

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO: EXTINCIONEX ART. 568 CC. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1993.)

Al dueño del predio sirviente que pretende que se declare la extinción le incumbe probar, conforme a las reglas de distribución de la carga probatoria, la contigüidad a un camino público.

PROPIEDAD HORIZONTAL: INSTALACIONES EXIGIDAS POR ORDENANZAS MUNICIPALES. (SENTENCIA 17 DE JUNIO DE 1993.)

Las modificaciones o instalaciones que exige la normativa ordenancista para adecuar ciertos locales (garajes) de modo que puedan ser útiles conforme a su destino legal y reglamentario han de ser toleradas, sin necesidad de nuevos acuerdos, unánimes ni por mayoría, si bien en la forma que las nuevas técnicas urbanísticas y de ambientación procuren la menor molestia, daño e invasión dominical de elementos comunes y privativos.

LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION DE VERACIDAD DE LOS ASIEN-TOS DEL REGISTRO. VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PUBLICO. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1993.)

Las presunciones de dominio derivadas de la escritura pública y de la inscripción registra!: primero, no quedan desvirtuadas por la mera afirmación, gratuita y exenta de fundamento probatorio, de que el dinero utilizado para la compra del piso era del cónyuge del comprador, adquirente en régimen de separación de bienes; y, segundo, prevalecen sobre la presunción del artículo 1.441 CC.

Comentario.—Merece la pena detenerse en esta sentencia, marginando la confusión de los artículos 1.361 y 1.441 CC, como mera anécdota, y hacer las siguientes consideraciones:

El fallo descansa en la importante *presunción de veracidad y exactitud de los asientos del Registro*, entraña misma del *principio de legitimación registral*, en su doble actuación sustantiva y procesal. El titular registral es considerado en el ámbito judicial y extrajudicial como titular real, sin necesidad de demostrarlo, mientras no se pruebe lo contrario, y se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales.

La legitimación registral hace veraz o exacto el contenido del Registro en cuanto a la existencia, titularidad, causa jurídica de la mutación y ejercicio del derecho registrado (ROCA SASTRE). No deja de resultar curioso el ámbito que la sentencia comentada atribuye a la presunción de veracidad: «Por el mero hecho de la certificación registral aportada a los autos hay que presumir que *el piso existe*, y que fue adquirido por X y que X sigue siendo propietaria del mismo a todos los efectos legales» (el resaltado es nuestro).

El contenido del Registro se presume exacto independientemente del título y por ello el artículo 38, párrafo 1.º LH sólo al Registro se refiere. Sin embargo, al entrar en la fase de la prueba en contrario de tal presunción, puede conectarse la inscripción con la escritura. Ello permite al Tribunal Supremo hacer la siguiente afirmación acerca del *valor probatorio del instrumento público*: «si bien es cierto que la fe notarial acredita de quien sea el dinero utilizado para el pago, el documento presentado implica una presunción de veracidad que exigiría una prueba contundente de que todo el dinero empleado para la compra del piso (...) era del esposo, cosa que no se hace».

La Sentencia yuxtapone las dos presunciones analizadas: la derivada de la escritura pública y la ínsita en la inscripción registral. No obstante, se nos van ocurriendo las siguientes diferencias:

1.^a El instrumento «público» es público sólo en razón del autor, pero forma parte de un protocolo institucionalmente secreto; mientras que la inscripción se practica en un Registro público, en sus dos vertientes de publicidad material y publicidad formal.

2.^a Frente a lo limitado de los efectos probatorios del documento notarial (art. 1.218 CC), el artículo 225 LH consagra la certificación registral como único documento mediante el cual puede acreditarse «en perjuicio de tercero» «la libertad o gravamen de los bienes inmuebles y derechos reales». Ello, que en el fondo no es sino derivación del principio de fe pública registral y de la publicidad material a que antes nos referíamos, puede extenderse a las titularidades inscritas.

3.^a El documento notarial conlleva ciertamente en juicio una presunción *juris tantum*; pero, fuera del proceso, no engendra legitimaciones para el tráfico, a diferencia de la inscripción. (Sobre la discutida «legitimación notarial» para el tráfico, que ya apuntó Núñez Lagos, puede verse José Manuel García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, pág. 734).

