntad del causante, ya que si ésta ha de ser la determinante y decisiva en materia de interpretación testamentaria, si se desprende que el testador quiso dejar herederos a quienes podían serlo conforme a su ley nacional, debe admitirse el reenvío, mientras que deberá defenderse la solución contraria en el caso de que la voluntad del testador sea la de dejar sus bienes conforme a la legislación del país en que otorga su última voluntad.

PARTICIÓN. NULIDAD. CLAUSULA OBSTATIVA A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón García Várela, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra que, estimando parcialmente el recurso interpuesto, revocó en parte la sentencia del Juzgado número 1 de Primera Instancia de Vigo; y, en consecuencia, queda firme la declaración de nulidad de la cláusula 9.ª testamentaria y la nulidad de las operaciones particionales, pues es presupuesto de la misma la liquidación, no practicada en este caso, de la sociedad de gananciales.

Don J. V. S. demandó a sus otros tres hermanos interesando la nulidad de la partición hereditaria —por falta del presupuesto previo de liquidación de la sociedad de gananciales— y de la cláusula 9.ª testamentaria que sancionaba al sucesor que promoviese la intervención judicial con quedar reducido a su cuota legitimaria mínima, no siendo acogida su demanda por el Juzgado, cuya sentencia fue revocada por la Audiencia y la de ésta confirmada por la decisión del Tribunal Supremo, manifestando que la prohibición de la intervención judicial es admisible como válida cuando la partición es efectuada por el testador o por el contador-partidor, pero no impide que la partición pueda ser impugnada cuando adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, pues de lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio, como ocurre en este caso, donde obra acreditado la falta de liquidación de la sociedad de gananciales habida entre el causante y su esposa premuerta, y sin embargo los bienes de la misma se han incorporado a la partición hereditaria. Y añade que cuando los cónyuges o sus herederos no realicen voluntariamente la liquidación del régimen que disciplinaba sus relaciones

patrimoniales o no se hayan sometido al arbitraje de un tercero, permitido por el artículo 2.1.a) de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, cualquiera de ellos está facultado a acudir a la vía judicial con el objeto de obtener dicha liquidación e idéntica facultad cabe establecer respecto a los causahabientes de aquéllos.

PARTICIÓN EFECTUADA POR CONTADOR-PARTIDOR DIRIMENTE. PRUEBA PERICIAL. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1999.)

La prueba pericial sólo es revisable en casación si conculca las más elementales directrices de la lógica o es contraria a la racionalidad.

CAPACIDAD PARA SUCEDER.—ORDEN RELIGIOSA. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1999.)

Planteada la cuestión de la capacidad para suceder de una Orden religiosa, que afirmó la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia de Vitigudino y confirmó la de la Audiencia Provincial de Salamanca, 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 conforme a los siguientes fundamentos.

La sentencia recurrida desestimó la demanda en la que se suplicaba nulidad radical del testamento otorgado por la religiosa doña CVS el 6 de diciembre de 1965 a favor de la Orden Hijas de la Caridad, como ya se deja dicho, pero conviene tener en cuenta, para decidir el motivo fundado en la inaplicación de los artículos 35, 38, 755 y 758 del Código Civil, que la Compañía y las Hijas de la Caridad de San Vicente de Paul son una misma institución religiosa, y no se trata de dos distintas, siendo conocidas con diversas denominaciones, sin que sea posible la confusión y, a su vez, la testadora fue religiosa perteneciente a la Institución de referencia.

Sostienen los recurrentes que a la época del fallecimiento de la causante (11 noviembre de 1967), la Orden instituida heredera no tenía personalidad jurídica y resultaba incapaz para adquirir condición de sucesora testamentaria, pues la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia no se produjo hasta el 29 de noviembre de 1982, y es a partir de esta fecha cuando ha de reputarse válida la constitución de la referida Orden y con ello su capacidad jurídica de obrar, conforme al artículo 38 del Código Civil.

