

Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La acción rescisoria tiene naturaleza subsidiaria en cuanto su ejercicio viene subordinado a la imposibilidad de realizar el crédito, como inequívocamente establece el artículo 1.294 del Código Civil.

La rescisión por fraude parte, según la doctrina y la jurisprudencia, de una premisa fundamental y exige además unos requisitos complementarios; la premisa la constituye su carácter subsidiario «cuando los acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba...»

LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO OBJETIVIZA MODERADAMENTE LA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—Un agente de una empresa de seguridad se suicidó disparándose con la pistola reglamentaria que portaba. Dicho agente venía padeciendo un proceso esquizofrénico, enfermedad conocida por la familia, pero no por la empresa, ya que no le hicieron ningún examen psiquiátrico. La familia demanda a la empresa de seguridad, que es absuelta.

Doctrina de la Sentencia.—La fundamentación jurídica que preside toda la argumentación del recurso tiene su base en la pretendida aplicación al caso de la doctrina de esta Sala referente a la «teoría de la creación del riesgo», lo que supone una objetivación moderada de la responsabilidad extracontractual en aquellos supuestos en los que la pura culpabilidad del agente se ve alterada por ciertas situaciones creadas inicialmente y que evidencian la ausencia de una más cuidada previsibilidad.

También es de frecuente aplicación la doctrina que comentamos a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación, así como a otros

casos en los que la creación del riesgo por parte del responsable objetiviza moderadamente la responsabilidad, produciéndose una inversión de la carga de la prueba. Pero éste no es precisamente el caso que nos ocupa, en el que la empresa de vigilancia no crea riesgo de clase alguna, pues actúa dentro de una correcta normalidad, legal y lógica; y son en todo caso los propios familiares demandantes en este pleito los que crean la situación de verdadero riesgo, no sólo para su hijo, sino también para unos posibles terceros, dejando de advertir y silenciando la enfermedad que padecía el finado.

LA DECLARACIÓN DE ERROR JUDICIAL NO TRATA DE CORREGIR EL DESACIERTO, SINO LA DESATENCIÓN A DATOS INDISCUTIBLES. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Con relación al error judicial, la jurisprudencia de esta Sala tiene ya elaborado un cuerpo de doctrina con arreglo al cual el error judicial no se configura ni como nueva instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, no pudiendo ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas e irracionales, surgiendo el error judicial cuando el mismo es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del Derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas de modo palmario fuera de su sentido o alcance; no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos ni de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que acertada o equivocadamente obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza, y no es desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución absurda que rompe la armonía del orden jurídico.

LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO NO ES SUBSIDIARIA Y NO PUEDE BASARSE EXCLUSIVAMENTE EN LA EQUIDAD. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Tras una vacilante doctrina anterior de esta Sala, se ha terminado por adoptar el criterio, que aquí se ratifica, de que la acción de enriquecimiento injusto no tiene naturaleza subsidiaria o, lo que es lo mismo, que su ejercicio no precisa necesariamente que se lleve a cabo en forma de **subsidiariedad**, pues puede concurrir con otras acciones **conflu-yentes**.

Con base exclusivamente en la equidad (art. 3.2 CC) no puede estimarse una acción de enriquecimiento injusto cuando no concurren los requisitos exigidos para su viabilidad.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ES DIRECTA EN LOS SUPUESTOS DE ACTUACIÓN CULPOSA DE FUERZA ARMADA. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—Un guardia civil de paisano reprochó a un conductor el que éste circulara por dirección prohibida. Se produjo un altercado y el guardia sacó su arma y disparó, ocasionando la pérdida de un ojo del conductor. Este demanda al guardia civil y al Estado, que son condenados a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Como así se ha puesto de manifiesto en numerosas Sentencias, ya se considere la actuación culposa aludida dentro de la «total dedicación» a que se refiere el artículo 5.4 de la vigente Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o del «servicio permanente» a que aludía la derogada Ley de Policía, se sanciona la responsabilidad del Estado como subsidiaria, y desde el punto de vista civil como directa, en supuestos de actuación culposa de fuerza armada, por uso imprudente de sus armas reglamentarias, con excesos o extralimitaciones, y se declara que, de aplicarse el criterio defendido por el Abogado del Estado, nunca podría nacer la responsabilidad subsidiaria a la que se refiere el artículo 22 del Código Penal, ni en este particular caso debatido no sería procedente que al ser responsabilidad directa la declarada en el fallo recurrido quedara absuelto el Estado eludiendo la responsabilidad civil subsidiaria. Debiendo defenderse en definitiva la responsabilidad directa y solidaria en cuanto la jurisprudencia civil ha sancionado en supuestos análogos una responsabilidad directa y solidaria de los intervinientes en el evento inculpativo, dado que es la forma más apropiada para una protección más justa de los perjudicados.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LA CULPA SE PRESUME «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La culpa extracontractual sancionada en el artículo 1.902 del Código Civil no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto de las personas, tiempo y lugar para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondía al buen padre de familia. La persona a quien se atribuye la autoría de los hechos está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro, que excusa el facto psicológico de la culpabilidad del agente o, lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum*.

EN EL CONTRATO DE ENSEÑANZA NO SE PROMETE UN EFECTIVO RESULTADO. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Tratándose de servicios de enseñanza de corte y confección, se configura un negocio consensual, oneroso, bilateral y conmutativo, en el que el objeto viene determinado por la específica actividad de enseñanza que se presta por una de las partes a otra, a la que le asiste inten-

cionalidad de alcanzarla para su progreso intelectual, profesional e incluso enriquecimiento humano de su caudal de saber y conocer. Por consecuencia, no se promete ni se contrata un efectivo resultado, ya que éste depende de la disponibilidad del alumno para conseguirlo, con la captación útil y aprovechamiento positivo de las enseñanzas que se le imparten, por lo que el negocio se concreta a llevar a cabo la actividad pactada aunque la misma se oriente directamente a producir el resultado que se espera de la prestación docente que se recibe y por ello exige la necesaria disponibilidad colaboradora del alumno.

LA DONACIÓN ONEROSA FACULTA AL DONANTE PARA PEDIR LA REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL DONATARIO. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—La donación onerosa prevista en el artículo 647 del Código Civil supone una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que, en principio, nació irrevocable por voluntad del donante, pudiendo quedar sin efecto después por la existencia de tales incumplimientos y provocando un juego semejante al del artículo 1.124 del Código Civil, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen *ipso iure*, facultándose, por el contrario, al donante para pedirlos judicialmente.

UN SOCIO PUEDE OBLIGARSE PERSONALMENTE FRENTE A LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—No resulta aplicable al caso el artículo 1.826 limitativo de la obligación del fiador, en el sentido de que no puede obligarse a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones, ya que la cláusula penal aceptada por el garante lo fue precisamente para el caso de incumplimiento por él de esa obligación que con carácter principal y solidario voluntariamente aceptó; nada impide que un socio de una sociedad se obligue de modo personal frente a los acreedores de aquélla garantizando el cumplimiento de una obligación como deudor solidario, reforzando su obligación incluso con el establecimiento de una pena convencional para caso de su propio incumplimiento, pues no debe olvidarse que la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones.

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR NO PUEDE GENERAR UN DERECHO ANTES INEXISTENTE. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta, en primer lugar, creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.b), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio

del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

Pero siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso.

UN DEMANDADO CONDENADO CARECE DE LEGITIMACIÓN PARA PRETENDER QUE SE CONDENE TAMBIÉN A OTRO CODEMANDADO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Siendo doctrina reiterada y constante de esta Sala (SS., entre otras, de 22-4-1988 y 28-10-1991) que un demandado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otros codemandados a quienes absuelve la sentencia recurrida y cuyo pronunciamiento absolutorio ha sido consentido (no recurrido) por los únicos legitimados para impugnarlo (los demandantes perjudicados), lo cual se entiende sin perjuicio de las reclamaciones que contra aquéllos pueda formular en el juicio correspondiente si estimare asistirle algún derecho para ello.

NO PUEDE APLICARSE DE OFICIO EL DERECHO EXTRANJERO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo insiste en el equivocado criterio que la recurrente asigna a la «moderna doctrina» por la que —en su opinión— habría de aplicarse de oficio el Derecho extranjero, sin cita de normativa alguna en este sentido, para lo que no es bastante que España se haya integrado en la Comunidad Europea; ni se puede pretender que no sólo el Derecho extranjero, sino también el nacional, haya en la generalidad de los casos de investigarse de oficio por el Tribunal para hallar qué normativa es aplicable a la pretensión de la demandante, objetivo que contradiría el principio general de Derecho significativo de que los tribunales han de fallar «justa allegata et probata».

LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD TÁCITA SE MANIFIESTA POR ACTOS CONCLUYENTES. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—El consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita, pero en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar terminante, clara e inequívoca. Existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada

conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva, se trata de los hechos concluyentes (*acta concludentia*) e inequívocos, que sin ser medio directo del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el consentimiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia. Tienen el carácter de actos concluyentes reveladores de esa aceptación la solicitud de licencia de obras hecha por la sociedad demandada para la ejecución de aquellas cuyo precio es reclamado.