4.^a El artículo 38, párrafo 2.º LH no admite la posibilidad de ejercitar una acción contradictoria de un derecho publicado en el Registro si antes o a la vez no se solicita judicialmente la nulidad o cancelación del asiento correspondiente; lo que, en lectura del Tribunal Supremo, significa que, sin necesidad de petición expresa, tal nulidad o cancelación es consecuencia hipotecaria lógica de la acción ejercitada.

COMUNIDAD DE BIENES: DIVISIONE DE LA COSA COMUN. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1993.)

La facultad del comunero de pedir la división de un edificio en régimen de propiedad horizontal, conforme al artículo 401, párrafo 2.º CC, no procede cuando entraña obras de enorme importancia y costos de gran envergadura, que suponen un cambio total, conceptual y físico del inmueble.

COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCION. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1993.)

La fecha de cese de la situación de titularidad compartida y de los efectos de la comunidad es la de la partición, que es cuando los comuneros pasan a ser propietarios exclusivos de los bienes que se les adjudican.

SERVIDUMBRE: CONSTITUCION VOLUNTARIA. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1993.)

El hecho de que en la escritura de segregación de una parcela se consigne como lindero una calle en proyecto, y no el resto de la finca matriz, implica la constitución voluntaria de una servidumbre de paso.

Comentario.—Esta sentencia es conforme al principio espiritualista o de libertad de forma (arts. 1.254, 1.258, 1.278 CC); sin olvidar que, como señaló la RDGRN de 18 de octubre de 1991, la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. NULIDAD ABSOLUTA POR REFERIRSE A ASUNTOS NO COMPRENDIDOS EN EL ORDEN DEL DIA. (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1993.)

Se reiteran las siguientes doctrinas:

Primera. Dado lo dispuesto en el artículo 15 LPH de que la convocatoria se haga con indicación de los asuntos a tratar, para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados, ello pone de relieve la trascendencia que comporta la redacción clara y precisa del orden del día, toda vez que siempre habrá de exigirse una perfecta armonía y congruencia entre lo enunciado, como tema a tratar y deliberar y, en definitiva, acordar o rechazar, y lo que al efecto se decida en la Junta, ya que siendo la asistencia de los interesados copropietarios voluntaria, no lo es, sin embargo, la citación de todos ellos, que obviamente, harán uso de su facultad de asistir o no con vista del orden del día como marco indesbordable de los asuntos que han de debatirse (SS. 19 noviembre 1991 y 16 abril 1993).

Segunda. Tratándose de supuestos de nulidad radical o absoluta, la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta de propietarios es imprescindible y no está sujeta al plazo de caducidad de 30 días del artículo 16, norma 4.ª LPH (SS. 5 abril 1978 y 3 noviembre 1982).

Comentario.—Díez Picazo y Gullón consideran plausible el criterio jurisprudencial

dencial de la imprescriptibilidad, para paliar la brevedad del plazo de impugnación.

USUFRUCTO: CONSTITUCION INTER VIVOS EN DOCUMENTO PRIVADO.
(SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

La exigencia del artículo 1.280. 1.º CC es requisito *ad probationem* que en modo alguno priva de valor a la eficacia del usufructo reservado en documento privado, aunque la venta se hubiera hecho en escritura pública.

Comentario.—El Tribunal Supremo recoge una interesante puntualización del Tribunal *a quo*: «sin perjuicio de la eficacia de su constitución respecto a terceros si la reserva vitalicia del usufructo no se inscribió en el Registro de la Propiedad». En efecto, las fincas fueron enajenadas por los adquirentes y constan inscritas en el Registro a favor de terceros, que no han sido parte en este litigio y cuya adquisición deberá ser mantenida si cumple los requisitos de protección de la fe pública registral.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: CRITERIO PARA DELIMITAR CUANDO ES NEGATIVA Y CUANDO ES POSITIVA. (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1993.)