Al tiempo de la muerte de la testadora era de aplicación el Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953, que reconocía en su artículo IV la personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, poseer y administrar toda clase de bienes a las Instituciones y Asociaciones Religiosas existentes en España a su entrada en vigor, siempre que estuviesen constituidas conforme a la normativa del Derecho Canónico, y con referencia expresa a las Ordenes y Congregaciones y a sus Provincias.

La Orden litigante existía y estaba establecida en España con anterioridad al Concordato, lo que es hecho histórico notorio, suficientemente conocido por todos y que no cabe negar, contando con aprobación canónica en virtud del Rescripto de 9 de noviembre de 1963, de la Sagrada Congregación de Religiosos y por ello al tiempo de la sucesión testamentaria le asistía la capa-

ciudad jurídica exigida por la ley para poder heredar a la causante de referencia, de conformidad al artículo 746 del Código Civil (Sentencia 7-4-1920), por estar dotada de legítima personalidad que le permitía adquirir bienes por testamento. Dicha personalidad ha sido mantenida en forma continua, y la ostenta en la actualidad, conforme al Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de dicho año, en cuyo artículo 1-4 se subraya el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de los entes eclesiásticos (Sentencia 13-5-1994), habiendo causado inscripción la Orden del pleito el 29 de noviembre de 1992 en el Registro del Ministerio de Justicia, en cumplimiento del Acuerdo de 1979 y de conformidad al artículo 5 de la Ley Orgánica 7/1989, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, así como su Disposición Transitoria primera y Real Decreto de 9 de enero de 1991.

Por lo que se deja estudiado, la conclusión decisoria que se impone es que la Orden religiosa recurrida cumple las exigencias de la legislación civil y la normativa estatutaria representada por la legislación canónica y civil, para ser tenida como heredera legítima de la causante testadora de referencia, y se trata de heredero suficientemente identificado, por lo que procede decretar el rechazo del motivo.

ALBACEAZGO.—CARACTER PERSONALÍSIMO. DELEGACIÓN. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado D. Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Avila que había revocado la del Juzgado n.º 1 de 1.ª Instancia de dicha ciudad, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos objeto del litigio.

La cuestión esencial que se plantea es la delegabilidad del albaceazgo. El albacea, persona encargada por el testador de dar ejecución a su última voluntad contenida en el testamento (en este sentido, sentencias de 13 de abril de 1992 y 20 de febrero de 1993) es un *officium*, basado en la confianza que el causante le ha depositado, que lo configura como *vir bonus* (como dice la sentencia de 6 de febrero de 1982) y tiene como consecuencia que sus funciones son personalísimas y no delegables mientras el testador no haga extensiva la confianza a esta facultad de delegación (tal como expresa la sentencia de 1 de febrero de 1910). Así lo dispone el artículo 909 del Código Civil: *el albacea no podrá delegar el cargo si no tuviese expresa autorización del testador*.

En caso de que el albacea se vea imposibilitado de forma total o relativa para cumplir el cargo de confianza, puede no aceptarlo o renunciar al mismo (arts. 898, 899 y 910) o bien puede encomendar a otra persona la colaboración o auxilio o cooperación material o jurídica que no implique delegación: ésta significa el traslado a otra persona de la función encargada al albacea y aquélla, el encomendar a otro gestiones concretas y singulares (así, sentencia de 2 de junio de 1962).

En el caso concreto objeto de la *litis*, en el testamento de la causante doña C. M. H. madre de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación y del codemandado, otorgado el 19 de abril de 1969, consta la siguiente *Dis-*

posición tercera: «Nombra albaceas testamentarios con el carácter de contadores-partidores, solidariamente y aunque haya interesados en la herencia menores, ausentes o incapacitados, a su hermano Lázaro y a sus buenos amigos vecinos de Avila, Don IDR y Don JRO». Tal como está acreditado y así se relaciona en la sentencia de instancia estos dos últimos encargaron las operaciones particionales a un Letrado en ejercicio y éste, cumplida la encomienda, envió el cuaderno particional a los albaceas contadores-partidores a fin de que, si lo estimaban pertinente, lo aprobasen y firmasen.