COMPRAVENTA: COSA DETERMINADA NO ES SINÓNIMO DE COSA INDIVIDUALMENTE CONCRETADA. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina hace notar que cosa determinada no es sinónimo de cosa individualmente concretada, sino que el requisito de determinación del artículo 1.445 del Código Civil ha de ser entendido en el sentido del artículo 1.273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la predeterminación posterior producida a través de los criterios previstos por las partes en el propio contrato, siendo suficiente, a efectos de los artículos 1.273 y 1.445 del Código, que a la hora de la perfección del Convenio estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos.

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO NO EXIME DE LA NECESIDAD DE PROBAR LA CULPABILIDAD DEL AGENTE. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala tiene declarado que es necesaria una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, pues el «cómo» y el «porqué» se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

Se exige para apreciar la culpa del agente que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados.

EFICACIA DE LAS CERTIFICACIONES DE DESCUBIERTO. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Conforme a una concorde bien que escasa doctrina de esta Sala, las certificaciones de descubierto tienen la categoría y

eficacia del documento que otorga realidad a los créditos del Estado y los a ellos asimilados; en consecuencia es la fecha de dichas certificaciones la que ha de tenerse en cuenta a los efectos de determinar cuál es la preferente o de mejor derecho cuando surja contienda entre las de distinto origen.

EL JUEGO LEGALIZADO NO TIENE CAUSA TORPE. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Ya esta Sala declaró que el hecho de infringir la prohibición de conceder préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego no transforma el juego que es lícito o ilícito, pues los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, cual ocurre en el supuesto contemplado, en el que tal contravención es objeto de especiales sanciones previstas en la propia normativa.

Si bien es cierto que el Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977 no ha derogado los preceptos del Código Civil dedicados al juego y a la apuesta dado que aquellas disposiciones se refieren a aspectos personales, administrativos y fiscales de determinados juegos de suerte, envite o azar, el tenor y significación de dichas disposiciones obliga a una interpretación de todo el conjunto normativo adecuada a la realidad social del tiempo presente, lo que conduce a excluir la existencia de causa torpe o ilícita en el juego legalizado desde el momento en que la propia Ley expresamente lo regula y reglamenta. De tal interpretación normativa ha de inferirse que los juegos de suerte, envite o azar declarados legales y practicados en lugares autorizados al efecto ya no pueden seguir considerándose prohibidos, y en consecuencia obligan a pagar al que pierde, y por ello el que gana tiene derecho y acción para exigir lo ganado. Cualquier otra interpretación, enraizada en la tradicional inexigibilidad de las deudas de juego, sería contraria al principio de seguridad jurídica consagrado por la Constitución y a la seriedad del tráfico comercial.

LA COMPENSACIÓN JUDICIAL NO NECESITA EL CONSENTIMIENTO DE NINGÚN ACREEDOR. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La compensación judicial no necesita el consentimiento de ningún acreedor cuando las deudas objeto de la misma se hacen líquidas en la Sentencia y viene a ser exigida por la racionalidad que debe presidirla. Sería extraña una Sentencia que pronunciase condenas que entre sí se neutralizan, condenando a pagar a una persona cuando el acreedor de dicho pago es deudor de ella, dando lugar por tanto a la posibilidad de comportamientos contrarios a la buena fe, como lo es exigir lo mismo que ha de ser restituido (*dolo facit qui petit quod redditurus est*).

TERCERÍA DE DOMINIO: AL TERCERISTA CORRESPONDE LA PRUEBA DEL NEGOCIO Y DE LA TRADICIÓN. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada y uniforme la jurisprudencia interpretativa en el sentido de referir al momento de la justificación dominical

del tercero a una fecha anterior a aquella en que se realizó la diligencia de embargo. El dominio sobre las cosas, necesario para ejercitar la tercería, sólo nace cuando concurren título y modo, consumándose el contrato con la entrega del precio y de la cosa; la demostración cumplida y patente de la propiedad que al tercerista corresponde en virtud de la distribución del *onus probandi* entre los litigantes no puede basarse en documento privado que por sí solo no acredite la efectiva transmisión patrimonial pretendida; al tercerista corresponde la prueba de la antigüedad en el negocio trasmisivo, especialmente si consta en documento privado, y además no basta para acreditar la propiedad que se pruebe dicho negocio, sino que haya sido seguido de tradición; lo que hay que tener en cuenta en orden a la tercería de dominio es la situación de éste existente al tiempo en que el embargo se efectuó y no a las situaciones dominicales que puedan surgir con posterioridad.

INTIMIDACIÓN: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que la intimidación vicie la voluntad del contratante se exige fundamentalmente la existencia de amenaza de un mal inminente y grave que influya sobre su ánimo, induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses (SS. de 15 de diciembre de 1966 y 26 de noviembre de 1985).

RUINA: EL PLAZO DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL ES DE GARANTÍA Y NO DE PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Si el evento dañoso o ruinoso se produce dentro de los diez años siguientes al término de la construcción, surgirá la obligación de indemnizar; pero una vez que el derecho y la correlativa obligación existen, la acción para lograr su efectividad frente al responsable podrá deducirse, dado su origen contractual, dentro del plazo de quince años que señala el artículo 1.964 del Código Civil, los cuales se contarán desde el día en que la acción pudo ejercitarse, esto es, desde que su titular tuvo conocimiento del daño o la ruina consiguiente; en resumen, el plazo para el ejercicio de la acción de resarcimiento por vicios en la construcción es de quince años señalado para las acciones personales al no tener ningún otro especial, prescripción que se inicia desde que pudo hacerse valer, es decir, desde que se manifiestan los vicios. Siempre, pues, que los vicios se revelen dentro del plazo de diez años, el plazo para ejercer la acción será el de quince años desde la fecha de su revelación. O dicho con otras palabras, el plazo que establece el párrafo primero del artículo 1.591 del Código no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como decenal, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno forzosamente dentro del plazo de diez años, a contar desde la terminación de la obra, de modo que si transcurre sin haber ocurrido el evento la acción ya no podrá nacer por haber precluido el expresado plazo de garantía; pero una vez nacida la acción, el plazo de prescripción es el general de quince años para las acciones personales.

OPCIÓN DE COMPRA: EFECTO. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La opción de compra es una figura *sui generis*, con sustantividad doctrinal propia; su concepto, de construcción doctrinal, está perfectamente delimitado, ya que consiste en conceder al optante la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente queda consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, ya que basta para la perfección de la compraventa con el optante que se le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción.

El plazo pactado como de caducidad para el ejercicio o decadencia en su caso del derecho a optar no se confunde con el plazo para el ejercicio de la acción ante los tribunales, pues el optante hace uso de la opción cuando utiliza alguno de los medios legalmente hábiles y eficaces para que su declaración de voluntad llegue a conocimiento del concedente.

En el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione o no. Al consistir el objeto del precontrato de una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento.

LA JURISPRUDENCIA ADMITE LA AUTORIZACIÓN TÁCITA DEL PROPIETARIO EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE OBRA POR «PRECIO ALZADO». (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El interés del motivo radica en la discrepancia interpretativa que de la frase «autorización del propietario» hace la Sala *a quo* y la entidad recurrente cuando se trata de obras que hubieran originado un aumento del precio convenido y tengan su origen en un contrato de arrendamiento «por un ajuste alzado».

La doctrina construida por este Tribunal respecto de dichos supuestos distingue entre una *Regla General*, habiéndose fijado precio cierto y concreto, no puede legalmente alterarse el mismo —ni por aumento de salarios ni por el valor de los materiales— si no existe cambio de planes y con autorización siempre del propietario; y unas *Excepciones*, cuya construcción jurisprudencial se opera con base en que: como la norma contenida en el artículo 1.593 del Código Civil para los precios de los contratos en él comprendidos no es de derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes, ello conduce a la posibilidad de revisar los precios.

Sigue manteniéndose como pilar básico para la interpretación del artículo 1.593 del Código Civil algo que dogmáticamente es de claro derecho necesario: que exista autorización del dueño, radicando dicha posibilidad en una más amplia a la vez que flexible interpretación de cómo puede ser entendida la concesión de dicha autorización, habida cuenta que el artículo 1.593 del Código Civil nada especifica a estos efectos; y así, en la exégesis de ese «como» puede señalarse ser suficiente la verbal o la tácita, y no ser necesaria la constancia de la autorización por escrito (SS. de 13-3-1971 y 22-6-1992).

RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS: ES EXIGIBLE LA APORTACIÓN PROFESIONAL MAS COMPLETA. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina constante de esta Sala proclama que en el enjuiciamiento civil de las conductas de los profesionales médicos se descarta toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, pues la responsabilidad se establece en base a la concurrencia de necesaria relación de causalidad culposa. No se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios que se aportan de la forma más ilimitada posible.

Algo similar sucede con los diagnósticos, que son exigentes en cuanto deben realizarse para alcanzar condición de máxima veracidad accesible. Siempre resulta difícil determinar hasta qué punto se puede medir la certeza médica desde el momento que no es total y deja en muchas ocasiones resquicio al error humano por posibles equivocaciones. No obstante ello, lo que se presenta claro es que si bien no caben exigencias de que se dé rigurosa exactitud, sí en cambio, y no resulta en absoluto disculpable, es que tanto la actividad de diagnosticar como la efectiva de sanar han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone. Por tanto, son censurables y generadores de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos.