Sin excepción alguna, desde la promulgación del CC, la jurisprudencia ha venido manteniendo siempre que la servidumbre de luces y vistas, cuando los huecos se han abierto sobre pared propia, es negativa, pues su existencia impediría al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería posible, como es edificar en su terreno tapando los huecos; mas cuando los huecos se han abierto en pared ajena o medianera, o tales huecos revisten la forma de balcones con voladizo, la servidumbre es positiva, ya que para ellos se debió contar con la autorización del propietario del previo sirviente, o del otro medianero.

DOBLE INMATRICULACION: PREVALECE EL TERCERO PROTEGIDO POR LA FE PUBLICA. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1993.)

Prevalece el titular inscrito en quien concurren los requisitos de tercero de buena fe que adquiere a título oneroso de persona que según el Registro tenga facultad para transmitir el derecho, sobre quien accede al Registro por la vía del artículo 205 LH. En tal caso no se deben aplicar las normas del Derecho civil puro.

Comentario.—También Roca Sastre recogió el criterio de preferencia del titular que sea tercero hipotecario sobre quien no lo es en la quinta edición de su *Derecho Hipotecario*, pero prescindió de él en las ediciones posteriores. José Manuel García García comentando este criterio jurisprudencial llega a las siguientes conclusiones:

1.^a Con cierta reiteración la jurisprudencia desecha, frente a recurrentes que habían alegado la infracción del artículo 34 de la Ley, la aplicación de dicho artículo; pero la argumentación utilizada revela que no es que se desechen en cualquier caso tal artículo, sino que se suelen hacer algunas matizaciones.

2.^a Algunas sentencias excluyen la aplicación del artículo 34, pero es frente al titular registral del folio más moderno, basándose en que existía una causa de resolución que resultaba del propio Registro (en sentido amplio), lo que excluye que dicho titular sea tercero hipotecario.

3.^a Hay algunas sentencias, en franca minoría, que aplican el criterio del artículo 34 (SS. 12 noviembre 1970, 31 octubre 1978, 26 marzo 1991).

En el último grupo debe incluirse, pues, esta Sentencia de 4 de octubre de 1993, que relega el Derecho civil puro a criterio subsidiario en defecto del de tercero hipotecario y contiene algunas afirmaciones, a título de *obiter dicta*, sobre la aplicación del Derecho civil puro, merecedoras de un estudio más profundo en otro lugar.

DERECHO DE VUELO RUSTICO. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1993.)

Trata de hacer compatibles derechos recíprocos al uso y aprovechamiento de las partes de un inmueble atribuidas a distintos titulares (suelo y vuelo), con sujeción además a los límites generales que la ley impone a los derechos subjetivos (art. 7 CC).

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1993.)

La infracción de normas sobre convocatoria (en el caso, la antelación de 6 días exigida en la citación para la Junta ordinaria anual por el art. 15, párr. 3.º LPH) conlleva la nulidad de la Junta. No cabe aplicar analógicamente el artículo 238 LOPJ, como pretendía el recurrente, y exigir indefensión o peligro irreparable para apreciar aquella nulidad.

POSPOSICION DE HIPOTECA: EL PLAZO PARA LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA FUTURA ES REQUISITO «SINE QUA NON». (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

Hechos.—En una escritura de posposición y constitución de la hipoteca antepuesta se omite fijar el plazo para la inscripción de dicha hipoteca.

Doctrina de la sentencia.—El acuerdo sobre el plazo en que haya de inscribirse la hipoteca que se va a anteponer (art. 241,3.º RH) no es un «elemento accesorio» del negocio jurídico, sino un requisito *sine qua non* para que produzca efectos registrales. El plazo sólo puede ser fijado de común acuerdo y no por la vía de los siguientes artículos:

— 1.128 CC, porque no se trata de una obligación de cuya naturaleza y circunstancias se deduzca que ha querido concederse plazo al deudor (cuanto menos cuando las consecuencias de la no inscripción en un plazo determinado son causa de vencimiento anticipado).

— 1.258 CC, porque el titular de la hipoteca pospuesta no está obligado civilmente a realizar la inscripción y es el acreedor en la que se va a anteponer quien tiene interés en que se realice la inscripción.