Por tanto, la testadora nombró albaceas particulares con la misión específica de hacer la partición (así, sentencia de 8 de marzo de 1995) y éstos la encomendaron a un abogado en ejercicio, que la hizo por entero, se la presentó y la aprobaron y firmaron. Lo cual no es una cooperación, ni simple encargo del trabajo material de redacción, ni, por tanto, auxilio material o jurídico, sino dar al tercero el encargo que han recibido por razón de su *officium*, para que haga sus veces, lo cual es el concepto gramatical y jurídico de delegación.

Habiendo ejercitado la parte demandante doña M. y doña B. M. M., la acción de nulidad, como acción principal, de la partición por haberse hecho con infracción del artículo 909 del Código Civil, dicha acción fue estimada por la sentencia de primera instancia, que fue revocada en apelación por la de la Audiencia Provincial de Avila, de 16 de marzo de 1994, la cual estimó la subsidiaria de modificación —por omisión de bienes— de la partición. Contra esta sentencia ha interpuesto aquella parte demandante recurso de casación,

Alegando la infracción del artículo 909 del Código Civil en relación con el 1057 del mismo cuerpo legal. Este motivo debe ser estimado por lo expuesto en el fundamento jurídico anterior. La sentencia de instancia expone unos hechos y deduce una valoración jurídica. Los hechos son que los albaceas contadores-partidores encargan hacer la partición a un tercero, éste la hace y aquéllos la firman; la valoración jurídica que hace la Audiencia Provincial es que esto no es una delegación, sino encargo de trabajos «meramente auxiliares». Lo que constituye una calificación jurídica errónea por desconocer el concepto de delegación que prohíbe el artículo 909 del Código Civil que ha sido totalmente infringido.

COMENTARIO

No siempre será fácil la distinción entre la propia y genuina delegación y la mera colaboración, auxilio o asesoramiento. La sentencia parece basarla en una razón «de cantidad» y no «de calidad», en cuanto centra el fundamento de la distinción en que los albaceas encomendaron hacer la partición a un abogado en ejercicio, *que la hizo por entero*, mientras que la cooperación supone encomendar a otro gestiones singulares y concretas. Además, se desprende de esta sentencia que la cooperación puede ser material o jurídica. Casos de la primera serían los actos consistentes en recabar documentos y antecedentes y ejemplos de la segunda solicitar un dictamen sobre alguna cuestión dudosa. Si se entrega toda la documentación por los albaceas a una persona, letrado o notario o que tenga conocimientos jurídicos, para que ella sola, sin intervención de los albaceas efectúe la partición, estaremos ante una delegación prohibida por el artículo 909 del Código Civil, que determinará la nulidad de la partición. Los profesionales deben tomar buena nota de esta sentencia para actuar en consecuencia.

LEGÍTIMA CATALANA.—CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

La legítima deferida es renunciable.

La carga de la prueba de que hubo perjuicio en el cálculo de la legítima corresponde al legitimario que le alega.

El Tribunal Supremo, en sentencia de que ha sido ponente el Magistrado don Jesús Corbal Fernández declara no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la Sala 1.^a de la Audiencia Provincial de Gerona que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Figueras, conforme a las siguientes consideraciones, de las que resultan claramente los hechos que motivaron el pleito.