LA «TRADITIO» NO ESTA REGIDA POR EL PRINCIPIO DE «NUMERUS CLAUSUS». (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Según la teoría del título y el modo, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato si no es seguida de la tradición. En cuanto al modo, dice la Sentencia de 20 de octubre de 1989 que se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega material o física de la cosa (tradición real), sino también en virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición cuando median cualquiera otros actos jurídicos que de forma patente entrañen la misma significación de entrega, cuyos actos, integradores de la llamada *traditio ficta*, no son sólo los que aparecen relacionados en los artículos 1.462.2.º a 1.464 del Código Civil, al no estar estas formas espiritualizadas de tradición o entrega regidas por el principio del *numerus clausus*, sino todos aquellos de variada índole o naturaleza que de manera contundente e inequívoca revelen que el *tradens* ha puesto real y actualmente la cosa a la plena y única disposición del *accipiens*, con evidente intención por ambas partes de hacerlo así («*animus trasferendi et accipiendi dominii*»).

LA VIVIENDA HABITUAL PUEDE SER EMBARGADA POR DEUDAS DE UNO SOLO DE LOS CÓNYUGES. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.320 del Código Civil solamente se refiere a los actos dispositivos de la vivienda habitual realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no prohíbe en modo

alguno, pues no podía hacerlo, que la referida vivienda habitual pueda ser embargada por los acreedores a virtud de deudas contraídas por uno de los cónyuges, embargabilidad que tampoco aparece prohibida por ningún otro precepto sustantivo o procesal, bastando para realizar dicho embargo cuando la vivienda habitual o una parte indivisa de la misma pertenezca a uno de los cónyuges con que se notifique la demanda y el embargo al otro cónyuge (art. 144.5 RH).

EL «IUS AD REM» ES SOLO UN DERECHO PERSONAL A LA ENTREGA DE LA COSA. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro Derecho positivo sigue el sistema fundado en la teoría del título y el modo, de tal forma que faltando uno de esos requisitos faltará la prueba del dominio; en el presente caso falta el modo, es decir, la entrega o *traditio* de la cosa, ya que ni se ha producido la entrega real de la posesión ni la *traditio ficta*; a la necesidad de que concurran ambos requisitos se refiere la Sentencia de 26 de noviembre de 1991 al decir que «ninguna de estas afirmaciones puede equivaler a que ha existido entrega de las viviendas, en cuyo caso no hubiera sido precedente calificar de *ius ad rem* al derecho de los autores, porque serían auténticos propietarios, titulares de un *ius in re*.

El *ius ad rem* no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa que todavía no se ha producido. El título obligatorio únicamente, sin tradición o entrega, no puede ser protegido por la tercería del dominio, ya que éste sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega, doctrina ésta de total aplicación a las demás acciones protectoras del dominio, como son la reivindicatoria y la declarativa.

ASUNCIÓN DE DEUDA: CONCEPTO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—La asunción de deuda se configura como negocio atípico que no representa la extinción de lo debido, sino un cambio subjetivo en la persona de quien debe pagar, pasando a ser deudor el tercero que admite y asume la obligación que pesaba sobre el deudor originario el que se libera de la carga, siempre que conste el consentimiento del acreedor como requisito esencial e ineludible.

PROCEDE LA ACCIÓN RESOLUTORIA DEL ARTICULO 1.504 AUN EXISTIENDO SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Doctrina de la Sentencia.—Incontrovertible el grave incumplimiento en que ha incurrido la compradora, que ha dejado de satisfacer el precio, el motivo único del recurso denuncia violación del artículo 1.124 del Código Civil, que se entiende al no tener en cuenta la Sala sentenciadora que declarada la suspensión de pagos del adquirente la voluntad del deudor queda mediatizada y la entidad suspensa no era libre de pagar o no pagar, argumento inaceptable, pues la declaración judicial de suspensión no produce sobre el deudor ninguno

de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que el Juez estime convenientes y siempre contando con el concurso de los interventores, entre otras operaciones, para verificar todo pago, lo que lleva consigo la posibilidad de que aun después de surgida tal situación sean entablados juicios ordinarios contra el suspenso y el ejercicio de las acciones resolutorias del contrato de compraventa, por lo mismo que el comprador, aun en estado de suspensión, viene obligado a satisfacer la parte del precio adeudado, por más que precisa el asentimiento del órgano de intervención.

J. Q. S.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

ALBACEAZGO. DIFERENCIA ENTRE EXCUSA Y RENUNCIA. FACULTADES DE LOS ALBACEAS. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano **Martín-Granizo** Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sección Primera de lo Civil de la Audiencia Provincial de *Cádiz*, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sanlúcar de Barrameda, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero.—El presente recurso se encuentra integrado por tres motivaciones, de las cuales la primera se inserta en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciar por estimar que el Tribunal de apelación incidió en infracción de las normas reguladoras de las Sentencias, concretamente de los artículos 359 LEC y 248.3 LOPJ, al no haberse pronunciado sobre uno de los pedimentos del escrito de demanda el relativo a la solicitada declaración judicial de extinción y liquidación del régimen económico matrimonial correspondiente al primer matrimonio de don Juan Espinar Cuadrado.

Adelantando que tanto la Sentencia de primera instancia como la aquí impugnada son desestimatorias de la demanda y por tanto absolutorias, es ello de completar poniendo de relieve la constante doctrina de esta Sala, a cuyo tenor las Sentencias absolutorias, por regla general y a salvo excepciones aquí no concurrentes, al resolver todas las cuestiones discutidas suponen acatamiento de lo dispuesto en el artículo 359 LEC (Sentencias de 15 de febrero y 14 de diciembre de 1992, 24 de marzo de 1993 y 8 de junio de 1994).

Pero es que además se ha de tener en cuenta algo que en el motivo se silencia: que la Sentencia recurrida confirma la dictada en primera instancia, en la cual se contempla —para desestimarla— la cuestión objeto del motivo.

Segundo.—No mejor suerte casacional merecen los motivos segundo y tercero, en los cuales y bajo el prisma casacional del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley *Rituarial* Civil lo imputado a la Sentencia recurrida es: en el segundo, la infracción del artículo 1.402 del CC, en relación con el 1.038 de la LEC, «al

no ser atendida la petición contenida en la demanda rectora del procedimiento relativa a la declaración judicial de extinción y liquidación de la sociedad económico-conyugal de gananciales correspondientes al primer matrimonio del señor Espinar Cuadrado, a pesar de la legitimación que las citadas normas jurídicas otorgan a mi representada y a sus hijos, en nombre de quienes también actúan los fundamentos jurídicos aducidos en dicha primera instancia, haciéndolos suyos sin ningún otro argumento o justificación, ni siquiera fáctica, nos encontraríamos obligados a denunciar la flagrante violación del principio constitucional que prohíbe la indefensión...»; a su vez, en el motivo tercero se denuncia la violación por inaplicación del artículo 675 del CC, «ya que se ha interpretado el testamento sin ser tomada en cuenta la verdadera intención del testador según el mismo tenor de las mismas disposiciones testamentarias», citándose también como infringidos los artículos 899 y 1.281 del mismo texto legal.

El ya anunciado perecimiento de ambas motivaciones tiene como sustento los siguientes supuestos fácticos: 1.º Evidenciado queda que la actora y aquí recurrente era la segunda esposa del causante de la sucesión cuya participación ha sido causa de la litis que aquí se contempla, don Juan Espinar Cuadrado; 2.º De la misma evidencia es que el referido señor, si bien falleció cual acredita la iniciación del presente pleito, se ignora cuándo, «... pues en los autos no figura ni la fecha de su defunción ni la prueba del fallecimiento, pues no se ha propuesto medio alguno que lo acredite...» (fundamento 6.º de la Sentencia impugnada); 3.º Aparece acreditado que el causante otorgó testamento abierto en Sanlúcar de Barrameda el 14 de diciembre de 1959 y que la viuda, doña Regla Gómez Olarte, solicitó y obtuvo copia del mismo el 12 de julio de 1985; 4.º Igualmente consta que en referido testamento se nombre albaceas y contadores-partidores de la herencia con carácter solidario y con las más amplias facultades de interpretación y ejecución del testamento, así como con prórroga del plazo legal hasta un año después del fallecimiento de su esposa, a su hermano don Antonio Espinar Cuadrado y a su hermano político don Ricardo Ollero Montilla; 5.º Fue dictada Sentencia en primera instancia, desestimatoria de la demanda, en cuyo primer fundamento y con referencia al tema de los albaceas se dice: «... dado que no se ha hecho constar la renuncia o no aceptación del cargo y encontrándose éste dentro del plazo, el sentido del fallo contenido en esta resolución no puede ser sino desestimatorio de la pretensión deducida»; 6.º Apelada la Sentencia por la actora, señora Gómez Olarte, se dicta Providencia con fecha 28 de mayo de 1991, señalándose para la vista el 9 de julio de dicho año; 7.º El 14 de junio de 1991 se presenta escrito en el rollo de la Audiencia de Cádiz relativo a la apelación indicada, en el cual se dice tener por evacuado el trámite de instrucción, a la vez que se aporta una fotocopia de documento notarial fechado en Sanlúcar de Barrameda el 19 de abril de 1991 en el que se contiene la renuncia al cargo de albaceas y contadores por parte de los dos señores designados en el testamento del causante, don Juan Espinar Cuadrado.