— 1.279 CC, puesto que la omisión de plazo no es una cuestión de forma, sino un defecto de fondo.

Comentario.—El supuesto de hecho consiste en lo que Roca Sastre denominó «posposición de hipoteca de tipo puro», y para la cual no consideró necesarios, los requisitos de máximo de responsabilidad, duración y plazo de inscripción de la hipoteca antepuesta.

Otro es el criterio del Tribunal Supremo, que considera el plazo como requisito *sine qua non* (en terminología que ya usó La Rica) para que la posposición surta efectos registrales —y, añadimos nosotros, cualquier tipo de efectos, de considerarse constitutiva la inscripción de modificaciones de rango de hipotecas—.

La exigencia del Tribunal Supremo choca con la flexibilidad de la RDGRN de 5 de Febrero de 1915, en la que concurrían una primera escritura de posposición en favor de hipoteca futura, «cualquiera que fuera su importe», y una posterior escritura de constitución de la nueva hipoteca antepuesta. La Dirección General consideró que «la indeterminación de la primitiva escritura se destruye con la presentación simultánea de la segunda y por la identidad de personas, cosas y derechos», lo que no era en absoluto cierto, puesto que el acreedor que consintió la posposición no intervino en la segunda escritura.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: DIFERENCIAS CON LA COMUNIDAD DE BIENES. DISOLUCION EX ARTICULO 1.700 4.º Y 1.707 CC. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Cuando la comunidad de bienes recae sobre bienes de muy distinta naturaleza, pero que agrupados armónicamente por virtud de un contrato están destinados en su explotación económica conjunta a la obtención de un lucro, es decir, que en lugar de presentar un aspecto un tanto estático están dinamizados, el negocio documentado debe calificarse de sociedad civil irregular.

Procede la disolución de tal sociedad, no obstante el pacto de subsistencia, por quiebra de la confianza de los socios (en el supuesto del litigio se trataba de ventas subrepticias realizadas por uno de los socios, fuera del área de producción que le competía contractualmente y sin comunicarlo al otro socio).

Comentario.—Castán Tobeñas distingue la sociedad y la comunidad por razón de su *origen* (en la primera es necesaria la convención, mientras que la segunda puede existir sin ella) y por razón del *fin u objeto* (en la sociedad es el de lucro, en tanto que en la indivisión, el de mantener en su integridad la cosa común o favorecer su conservación). En la misma línea, Díez Picazo señala que cuando la concurrencia de una pluralidad de sujetos en la titularidad de un derecho se produce por una disposición legal o por un hecho jurídico en el que no interviene la voluntad de los interesados, estamos ante una comunidad de bienes. En cambio, cuando ese estado obedece a la voluntad de los interesados, esta voluntad es la que determina el carácter comunitario o societario de la unión. Si los fines perseguidos son de carácter dinámico, podremos interpretar la voluntad, expresa o tácita, en el sentido de que se trata de una sociedad; cuando se trata de fines estáticos, será una comunidad.

La idea del patrimonio en actividad o en movimiento, para el ejercicio de una actividad con la que conseguir un lucro o ganancia partible entre los socios, *versus* patrimonio en reposo o estático, en el que los comuneros se limitan a su mera conservación, disfrute o utilización, se reflejó en las SS. 15 octubre 1940 y 16 abril 1942. Igualmente en la que comentamos, ante la pre-

sencia de una «dinámica sociedad civil cuyo objeto es la explotación agropecuaria de una finca y sus elementos anejos de todo orden».

SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE DESAGÜE: OBRAS EX ARTICULO 543, PARRAFO 1.º CC.—SERVIDUMBRE CONTINUA Y APARENTE: AUN NO INSCRITA PERJUDICA A TERCEROS. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1993.)

El dueño del predio dominante puede hacer obras necesarias que actualizan la forma de uso de la servidumbre sin alterarla ni hacerla más gravosa. Tratándose de una servidumbre continua y aparente produce efectos frente a terceros pese a no hallarse inscrita.