Don J. V. G., de vecindad catalana, que había otorgado testamento abierto el 7 de octubre de 1986, falleció el 14 de marzo de 1988, por lo que el régimen de últimas voluntades establecido en dicho acto está sujeto a la normativa de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, que es la disposición vigente en el momento de la apertura de la herencia, producida por dicho óbito. En el mencionado testamento, y en la parte que aquí interesa, el Sr. V. G. instituye heredera a su esposa doña B. S. V., y lega a favor de sus padres don E. V. F. y doña C. G. S. varios bienes y derechos, en pago de legítima y en lo que exceda como liberalidad, pero grava una parte de ellos (el usufructo vitalicio de las barcas de pesca «Tramontana 2» y «Tramontana 3»), con la obligación de entregar a la esposa del testador una pensión mensual de doscientas cincuenta mil pesetas, a valor de pesetas el día del fallecimiento, y con incremento del índice Ponderado del Coste de la Vida. El proceso, al que se refiere el recurso de casación objeto de enjuiciamiento, se inicia en virtud de demanda de la heredera (prelegataria) que reclama de los legatarios gravados el reconocimiento de su derecho a la pensión mensual vitalicia de doscientas sesenta y siete mil quinientas pesetas, con condena solidaria de los demandados a pagar la suma de cinco millones quinientas treinta mil quinientas veinticinco pesetas, en concepto de importe de lo adeudado por las pensiones no pagadas y ya devengadas hasta octubre de 1990, más las correspondientes a las mensualidades vencidas hasta la fecha del efectivo pago. Por los demandados se contradice la pretensión actora, fundamentalmente con base en dos argumentos: que la cláusula testamentaria en que se dispone el prelegado debe tenerse por no puesta, porque vulnera el artículo 133 de la Compilación que dispone que «el causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos usufructos, fideicomisos, ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas», y que asimismo dicha carga u obligación perjudica la legítima, que en el derecho catalán asciende a una cuarta parte (art. 129 de la Compilación). Con base en tales razones los demandados formulan reconvención, en la que se solicitan se declare tener por no puesta la carga sobre la legítima; se determine el valor de la legítima, y una vez valorada se condene a la demandada reconvencional al pago del suplemento de legítima con los intereses pertinentes; y se condene a dicha demandada reconvencional a la devolución de las mensualidades de la pensión, indebidamente pagadas por los reconvinientes, con los intereses pertinentes. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueras dictó sentencia el 25 de noviembre de 1993 en la que estima la demanda principal y desestima la reconvencional, cuyos pronunciamientos fueron confirmados en apelación por la Sentencia de la Sección Primera de

la Audiencia Provincial de Girona de 15 de julio de 1996. Contra esta Sentencia se formula por los padres del causante recurso de casación que articulan en tres motivos, todos ellos por el cauce del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el primero de los cuales se denuncia vulneración del principio dispositivo e incongruencia (art. 359 LEC); en el segundo, infracción del artículo 1.214 del Código Civil por inversión de la carga de la prueba; y en el tercero, se acusa que la sentencia recurrida se funda en una presunción judicial que conculca lo dispuesto en el artículo 1.253 del Código Civil.