Tercero.—Los relatados datos conducen a las siguientes conclusiones jurídicas: en primer lugar y por lo que respecta a la presentación del escrito de renuncia de los albaceas-comisarios indicado en el apartado 7.º del presente fundamento, son de confirmar los razonamientos que para su desestimación aparecen en el fundamento tercero de la Sentencia impugnada, a tenor de los cuales y teniendo en cuenta que en el plazo de los seis días que el artículo 707 LEC establece, en relación con el 705, podrán las partes pedir que se reciban

los autos a prueba siempre que concurriese alguna de las causas en lo que permite el artículo 862 de la misma Ley; «... en este caso no se propuso prueba alguna, y sólo en el trámite procesal siguiente al darse traslado a la parte actora-apelante, para instrucción por plazo de cuatro días (art. 709.2.º de la Ley citada), se aportó la escritura pública en la que ante Notario renunciaban los albaceas y comisarios partidores designados por el causante en su testamento, invocando el artículo 863.2.º, en relación con el 506.1.º y el 899 de la repetida Ley...», por lo que se llega a la conclusión de que los preceptos citados no son de aplicación «a las apelaciones de los juicios de menor cuantía, debiendo proponerse la prueba al amparo de lo dispuesto en los números 3.º y 4.º del artículo 862 en el escrito a que se refiere el artículo 707».

En relación con lo indicado es de agregar: *a)* que encontrándose en poder de la **actora-recurrente** referida renuncia desde el 19 de abril de 1991, el hecho de no haber sido presentada hasta el momento que se deja indicado es algo de lo que ella es única responsable, razón por la cual no puede invocar indefensión según una muy constante doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, que por su generalidad no es preciso indicar; *b)* que como se indica en el fundamento 7.º de la resolución recurrida, en todo caso se trata de un hecho nuevo en cuanto propuesto por vez primera en la apelación, por lo que no puede ser tenido en cuenta, ya que de serlo la indefensión se produciría por la parte apelada, y *c)* que son de tener en cuenta los acertados razonamientos contenidos en la Sentencia recurrida en orden a la distinción entre «excusa» y «renuncia» al cargo de albaceas.

Cuarto.—Ello sentado y dando un paso más en el estudio de estas motivaciones, se hace preciso dirigir la atención sobre las facultades que en este caso podrían tener los albaceas- **contadores-partidores** designados en el testamento por el causante, señor Espinar Cuadrado, supuesta la ineficacia de su «renuncia» (ya que no «excusa») al desempeño del cargo, lo que les sitúa ante el artículo 898 CC, en virtud del cual el —o los— albacea/s que no se excusaren dentro de los seis días siguientes a aquel en que tengan noticia de su nombramiento se entiende que lo aceptan, excusa que no consta se haya presentado dentro del plazo por dicho precepto establecido, según se declara en la Sentencia de apelación.

La siguiente andadura casacional se proyecta sobre las facultades de dichos **albaceas-contadores-partidores** en orden a la liquidación del haber hereditario del testador, señor Espinar Cuadrado, a cuyos efectos es importante tener en cuenta que indicándose en su testamento que estaba casado en segundas nupcias con la actora-recurrente y teniendo hijos de ambos matrimonios, la liquidación del «as» hereditario implicaba la de la sociedad ganancial del primero de dichos matrimonios.

Es preciso a tales efectos dejar sentado que tanto doctrinal como jurisprudencialmente prima la tesis de considerar al **contador-partidor** como un albacea, y consiguientemente a éste con facultades de contador-partidor (Sentencias, entre otras, desde la de 4 de febrero de 1902 y 24 de febrero de 1905, hasta la de 5 de julio de 1947); igualmente es de señalar que, cual ha quedado expuesto en el fundamento 2.º de esta Sentencia, los designados por el testador como albaceas, contadores-partidores, lo fueron a título universal, ya que a ellos se otorgaba la ejecución de la totalidad del testamento; por último, es también de tener en cuenta a estos efectos que si entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (Sentencias de 18 de abril de 1928, 10 de enero

de 1934 y 17 de abril de 1947, además las Resoluciones de la DGRN de 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio como trámite previo a la del segundo, con intervención para ello de los partícipes —herederos— de la primera esposa del causante, y en la de la segunda sociedad ganancial de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho ni tan siquiera intentado.

Comentario.—En esta Sentencia se contienen tres declaraciones, más o menos terminantes, que son:

1.^a Suministra base para la extinción entre «excusa» y «renuncia» al cargo de albacea, pues mientras la primera debe efectuarse dentro del plazo de caducidad que establece el artículo 898 del Código Civil (seis días), la renuncia puede efectuarse en cualquier tiempo, como se desprende de los artículos 899 y 900 del Código Civil, con las posibles consecuencias no sólo de las previstas legalmente, sino de tener que indemnizar en el caso de ocasionar perjuicio por tal renuncia a los sucesores o terceras personas (v. gr.: acreedores de la herencia).

2.^a Asimila los cargos de albacea y contador-partidor cuando el albacea es universal, esto es, no se limitan expresamente sus facultades. En principio, la distinción es clara: el contador-partidor tiene un ámbito de actuación que ya delimita su propia denominación, como es contar y partir; en cambio, las facultades del albacea pueden ser muy variadas, entre ellas algunas de índole marcadamente personal o íntima: relativas a exequias, autorización de la extracción de órganos, etc. Pero en la práctica se confunden o identifican ambos cargos, por lo que es admisible tal interpretación.

3.^a En el caso de segundas nupcias, los contadores-partidores o albaceas nombrados en testamento otorgado después de contraído el segundo enlace tienen facultades para liquidar el régimen económico matrimonial del primer matrimonio con la intervención de los sucesores de dicho primer enlace.

TESTAMENTO OLÓGRAFO. PATRONATO DE FUNDACIÓN BENÉFICA. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1995.)

Don P. M. M. otorgó testamento ológrafo en el que nombró patrono de la fundación que establecía a su heredero fiduciario a don F. M. D. y previno la designación de sucesivos patronos en la cláusula del siguiente tenor literal: «Y al fallecimiento de mi único heredero fiduciario le sustituirá otro pariente de la línea paterna o materna, que sea de carrera facultativa, mayor de veinticinco años, que será nombrado por otros parientes, como don Pablo Salas, don Alvaro Diezquijada y don Gonzalo Herrero Diezquijada, que en unión del alcalde y párroco de Cevico de la Torre, con cinco mayores contribuyentes, *nombraron* el que ha de sustituir al primero, siendo precisamente uno de los tres señalados anteriormente, y si no fuese bastante, serían dos y todos los tres».

Don R. S. J. interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía que corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 3 de **Palencia**, en la que solicita se declare que la interpretación correcta del referenciado testamento de don P. M. M. implica que corresponde exclusivamente a la Junta de electores la determinación de si debe ser unipersonal o colegiado el cargo de patrono de la fundación «Asilo de Santa Eugenia» de Cevico de la Torre. O, subsidiariamente respetando la intervención decisiva, para la designación de la

Junta electoral de patrono, de Cevico de la Torre, declare que este patronato debe ser unipersonal.

El Juzgado desestima la demanda, declarando que no ha lugar a formular las declaraciones postuladas, y la Sentencia de éste fue revocada por la Audiencia Provincial de Palencia, que declara corresponde exclusivamente a la Junta de electores la determinación de si debe ser unipersonal o colegiado el cargo de patrono de la fundación «Asilo de Santa Eugenia» de Cevico de la Torre.

Contra esta Sentencia se interponen dos recursos de casación por uno de los demandados, don L. B. B., y el otro por el Abogado del Estado, siendo ambos desestimados conforme a los siguientes fundamentos:

A) RECURSO DE DON LUIS BARCO BALBOA

Primero.—Plantea dicho recurrente haber incurrido el Tribunal de Apelación en error apreciativo de prueba, conforme autoriza el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y señala al efecto como documentos base el acta notarial de fecha 25 de septiembre de 1979, la cual, a instancia del actor del pleito —parte recurrida—, don Remigio de Salas Jalón, recoge el resultado de la Junta de electores del Patronato de la Fundación «Asilo de Santa Eugenia» de Cevico de la Torre (Palencia) sobre nombramiento de patrono de dicha institución, resultado de la deliberación y votación, y hace constar que dos de los integrantes se manifestaron en favor de un patronato colectivo. Los ocho restantes se decidieron por un patronato individual, proponiendo cinco de ellos a don Remigio de Salas Jalón, dos de ellos a don Jesús Peñalba Font (demandado rebelde) y uno al recurrente don Luis Barco Balboa.

Se argumenta para apoyar el error de prueba que se denuncia que la Sentencia recurrida declara que el litigio se planteó sólo contra la Administración del Estado y los dos demandados mencionados, cuando el acta dicha refleja que hubo tres personas a favor de aquellos interpelados, en contra de don Remigio de Salas y otros dos no identificados que se pronunciaron por patronato colectivo, los que no fueron llamados al pleito. Lo que en realidad se está planteando es la concurrencia de situación de litisconsorcio pasivo necesario, que la Sala Sentenciadora rechazó toda vez que en la demanda rectora se postuló el reconocimiento de las facultades soberanas de la Junta de electores en cuanto a la constitución del patronato de referencia y por tanto en nada contradice la postura de los integrantes de la misma, conforme expresa el acta y hace innecesaria su vocación procesal.