USUCAPION: INTERRUPCION DE LA POSESION EX ARTICULO 1.947 CC—USUCAPION POR UN COMUNERO: POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Recoge la doctrina jurisprudencial de que la eficacia interruptora de la conciliación se contrae a la prescripción extintiva, tal y como establece el artículo 1.973 CC, para cuya interrupción no rige la necesidad de promover el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación, requisito este, sin embargo, inexcusable en la prescripción adquisitiva, por disponerlo así el artículo 1.947 CC (SS. 29 septiembre 1983, 20 septiembre 1984 y 8 junio 1987).

Para que la finca propiedad común pueda ser usucapida por uno o más condueños frente a otro u otros es preciso que aquéllos ejerciten su posesión en concepto de propiedad exclusiva, no de copropiedad.

DOBLE INMATRICULACION: SE APLICA EL DERECHO CIVIL PURO Y, EN SU DEFECTO, LAS REGLAS DE DESLINDE.—DOBLEVENTA: NO SE DA ENTRE TERCEROS DEL ARTICULO 34 LH.—ACCION DE DESLINDE: SIMULTANEA A LA DE DECLARACION DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1993.)

En un caso de *doble inmatriculación* en que ambos titulares tienen la condición de terceros al amparo del artículo 34 LH, se produce la colisión registral de asientos incompatibles que anulan la fe pública y exigen resolver la cuestión conforme al Derecho civil puro, en juicio declarativo ordinario, conforme al artículo 313 RH. La solución del pleito no puede apoyarse en la fecha de acceso al Registro, pues ello entraña la contradicción de resolver la cuestión por norma registral cuando se dice que ha de aplicarse el Derecho civil puro. Hay que acudir al análisis de la antigüedad del derecho de propiedad transmitido de los anteriores propietarios hasta llegar a la adquisición originaria; pero como sobre ello no hay dato alguno en el pleito y la demanda tenía por objeto el deslinde de la finca y la declaración de propiedad, el deslinde se hace conforme a los artículos 385, 386 y 387 CC: en el supuesto de que los títulos indiquen un espacio mayor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento se distribuirá proporcionalmente.

La *doble venta* no se da entre dos adquisiciones onerosas, de buena fe y con todos los demás requisitos del artículo 34 LH, que han dado lugar a asientos igualmente merecedores de protección.

La *acción de deslinde* puede ejercitarse en juicio declarativo y simultáneamente a la de declaración de dominio, sin exigirse la plena identificación de la cosa en su realidad física. El deslinde se hace conforme a los artículos 385, 386 y 387 CC: en el supuesto de que los títulos indiquen un espacio mayor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento se distribuirá proporcionalmente.

Comentario.—Unas líneas sobre la doctrina jurisprudencial acerca de la doble inmatriculación. Roca Sastre expuso dos criterios seguidos por el Tribunal Supremo: *a)* prevalencia del dominio de mejor condición atendiendo al *Derecho civil puro* y *b)* prevalencia de la *inmatriculación más antigua*; la regla general la constituiría el primer criterio, pero en ciertos casos en que concurren circunstancias especiales procede aplicar el segundo. Todas estas ideas son recogidas, casi literalmente, por la Sentencia de 30 de noviembre de 1989.

Recientemente José Manuel García García en su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, página 457 y ss., y completando sus *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo* con otras posteriores, distingue: *a)* el criterio mayoritario del *Derecho civil reforzado por la inmatriculación más antigua*; *b)* el criterio de la *inmatriculación más antigua*; *c)* el criterio del artículo 1.473.2 CC; y *d)* algunas sentencias en franca minoría que prefieren el titular que sea *tercero hipotecario* sobre el que no lo es.