Antes de entrar a analizar los motivos expresados procede hacer una referencia al contenido de las sentencias de instancia a fin de comprender mejor —en aras al principio de la tutela judicial efectiva— la decisión final del litigio. La Sentencia del Juzgado se puede resumir en dos apreciaciones muy importantes. La primera consiste en aplicar el párrafo segundo del artículo 136 de la Compilación (que dice «si lo recibido... fuese inferior a la legítima correspondiente, podrá el legitimario exigir el suplemento, excepto si después de deferida aquella se hubiese dado por completamente pagado de su legítima o hubiese renunciado expresamente a su derecho al suplemento»), en el sentido de que si bien no hubo renuncia expresa a la petición de complemento de legítima, sí hubo completa conformidad de los legatarios dándose por completamente pagados de la legítima (lo que declara probado en virtud de la total conformidad, con pleno conocimiento de su contenido, con la escritura de aceptación y manifestación de herencia, y por el pago de la pensión durante el plazo de un año). La segunda apreciación opera en el terreno «ex abundantia» como se desprende de los propios términos del razonamiento judicial. Plantea la sentencia la pretensión de la parte demandada-reconviniente de atribuir un valor a los bienes de la herencia diferente del que se les dio en la escritura de manifestación de herencia, y con ocasión de ello aprecia deficiencias en los informes periciales emitidos en autos, y termina razonando, que a pesar de ello «todo hace presumir que, prescindiendo del valor atribuido a los bienes adjudicados a los demandados en la escritura de manifestación de herencia, su valor real en aquella época era muy superior al que se hizo constar en la referida escritura, y que los demandados percibieron con creces su legítima todo y la carga de la pensión con que el testador tuvo la voluntad de gravarlos» (*sic*). La sentencia de la Audiencia (que es el objeto de casación) presenta más complejidad. En primer lugar parte de la base de que el precepto del párrafo primero del artículo 133 es de derecho necesario —y que su vulneración produce la ineficacia *ipso iure*—, de la no aplicabilidad al caso del párrafo segundo del propio artículo referido a la Cautela Socini, para entender que la cláusula testamentaria litigiosa debió ser tenida por no puesta. Pero a continuación dice: «no obstante lo cual, no puede revocarse el pronunciamiento de la sentencia que estima la demanda promovida por la instituida heredera», porque los legatarios recibieron como legado en pago de legítima, no sólo los bienes sobre que se impuso la obligación sino también otros, y no se ha producido prueba que permita establecer que la atribución efectuada a los legitimarios —apelantes—, incluida la carga impuesta, sea inferior a la legítima, y, por consiguiente, no procede eliminar dicha carga, teniéndola por no puesta, debiéndose desestimar el recurso de apelación. Con independencia de que la legítima deferida es renunciable (*ius dispositivum*), se aprecia en la conclusión anterior la desarmonía interna de que si la cláusula controvertida debe tenerse por no puesta

por ser contraria a derecho, no hay base legal para subordinarla a que haya daño o perjuicio para la legítima, sin embargo el tema queda fuera de la casación. En virtud de la conclusión adoptada, pasa a analizar la sentencia de la Audiencia la acción de suplemento de legítima, y efectúa, en síntesis, las siguientes consideraciones: que no aparece probado que los legitimarios se dieran por pagados de su legítima; que no hay base para inferir de forma lógica y necesaria, de la pericial practicada, que hayan recibido más de la legítima; que no es aceptable la tesis de la apelante, según la cual debe establecerse como valor del caudal relicto la suma de los valores asignados a cada uno de los bienes en la escritura de manifestación de herencia; que para el cálculo de la legítima han de tomarse en cuenta los valores reales; y que en el supuesto de autos no puede entenderse que la apelada aceptase aquellos como «reales», y que además no se da tal correspondencia, como se deduce del informe pericial. Con base en lo expuesto, al no existir prueba sobre el valor real del caudal relicto, y habida cuenta que la insuficiencia de la atribución del testador para cubrir la correspondiente legítima es el hecho en el que se fundamenta la pretensión del apelante, por aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, se declara que dicha falta debe perjudicar a los apelantes, con el efecto de desestimar el recurso de apelación.