No se trata de propio error determinante del fallo, con lo que la impugnación perece, máxime cuando el documento de apoyo es un acta notarial, documento que esta Sala ha decretado no reúne características de literosuficiencia para abrir brecha en los hechos probados, los que han sido objeto de valoración con las demás pruebas practicadas (SS. 20 marzo, 18 y 19 diciembre 1991, entre otras).

Tampoco procede apoyar error en prueba en Sentencia judicial, como se hace en relación a la de fecha 20 de diciembre de 1985, que pronunció la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, pues es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que las Sentencias recaídas en otros procesos carecen de eficacia suficiente para apreciar error probatorio, ya que

se trata sólo de resoluciones documentadas en los correspondientes procesos ajenos (SS. 22 diciembre 1987, 3 febrero 1990, 10 marzo 1993, citada en la de 26 octubre 1993).

Lo mismo sucede con la documentación administrativa que se señala, integrada por certificación al Secretario General de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Palencia, expedido el 10 de diciembre de 1990, certificado del Ministerio de Trabajo de 11 de mayo de 1988, y reseñas periódicas que se aportaron, y que no representan otra cosa que una crítica a la gestión como patrono por parte de don Remigio de Salas Jalón, tratándose de cuestión que no conforma el debate procesal que se enjuicia. Por otra parte, no reúnen dichos documentos condición de literosuficiencia al ser reputados inidóneos a tales efectos, según reiterada y consolidada doctrina de esta Sala (SS. 11 y 15 octubre 1990, 4 marzo 1991 y 11 marzo 1991).

El motivo se desestima.

Segundo.—El recurrente centra su impugnación casacional en lo que constituye propiamente el tema principal de la controversia, al sostener en el motivo dos interpretación errónea del artículo 675 del Código Civil, al amparo del número 5.º del precepto procesal 1.692. Al efecto, ataca la Sentencia de apelación con la argumentación de haberse efectuado equivocada interpretación del testamento ológrafo del fundador del asilo, don Pedro Monedero Martín, otorgado en fecha 26 de agosto de 1989 y protocolizado por acta notarial de 25 de julio de 1898.

La Sala de Instancia atendió al sentido literal y gramatical de dicha disposición testamentaria en cuanto expresa bien claramente: «Y al fallecimiento de mi único heredero fiduciario le sustituirá otro pariente de la línea paterna o materna, que sea de carrera facultativa, mayor de veinticinco años, que será nombrado por otros parientes como don Pablo Salas, don Alvaro Diezquijada y don Gonzalo Herrero Diezquijada, que en unión del alcalde y párroco de Cevico de la Torre con cinco mayores contribuyentes *nombraron* el que ha de sustituir al primero, siendo precisamente uno de los tres señalados anteriormente y si no fuese bastante, serían dos y todos los tres». En realidad el testador lo que llevó a cabo fue el nombramiento directo del primer patrono, que recayó en el heredero fiduciario don Fernando Monedero Diezquijada y sus sustitutos, a favor de uno de los tres que nomina y sólo cuando fuera necesario serían patronos dos de ellos o tres en conjunto.

La problemática interpretativa surge respecto a las titularidades patronales sucesivas al haberse agotado las designadas por el testador. La Sentencia en recurso pone de manifiesto una precisa y adecuada labor judicial de conveniente hermenéutica testamentaria, proyectada sobre la literalidad de la cláusula controvertida dicha, para alcanzar la conclusión, que conforma el fallo pronunciado, respecto a que corresponde a la llamada Junta de electores, de forma exclusiva, la determinación de si debe ser unipersonal o colegiado el cargo de patrono de la fundación de referencia, con lo que no vino a desestimar la petición subsidiaria que contiene la demanda, de que el patrono ha de constituirse en todo caso una sola persona.

El recurrente sostiene la tesis contraria al estimar que el patronato debería ser plural, con lo cual se pretende despojar a la Junta de las facultades decisorias que el causante le otorgó.

La cláusula testamentaria que se interpreta tiene dos lecturas. Una en versión singular, ya que se está refiriendo a patrono único, y así se deduce de los vocablos «único heredero», «otro», «será nombrado» «el primero» y «uno».

La otra se proyecta sobre patronato plural de dos o tres personas cuando no fuese bastante, es decir, como participio activo del verbo bastar, equivale a ser insuficiente y no prestarse adecuadamente el cargo cuando fuera desempeñado por una sola persona, pues lo desborda, con repercusión negativa en la marcha de la función benéfica que el otorgante atribuyó a la fundación del asilo.

De esta manera recobra pleno protagonismo la Junta de electores, a la que le corresponderá en todo caso la designación del patrono o patronos, al presentarse la ocasión y a efectos de cumplir rectamente este poder de decisión que el testador le otorgó sin la menor duda, con lo que la Junta deberá proceder previamente a la deliberación y ponderación de las causas concurrentes, que pueden ser variables en cada supuesto, para establecer, en primer lugar, si en dicho momento es conveniente que el patronato recaiga en una sola persona o, por el contrario, en dos o en tres; y cumplido tal trámite, para lo que lógicamente puede recabar las informaciones, datos y asesoramientos que se tengan por más convenientes, proceder a la designación nominal de la persona o personas que se estimen más adecuadas e idóneas para desempeñar el cargo, en sujeción más conforme y de esta manera a la voluntad testamentaria del fundador.

Por tanto, deliberación y nombramiento se presentan como actuaciones útiles y precisas a llevar a cabo por la referida Junta de electores y en atención a las circunstancias concurrentes, derivadas de la propia dinámica del funcionamiento del asilo y exigencias impuestas o sobrevenidas que el causante, si bien no pudo precisar, sí resultó previsior al señalar posibilidad del patronato plural. Tales circunstancias se hacen más complejas en los actuales tiempos, tanto en el orden administrativo como en lo social y tributario, pero no es función de los Tribunales el precisarlas, pues ello supondría atacar al poder decisorio de la Junta, que se presenta pleno y exclusivo según la literalidad del testamento y lo que expresa el vocablo «nombran». Por tanto, son rotundas y contundentes las atribuciones que le fueron concedidas.

El motivo se desestima.

Tercero.—Se reproduce el motivo tres, con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la LEC, el alegato ya estudiado en el primero, de darse situación de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que su claudicación se impone, conforme a lo que ya se deja expuesto y con mayores razones de rechazo, al tener en cuenta que la llamada de los herederos de la testadora, aparte de que no se acreditó que concurrieran con la condición de herederos forzosos, pues aquel era de condición soltero al tiempo de testar y de fallecer, resultaría *superflua*, toda vez que ningún interés hereditario constatado les asiste respecto a una manda específica tan antigua, que ha venido ejercitándose a lo largo del tiempo sin problemática sucesoria alguna y concretamente sobre si el patronato lo deben desempeñar una o varias personas.

En relación a los integrantes a la Junta de electores, tampoco es de necesidad su vocación al proceso ya que la controversia se centra sobre interpretación de cláusula testamentaria y no consta acreditado que los integrantes de aquella se opusieran o discreparan de la misma, pues la Sentencia recurrida establece como hecho no combatido que sólo los demandados, el que recurre don Luis Barco Balboa y don Jesús Peñalba Font, que son precisamente los únicos aspirantes a desempeñar el cargo de patrono, los que han mostrado su oposición a su ejercicio por una sola persona, lo que sí justifica su llamada al proceso, pero en forma alguna respecto a cada uno de los componentes de la Junta, como ya quedó justificado y con independencia de que reúnan la con-

dición o no de ser parientes del testador, pues dicho órgano no intervino directamente en ningún acto negocial y pudiera por tanto resultar afectado por la resolución que se dicte, causando indefensión al no habersele propiciado ocasión para concurrir al pleito y alegar sus pretensiones, sino que más bien limita sus funciones a llevar a cabo las designaciones patronales que fijó don Pedro Monedero Martín, sin haberse justificado a su vez que hubieran mostrado interés decidido o producido actos determinativos para sostener decisión firme sobre la unidad o pluralidad patronal, salvo las expresas contenidas en cada designación.

Cuarto.—La no acogida del recurso determina que las costas correspondiente al mismo se impongan al litigante expresado que lo formalizó, conforme al artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B) RECURSO DEL ABOGADO DEL ESTADO

Primero.—En su motivo uno también viene a plantear error en la apreciación de la prueba, conforme al artículo 1.692.4.º de la Ley Procesal Civil, que trata de fundar en las Sentencias que aporta, dictadas todas ellas en la órbita de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así las de 28 de octubre de 1981, de la Audiencia Nacional, y las de 24 de diciembre de 1985 y 20 de diciembre de 1985, dictadas por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y la de 11 de junio de 1987, que pronunció la Sala Especial de Revisión de dicho Alto Tribunal.

Todas estas resoluciones se pronuncian sobre la impugnación de concretos actos administrativos y aunque afrontan lateralmente el problema de la interpretación de la cláusula testamentaria debatida en esta litis, en forma alguna tal decisión se puede imponer a los Tribunales del orden civil; pues si bien el artículo 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 autoriza el conocimiento sólo de cuestiones incidentales no pertenecientes al orden administrativo, la decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso administrativo y cabe en todo caso ser revisada por la jurisdicción competente, en este la Jurisdicción Civil que a NOS corresponde ejercitar en forma decisiva plena, ya que el objeto del pleito tiene indudable dimensión jurídica de orden privado-civil, lo que integra jurisprudencia consolidada de esta Sala en cuanto no se ejerce y proyecta sobre un propio acto administrativo ni tiene referencia y relación con prestación de servicios públicos.

Todas estas razones, a las que ha de agregarse la inidoneidad de las Sentencias referenciadas como documentos propios a efectos de acreditar error probatorio con vicio de defectuosa apreciación, ocasionan que se dé ausencia de documento de apoyo y acarrea la improcedencia del motivo.

Segundo.—El Abogado del Estado, en su condición de recurrente, también aduce infracción por violación del artículo 675, en relación al 1-6 del Código Civil, al propiciar y sostener tesis a favor del patronato plural, para lo que se apoya en las resoluciones administrativas que cita y que así lo entendieron, tratándose de una interpretación meramente administrativa que no puede pretedeterminar, fijar de antemano y menos resultar decisiva y firme, respecto a lo que corresponde decir a los Tribunales de orden civil (SS. 17 junio 1988 y 5 marzo 1991), al ser los únicos competentes para emitir definitivamente en este trámite casacional la decisión final adecuada y que ha de vincular a todos los interesados, incluida la Administración del Estado.

No conviene olvidar que la materia sucesoria la voluntad testamentaria es soberana dentro de los límites de la legalidad y toda actividad judicial interpretativa ha de orientarse en la búsqueda y precisión de la voluntad real del causante, al tratarse de declaraciones no recepticias que se manifiestan en forma totalmente unilateral, por lo que no sucede, como en los negocios contractuales, que haya de tenerse en cuenta los intereses y voluntades de otras partes, que no son precisamente contrapartes testamentarias. Cuando como ocurre en este caso la literalidad de la cláusula se presente suficientemente expresiva y diáfana, ha de estarse a la misma, y así la Sala de Apelación observó con todo acierto dicha regla sin necesidad de acudir a actividades exegéticas respecto a otras disposiciones ni a los llamados medios de prueba extrínsecos (SS. 11 diciembre 1991, 6 abril 1992 y 31 diciembre 1991, entre otras).

Habiendo quedado ya establecida y decidida la cuestión eje del pleito sobre la procedencia de la dirección colegiada o unipersonal integradora de la fundación benéfica de referencia, el motivo carece de toda consistencia estimatoria y ha de decretarse su rechazo.

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. DONACIÓN. CAPACIDAD DEL DONANTE. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1995.)

Don J. C. S. otorgó testamento notarial abierto el 3 de noviembre de 1982 y el 14 de diciembre siguiente ante distinto Notario, escritura de donación de inmuebles, apreciando ambos fedatarios, como es lógico, positivamente la capacidad del testador y donante, quien venía siendo tratado desde el 25 de octubre del mismo año en una clínica de insuficiencia vascular cerebral que se traduce en demencia senil.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, mantiene la doctrina tradicional en este punto consistente en la presunción favorable a la capacidad en tanto no haya sido desvirtuado por prueba plena en contrario, lo que no ocurre en el presente caso, en el que el propio doctor-director del centro que le trataba dictamina que el día 14 de diciembre de 1982 era capaz de regir sus bienes, ya que dicho paciente no tenía un síndrome demencial totalmente instaurado, sino que lo iniciaba y por lo tanto tenía lucidez. Y otro facultativo certifica que en el terreno psiquiátrico es prácticamente imposible *a posteriori* determinar el grado de lucidez de una persona que ha sido diagnosticada previamente de demente senil.

LEGADO. COLISIÓN ENTRE NORMAS CIVILES Y ADMINISTRATIVAS. VALIDEZ DE LEGADO. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1995.)

Pretendida la nulidad del legado por el que la causante legó al hijo demandado, apelado y recurrente la titularidad del negocio de Administración de Lotería debiendo asociar a la dirección del mismo a su hermano Raúl, gratificándose la dedicación de ambos con un 40 por 100 de los beneficios netos para cada uno y legando el 20 por 100 restante por sextas partes a sus hijos, reconocido este derecho por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, frente al criterio contrario del Juzgado de Primera Instancia número 2 de

Córdoba, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso confirmando la Sentencia de la Audiencia, y así desestima la pretensión anulatoria del legado basada en la contradicción del mismo con lo que sobre el particular de participación en comisiones de Administraciones de Loterías establece el artículo 183, en relación con el 302 de la Instrucción General de Loterías, pues «la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SS. 13 mayo 1980, 7 julio 1981, 7 abril 1983 y 17 octubre 1987) y el principio de nulidad del acto contrario a la Ley no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino flexible (SS. 9 octubre 1963 y 27 febrero 1964)». Al propio tiempo, subraya la circunstancia de que durante más de dos años la conducta del recurrente abonando puntualmente la participación que la cláusula testamentaria impuso es muy significativa. Aludiendo o aplicando implícitamente la doctrina de los actos propios. Concluyendo que en caso del traspaso tienen derecho los otros hermanos del titular a percibir la participación correspondiente.

COMUNIDAD HEREDITARIA. REINTEGRACIÓN A LA MISMA DEL VALOR DE LA VIVIENDA OBJETO DEL CONTRATO DE CESIÓN POR ALIMENTOS Y ASISTENCIA DE POR VIDA Y RESTITUCIÓN DEL PRECIO DE LOS ALIMENTOS. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1995.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Matías Malpica y González-Elípe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley contra la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Burgos, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, que condenó a los demandados (luego apelantes y recurrentes) a restituir el importe del precio de la vivienda adquirida por la causante a la comunidad hereditaria de la misma, quien deberá restituir a los demandados el precio de los alimentos satisfechos desde el momento de la cesión hasta el del fallecimiento de dicha causante, con los correspondientes intereses legales desde la venta de la vivienda a terceros.

El fundamento de los Tribunales de instancia, que hace suyo el Supremo, consiste en que al concertar la causante la cesión de vivienda a cambio de alimentos a uno de sus hijos no se quedó con otros bienes, procediendo a eludir lo dispuesto en el artículo 806 del Código Civil, esto es, los derechos legitimarios de los restantes hermanos del cesionario, para sustraer la vivienda de la sucesión en perjuicio del resto de los legitimarios.

PRETERICIÓN NO INTENCIONAL. EFECTOS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1995.)

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 interpuesto por la actora y apelante, con base a las siguientes consideraciones:

Primero.—Doña Agustina Morales Jiménez, en su carácter de representante legal de su hija Cristina Cáceres Morales, promovió juicio declarativo de menor cuantía contra los hermanos doña Angela y don Tomás Cáceres Rodrí-

guez y la madre de éstos, doña Catalina Rodríguez Granada, a fin de que la Sentencia a dictar procediera a: anular la institución de herederos hecha por don Jerónimo Cáceres Galindo en su testamento de 29 de enero de 1982, reducir por inoficioso el legado en favor de la esposa y abrir la sucesión intestada del haber hereditario restante, cuyas pretensiones se basaban en las siguientes alegaciones fácticas: 1.^a El 19 de diciembre de 1986 falleció en Coslada don Jerónimo Cáceres Galindo, casado con doña Catalina Rodríguez Granada, y de su único matrimonio por el contraído tuvo dos hijos, doña Angela y don Tomás Cáceres Rodríguez, que le sobrevivieron. 2.^a El finado en 29 de enero de 1982 había otorgado testamento abierto, legando a su esposa el usufructo vitalicio de su herencia, con el que se entenderá pagada su legítima, e instituyendo como únicos y universales herederos, por partes iguales, a sus dos hijos ya expresados, testamento el indicado que se hallaba en vigor al momento de la muerte del causante; y 3.^a Con posterioridad al otorgamiento del testamento y antes de que se abriera la sucesión nació en Coslada la niña Cristina Cáceres Morales el 9 de abril de 1985, que aparece inscrita en el Registro Civil de Coslada como hija no matrimonial de don Jerónimo Cáceres Galindo y doña Agustina Morales Jiménez, niña que sobrevivió al padre. El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, por Sentencia de 18 de julio de 1988 y con estimación de la demanda, declaró que procedía anular la institución de heredero hecha por don Jerónimo Cáceres Galindo en su testamento de 29 de enero de 1982, reducir por inoficioso el legado en favor de la esposa doña Catalina Rodríguez Granada y abrir la sucesión intestada del haber hereditario restante, pronunciamientos que fueron íntegramente confirmados por la dictada en 27 de mayo de 1991 por la Sección 10 de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, y es esta segunda Sentencia la recurrida en casación por doña Angela Cáceres Rodríguez a través de la formulación de tres motivos amparados, de modo respectivo, en los ordinales 3.º, 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 de abril.