Los tres motivos del recurso de casación deben examinarse conjuntamente porque parten de los mismos presupuestos, y con ellos se evitan innecesarias repeticiones. El recurso se fundamenta en dos razonamientos básicos: que de conformidad con los valores consignados en la escritura de manifestación y aceptación de herencia existe daño o perjuicio para la legítima, y que la carga de la prueba del valor de los bienes corresponde a la parte actora, por lo que, en último caso, no se pueden atribuir las consecuencias de la falta de prueba de los valores reales a los legitimarios recurrentes.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que si bien, en principio, para el cálculo del importe de la legítima habrá de estarse a los valores «reales», sin que vinculen los que atribuya a los bienes el testador, o el heredero o legatario gravado con su pago, nada obsta a que los interesados (en el caso, heredera testamentaria y legitimarios-legatarios) hubieran podido convenir los valores que estimasen oportunos, fueren superiores o inferiores a los reales, porque la legítima deferida es de derecho dispositivo. Sin embargo, no cabe atribuir tal efecto vinculante —de convenio— a los valores que se hacen constar en la escritura de manifestación y aceptación de herencia, pues su consignación puede responder a otras finalidades (fiscales, administrativas, etc), y en sede de legítima es preciso que quede establecido de modo incuestionable que se acepta dicha valoración para su cálculo. Y este no ha sido, como pone de relieve la resolución recurrida, el supuesto de autos. Por otra parte, no cabe deducir, como hace la recurrente, que la parte actora al no cuestionarlos los tiene por buenos, y que por ello es una hecho aceptado. El valor de los bienes no es hecho constitutivo de la demanda, no forma parte de la «causa petendi» de la pretensión actora, y ello es así porque no se trata de un hecho jurídico relevante integrante del supuesto fáctico de la norma que sirve fundamento a dicha pretensión. No es una condición específica de la misma. El hipotético daño a la legítima puede suponer un hecho impeditivo, o modificativo, de la pretensión, pero en la perspectiva de la formulación de la reclamación, resulta procesalmente irrelevante. Por eso no puede considerarse que se acepta la valoración por el hecho de que la demandante no la haya cuestionado (en un

sentido o en otro) en su demanda. Y en absoluto tampoco puede considerarse un hecho «admitido» en la perspectiva de los artículos 565 y 690, párrafo primero, de la LEC. Por lo tanto, ni existe alteración alguna de la «causa petendi», por lo que no se da una situación de incongruencia en la resolución recurrida, ni se vulnera el principio dispositivo del *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, con lo que cae por su base el primer motivo del recurso.

La conclusión anterior acarrea como consecuencia que se requiere una prueba del valor real de los bienes. Los juicios de valor acerca de si los valores escriturados son inferiores a los reales, no trascienden a la resolución del pleito. Lo que sí trasciende es que la Sentencia recurrida considera que, en sede de fijar el valor real para proceder al cálculo de la legítima, y evaluar si se produjo o no el perjuicio, no hay prueba, porque, en el libre ejercicio del juicio jurisdiccional no estima aceptable la pericial practicada, y este planteamiento es inconvencional en casación. No hay ninguna presunción que resuelva el pleito, no se aplicó el artículo 1.253, y por ende no pudo ser infringido. Y en dicha posición de falta de prueba, el juzgador de instancia aplica correctamente la norma del artículo 1.214 del Código Civil, tal y como lo complementa reiterada jurisprudencia de esta Sala. Las consecuencias desfavorables de aquella falta de prueba se deben producir para la parte a quien le incumbía el *onus probandi*. Y esta carga le correspondía, tanto en la perspectiva de la acción principal, como de la reconvenzional, a la parte demandada-reconviniente, recurrente en casación. Es así, en la primera perspectiva, porque un hipotético perjuicio de la legítima que afectase total o parcialmente a la pretensión actora podría constituir un hecho impeditivo, o modificativo, cuya prueba corresponde al que lo invoca, y a quien beneficia. Y en la segunda perspectiva, porque el perjuicio o afectación cuantitativa de la legítima constituye un hecho constitutivo de la pretensión (en el caso ejercitada en reconvenzión) de suplemento o complemento de legítima (STS de 20 de febrero de 1987).

F. C. L.

2. DERECHO MERCANTIL

Por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

II. SOCIEDADES

A) Anónimas

CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL. A LA PROPIA JUNTA CORRESPONDE EL MANDATO DE SU CONVOCATORIA. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1999.)

Se debe advertir el claro formalismo que preside el régimen de la sociedad anónima que no permite soslayar el artículo 94 de la Ley, ni se puede confundir el mandato de convocar (que efectivamente puede corresponder a la Junta General) con la concreta convocatoria.