Segundo.—En el primer motivo del recurso, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, que han producido indefensión, se invoca la infracción de lo dispuesto en los artículos 681, 682, 261.4., 270, 271 y 274 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lleva aparejada la nulidad *ab initio*, la del emplazamiento, que determina el párrafo 1.º del artículo 279 de dicha Ley y, en consecuencia, de la totalidad de lo actuado, argumentándose, en síntesis, lo siguiente: Los tres demandados, que debían ser parte en el juicio declarativo en cuestión, dependía de un acto de comunicación para su personación en las actuaciones, que era el emplazamiento y entrega de la copia de la demanda y documentos. Nunca fueron emplazados y se infringió lo dispuesto en los artículos expresados. Tampoco puede considerarse emplazada la parte demandada por la simple remisión, por correo certificado y con acuse de recibo, de unas cédulas de citación cuya fecha de expedición está rectificadas, en las que se utiliza la expresión «por primera vez», que supone una continuación y como mínimo, una «segunda», en las que, igualmente, se hace constar «a fin de practicar unas diligencias», indeterminación que hubiera podido eludirse por la fórmula «ser emplazados»; en cuyo texto se cita para el día 30 de abril de 1987 y que son remitidas en sobres del día 18 de mayo de 1987. Tales quebrantamientos han producido total indefensión para la recurrente, con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, cual recoge el número 3.º

del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conculcándose así el principio de tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución. Se tiene derecho a un juicio justo ante Juez imparcial y toda persona tiene derecho a ser oída, según disponen los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución. La recurrente se ha visto privada de los principios de contradicción, defensa y aportación de prueba, se ha alegado la indefensión y se ha pretendido su subsanación, sin resultado. Es inadmisibles la interpretación que la Audiencia plasma en el fundamento derecho 1.º de su Sentencia. Se dice que «en definitiva, fue la pasividad, realmente anómala y sorprendente, de la apelante un elemento decisivo para situarse en la indefensión que denuncia», manifestación que no puede tolerarse pues la indefensión no puede ser achacada sino al incorrecto proceder del Juzgado. Las alegaciones a que se refiere la Audiencia se han limitado al informe oral en el acto de la vista del recurso de apelación y la prueba practicada en segunda instancia ha sido la «única útil y pertinente», pero a juicio de la Sala. No cuantos apartados integraban la documental pública propuesta y constituida toda ella por escrituras notariales, cual la otorgada el 13 de mayo de 1987, por la que la actora y los demandados, ignorantes estos de la existencia de la litis, y como únicos interesados en la sucesión testada de don Jerónimo, bajo testamento de 29 de enero de 1982, nombraron a dos Letrados del Colegio de Abogados de Madrid, para que intervinieran en dicha sucesión, formalizando las correspondientes operaciones; que fueron consideradas innecesarias. ¿No se ha producido indefensión?

Tercero.—Aunque el quebrantamiento de las normas procesales refiérase, sustancialmente, a las concernientes al emplazamiento en orden a la personación de los codemandados y contestación de la demanda, en el motivo parece aludirse, también, al derivado de la inadmisión de parte de la prueba propuesta en segunda instancia, concretamente, la documental pública solicitada en los apartados A), B) y C), por Auto de la Sala de Instancia de 11 de mayo de 1990. Esta posible vulneración carece de toda razón de ser, en primer lugar, de manera primordial, porque corresponde al órgano jurisdiccional la facultad de rechazar las pruebas que, a su juicio sean impertinentes o inútiles, artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya decisión no es susceptible de recurso, y, en segundo término, porque el meritado auto fue consentido por la parte, sin que por la misma se hubiera formulado propuesta alguna, artículo 1.693 de la precitada Ley, aparte de la inexistencia de constancia acerca de la indefensión que hubiera podido originarse.

Cuarto.—En relación con el sustancial quebrantamiento denunciado, el simple examen de las cédulas de citación conduce a coincidir con la parte recurrente en el juicio negativo en orden a su validez, coincidente, asimismo, con el que sustentó, en principio, el Tribunal *a quo*, ahora bien, para que pueda acogerse en vía casacional, la infracción de los preceptos procesales concretos que se reseñan en el motivo, es indispensable la concurrencia de dos elementos esenciales: haberse producido una situación de indefensión para la parte y pedida la subsanación de la falta en la instancia en que se hubiere cometido, como se infiere claramente de las prescripciones contenidas en el ordinal 3.º del artículo 1.692 y en el artículo 1.693, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y aún cuando el segundo elemento se viene a caracterizar por una protesta explícita ante el Juez, no puede menos de tomarse en consideración, a efectos casacionales, una conducta o actitud que revele un comportamiento conformista respecto a la infracción acaecida, siendo esto, precisamente, lo que se destacó en el primer fundamento de derecho de la Sentencia

recurrida, toda vez que los demandados tuvieron oportunidad de acudir al Juzgado para esclarecer las evidentes anomalías que presentaban las cédulas de citación. Además, por lo que respecta al primer elemento, es de tener en cuenta, como también se destacó en el susodicho fundamento, que la cuestión litigiosa versó sobre extremos exclusivamente jurídicos y que sobre los hechos que la sustentaban existió un total consenso entre las partes, lo que lleva a concluir que no cabe estimar se hubiera producido una situación de indefensión, ya que la recurrente tuvo ocasión en el trámite de apelación de exponer las alegaciones convenientes a su derecho, y de aquí, que, con arreglo a las consideraciones precedentes, se imponga concluir, a su vez, que el Tribunal *a quo* no vulneró las normas que rigen los actos y garantías procesales, originándose, así, la claudicación del motivo estudiado.

Quinto.—En el segundo motivo, formulado, al igual que el tercero, con carácter subsidiario, se alega error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, concretamente, el testamento de don Jerónimo Cáceres Galindo, que demuestra la evidente equivocación del Juzgador al entender que el legado establecido en favor de la esposa del testador afecta a la legítima de los herederos, razonándose, resumidamente, lo que sigue: Dicho testamento, otorgado el 29 de enero de 1982 y no contradicho por ningún otro elemento probatorio, demuestra, por la simple lectura de su disposición primera, el error en que ha incurrido tanto el Juzgado como la Audiencia. El testador dispone: «1.º Lega a su esposa doña Catalina Rodríguez Granada el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con facultad de tomar por sí posesión del legado, con el que se entenderá pagada su legítima. El heredero que no respete esta voluntad tomará sólo su legítima estricta; y si ninguno lo hiciere, tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria». El testador prevé que ningún heredero acepte su voluntad, cual es el caso presente y sean herederos preteridos o no, y para tal supuesto, en el que nos encontramos, decide que «tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria», y ello no es inoficioso. El legado a la esposa del tercio de libre disposición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 808.3.º del Código Civil, además del usufructo a que se refiere el artículo 834, es absolutamente correcto y hay que respetar la voluntad última del causante, y no puede calificarse de inoficioso el expresado legado. Bajo el imperio del Derecho común era frecuente que los testadores dejaran a sus hijos una porción hereditaria que excediera de la legítima, pero sometida a limitaciones o gravámenes, y si el hijo no se hacía cargo de estos o atacaba la última voluntad, debía dejársele reducido a la legítima estricta. Según Roca Sastre esta cautela Socini o Gualdense es una cláusula lícita, y añade Vallet de Goytisolo que si al testador no le es lícito gravar la legítima del hijo, en cambio no es ilícito que el hijo acepte cualquier gravamen sobre su legítima. Y continúa Roca, el legislador no se entromete en la libre opción del legitimario. Puig Brutau termina resumiendo que esta cláusula es completamente admisible, y el Tribunal Supremo aceptó su validez en Sentencia de 12 de diciembre de 1958. En el caso presente se rechaza el gravamen y los herederos recibirán por terceras e iguales partes sus correspondientes cuotas en los tercios de mejora y legítima, pero sigue vigente el resto de la cláusula testamentaria, y tomará la viuda el tercio de libre disposición en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria y al no entenderlo así, la Sentencia impugnada ha incurrido en un claro error en la apreciación de la prueba.

Sexto.—Este motivo ha de correr la misma suerte que el anterior, o sea, su inviabilidad, y ello, no ya porque el Tribunal *a quo* ha valorado el testamento otorgado por don Jerónimo Cáceres Galindo, sino, esencialmente, porque en el motivo no se realiza una verdadera exposición del error de hecho en que aquel hubiera podido incidir en relación con dicho documento, en cuanto que lo llevado a cabo ha sido hacer en realidad, una interpretación con alcance y significación jurídica en torno a la primera disposición testamentaria del referido señor, lo cual, en su caso, habría supuesto la comisión de un error de derecho y denunciable, por tanto, a través del cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de utilizar, como se ha hecho, la vía del ordinal 4 del indicado precepto. Pero es que, además, el meritado Tribunal ha efectuado una correcta valoración de la disposición en cuestión, ya que en el caso de autos no concurre ninguna de las circunstancias fácticas que se ponen de manifiesto en el segundo apartado de aquella: un heredero o herederos todos que no respete o respeten la voluntad testamentaria, *factum* que no se corresponde, desde luego, con el concurrente en autos: preterición no intencional de la heredera forzosa, Cristina Cáceres Morales, a cuya legítima perjudica, indudablemente, el legado universal y vitalicio en favor de la viuda, como acertadamente consideró el Tribunal *a quo*.

Séptimo.—En el último motivo del recurso, tercero de los formulados, se aduce la infracción del artículo 814 del Código Civil, que pretende basarse en las siguientes reflexiones: En el segundo fundamento de la Sentencia recurrida se dice que: «La parte apelante estima que el legado establecido en favor de la esposa del testador no afecta a la legítima del heredero preterido por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 814.2.º, no cabe la anulación de la institución de heredero». Nunca ha dicho esta parte que no quepa la anulación referida, lo que sería absurdo al haberse dado la preterición no intencional de un hijo, nacido con posterioridad al otorgamiento del testamento. Lo que se ha mantenido es que, habiéndose producido dicha preterición, resulta de plena aplicación el contenido del número 2 del artículo 814, así como el último párrafo del mismo, siendo estas las normas que han sido infringidas. Por consiguiente, y dándose la preterición no intencional, debe anularse la institución de herederos hecha por el testador a favor de sus hijos matrimoniales, para que así reciban cada uno de los tres hijos una tercera e igual parte en los tercios de mejora y legítima, pero manteniéndose la validez del legado del tercio de libre disposición a favor de la viuda, así como la cuota legal usufructuaria, para que tenga preferencia, en todo caso, lo ordenado por el testador. Este artículo distingue entre la anulación de la institución de heredero, es decir, la disposición testamentaria que afecta a la parte personal de la sucesión, y las mandas y mejoras, esto es, sobre lo que el testador dispone con referencia a su patrimonio material (S. 22 mayo 1950) y sostiene Albadalejo que la nulidad no alcanza a las mejoras, aunque hayan sido hechas a título de herencia, y el mismo criterio mantiene Bonet al decir que abierta la sucesión intestada para los legitimatarios, ésta será total si el testador hubiera dispuesto de todos sus bienes por título universal a favor de los otros herederos cuya institución se anula, y parcial, si hubiera hecho disposiciones a título singular, las cuales, subsistirán en cuanto se hallen dentro de la porción libre.

Octavo. Realmente, la tesis que viene manteniéndose por la parte recurrente distorsiona la voluntad testamentaria de don Jerónimo Cáceres y supone aplicar al testamento una interpretación amplia, incompatible con la literalidad de su primera disposición, respecto a la cual, cabe afirmar que no

contuvo, ni siquiera indiciariamente, alusión alguna a una posible preterición, ya que de modo explícito mencionó tener dos hijos del único matrimonio contraído, llamados Angela y Tomás Cáceres Rodríguez, a los que instituyó por sus únicos y universales herederos, y son a ellos, sin género de duda, a quienes se está refiriendo el testador en la citada disposición cuando expresa: «El heredero que no respete esta voluntad tomará sólo su legítima estricta; y si ninguno lo hiciere tomará la viuda el pleno dominio del tercio libre, además de su cuota legal usufructuaria», es decir, que esta última consecuencia querida e impuesta por el testador se encontraba condicionada a las referidas circunstancias fácticas: falta de respeto de los herederos a la voluntad manifestada en el testamento, que, como se apuntaba en el sexto fundamento de la presente, no guardaban ninguna relación con el *factum* de autos: preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento, y dado, por otro lado, como, así mismo, se razonaba en el fundamento de referencia, en plena coincidencia con el segundo de la Sentencia recurrida, que la cuota legitimaria de dicha heredad quedaba perjudicada con el legado instituido en favor de la esposa, resultaba forzoso concluir, sin necesidad de mayores argumentos, que el Tribunal *a quo* no infringió, en sentido alguno, el artículo 814 del Código Civil, lo que produce el fracaso del último motivo analizado, y de aquí, que atendiendo a criterios y en términos puramente casacionales, se imponga el total mantenimiento de los pronunciamientos de la Sentencia recurrida. La improcedencia de todos los motivos formulados en el recurso de casación interpuesto por doña Angela Cáceres Rodríguez, lleva consigo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del ritual artículo 1.715, la declaración de no haber lugar al mismo, con imposición de las costas a la parte recurrente, y la pérdida del depósito constituido.

PARTICIÓN. NULIDAD. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1993.)

El artículo 1.057.1.º del Código Civil tiene carácter imperativo.

Se solicita por los demandantes, hijos de la testadora, frente a su padre y madrastra, se declare la nulidad de la escritura pública por la que se protocolizaron las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia de su madre, en las que habían sido representados por un defensor judicial, en razón a que no se habían reintegrado los bienes propios de la causante, enajenados constante su matrimonio, ni se habían incluido en el inventario bienes que eran gananciales por haberse adquirido durante el matrimonio en documentos privados y una vez fallecida su madre se escrituraron a nombre de su padre, así como porque existían defectuosísimas valoraciones de bienes muebles, que se habían infravalorado en el inventario además de no describirse. Y solicitaron también se declarase el carácter reservable de los bienes adquiridos por su padre con cargo al tercio de libre disposición.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Sevilla estimó parcialmente la demanda, declarando que la escritura de partición debía ser adicionada o complementada, al estimar determinados bienes como gananciales y la obligación de reservar los bienes inmuebles que se asignaron al viudo en pago del tercio de libre disposición que heredó de su esposa. Apelada la Sentencia por ambas partes litigantes, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla rechaza el recurso de los actores, revoca de la primera ins-

tancia en cuanto a la adición y complemento de la partición y la confirma exclusivamente en cuanto a la declaración de reservables de los bienes heredados.

Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al mismo, pues de los documentos que reseña, junto con otras pruebas corroboradoras de los mismos, se deduce inequívocamente que existían bienes muebles privativos de la testadora que no se partieron, sino que fueron enajenados después de su muerte por el padre de los recurrentes como propios, al igual que no se partieron los bienes comprados en documentos privados durante el primer matrimonio pero escriturados a nombre del padre ya en estado de viudo, por lo que son gananciales que debieron incluirse en la partición; y porque consta probado que los bienes vendidos durante el matrimonio eran privativos de la testadora, por lo que debían de haberse reintegrado antes de liquidar y partir la masa ganancial. Y debe procederse a una nueva partición, ya que la Sentencia de primera instancia resaltó la gran importancia que tenían en esta herencia los bienes privativos de la causante enajenados durante el matrimonio, hasta el punto que de haberse producido su reintegración posiblemente no hubieran sobrado gananciales. Ello es índice elocuente de que no se está en la órbita de aplicación del artículo 1.079 del Código Civil, pues no basta una partición complementaria para subsanar la omisión de preceptos esenciales en la partición como el artículo 1.422 (vigente el realizarse), que tiene su continuidad de forma más inequívoca en el actual artículo 1.398 en cuanto a la enajenación de bienes privativos en interés de la sociedad de gananciales, ya que puede dar lugar a que no haya masa ganancial partible, y necesariamente a una partición de la herencia en sentido estricto muy diferente de la verificada. Si, como ha declarado esta Sala, en materia de agravios patrimoniales en la partición «se deberá volver a hacer si los errores y lesión son sustanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar (SS. 31 mayo 1960 y las que cita), no hay ninguna razón para no aplicar esta doctrina al caso litigioso dadas las circunstancias que en él concurren.

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara:

A) La nulidad de la escritura pública por la que se protocolizaron las operaciones de liquidación de la sociedad conyugal y partición de herencia de la fallecida doña M.^a Teresa, como asimismo la cancelación de las inscripciones que figuren a nombre de los adjudicatarios de los mismos en dicha escritura y por ese título.

B) Que en la nueva partición que se hiciere se ha de cumplir lo ordenado en el artículo 1.398 del Código Civil en cuanto a los bienes privativos de doña M.^a Teresa e incluirse como gananciales los aludidos en el fundamento de derecho 4.º de esta Sentencia.

C) Que los bienes que se le adjudicaron al viudo en la nueva partición que se hiciere en pago de sus derechos hereditarios, excepto la cuota legal usufructaria, tendrán la consideración de bienes reservables en favor de los hijos y descendientes de su matrimonio con la finada doña M.^a Teresa, estando obligado a cumplir lo dispuesto en el artículo 978 del Código Civil.

PARTICIÓN. DIFERENCIA ENTRE NULIDAD Y RESCISIÓN. CONTADOR-PARTIDOR DIRIMENTE. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1995.)

La rescisión tiene carácter subsidiario y no comporta siempre que se efectúe nueva partición.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, toda vez que la Sala de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba declaró que en juicio voluntario de testamentaría se rectificase la partición por el contador-partidor dirimente, siendo así que «el procedimiento de juicio de testamentaria sólo da entrada a la actuación del dirimente cuando existe divergencia entre dos o más proyectos de partición, pero en ningún caso cuando una de las partes renuncia a designar contador-partidor, renuncia a designar peritos y se aparta, de hecho, de intervenir en las actuaciones procesales, porque en tal caso sólo le quedará impugnar la partición para anularla o escindirla, pero el Juez no puede ordenar que la efectúe el contador dirimente designado en su día para otros menesteres». Y, en consecuencia, confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba.

COALICIÓN. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1995.)

Es aplicable la legislación vigente en el momento del fallecimiento del causante, por lo que se ha de atender al valor que los bienes tenían al tiempo de la donación.

COMUNIDAD HEREDITARIA. REINTEGRACIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE DONACIÓN SIMULADA BAJO FIGURA DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1995.)

COMUNIDAD HEREDITARIA. RENDICIÓN DE CUENTAS. PARTICIÓN. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1995.)

Ejercitadas acciones de petición de rendición de cuentas y división de bienes correspondientes a una comunidad hereditaria, los frutos de los bienes no pueden ser considerados como algo independiente.

F. C. L.

4. JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

ERROR JUDICIAL. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1994.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Reitera esta sentencia la común doctrina del TS de no considerar el error judicial como una tercera instancia, señalando que no existe error judicial en