Quisiéramos apuntar algunas resoluciones que consideran prioritario el criterio del tercero hipotecario (SS. 31 octubre 1978 y la *supra* citada 4 octubre 1993) y como supletorio el Derecho civil puro. Entre las sentencias que atienden a éste, además de las de 31 octubre 1978, 16 febrero 1979, 28 marzo 1980 y 8 febrero 1991 que recoge García García pueden verse las siguientes: 20 diciembre 1989 (regla del Derecho común *prior tempore potior est jure*); 16 diciembre 1988 (realidad extrarregistral); 17 febrero 1992 (título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior); 27 mayo 1992 (doctrina jurisprudencial sobre declaración de dominio); 22 julio 1993 (título de dominio, primeramente inscrito, acreditado en ejercicio de la acción reivindicatoria y no desvirtuado); a la posterior de 30 diciembre 1993 (doctrina jurisprudencial de la acción declarativa de dominio). En defecto del criterio del Derecho civil puro, como criterio *supletorio de segundo grado*, el Tribunal se acoge en esta ocasión, y en atención al ejercicio simultáneo de la acción de deslinde, a la solución proporcionada por el artículo 387 CC que es, además *proporcionada* en sí misma.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDA DEL PORTERO. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Hechos.—La escritura de división horizontal y las escrituras de venta de los pisos o locales silenciaban el carácter común de la vivienda del portero, pero éste venía impuesto por los antecedentes documentales de modificación y adaptación del proyecto y por el régimen de V.P.O.

Doctrina de la Sentencia.—Los promotores no pueden disponer del piso libremente y procede reintegrarlo a la comunidad de propietarios, sin perjui-

cio del arrendamiento que sobre él pueda aparecer constituido, o indemnizar a la comunidad el valor del piso, si hubiera sido enajenado en favor del tercero.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VARIACION DE LA CUOTA. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1993.)

La cuota de participación fijada en el título constitutivo sólo puede ser modificada por acuerdo unánime de la Junta de propietarios (art. 16, norma 1.^a LPH), sin que puedan prevalecer los datos de carácter administrativo consignados en la cédula de calificación definitiva.

ELEVACION A PUBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO PARA SU ACCESO AL REGISTRO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Hechos.—Se pide la elevación a público de un documento privado sobre división de fincas indivisas y consiguientes adjudicaciones, «en condiciones de tener acceso al Registro como fincas nuevas e independientes». Dicho convenio no fue suscrito por las esposas de los otorgantes, las cuales sí son titulares registrales y no son demandadas.

Doctrina de la Sentencia.—La escritura pública solicitada no supone rectificar inexactitud de un asiento existente, sino documentar públicamente unos pactos privados para que puedan tener acceso al Registro, por lo que no es necesario oír ni demandar a las esposas. Las dudas que puedan surgir sobre si los maridos se hallan legalmente habilitados para el otorgamiento de la escritura podrán ser obviadas si las esposas voluntariamente asienten al mismo y, en otro caso, las consecuencias de su eventual negativa sería soportadas por el demandante que eludió demandarlas, ello sin perjuicio de que se viera asistido por las acciones pertinentes, en su caso.

PROPIEDAD HORIZONTAL: GASTOS SUSCEPTIBLES DE INDIVIDUALIZACION. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Es imposible aplicar al caso concreto de autos el artículo, 9 regla 5.^a, inciso final LPH y los locales extraños al Centro Comercial existente en un edificio no deben contribuir a los gastos relativos a dicho Centro Comercial de agua, luz, limpieza, administración, vigilancia y rótulo.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: COMUNICACIONES. (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1994.)

No se produce nulidad del procedimiento del artículo 131 LH cuando los actos de comunicación referidos a la iniciación y subasta aparecen practicados con arreglo a lo convenido por las partes y con los requisitos de la LEC (arts. 262 y ss.), esto es, en el domicilio señalado al efecto, donde al no ser encontrados los deudores se hizo entrega de la cédula a la persona hallada en el inmueble.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NO ES PRECISO DEMANDAR A TODOS LOS COPROPIETARIOS CUANDO LA COMUNIDAD EJERCITA UNA ACCIÓN BENEFICIOSA. LA ATRIBUCIÓN DE CARÁCTER PRIVATIVO EN LOS ESTATUTOS ES ILEGAL E INOPERANTE.—USUCAPION: REQUISITOS DE POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO Y DE JUSTO TÍTULO. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1994.)

Ejercitada una acción evidentemente beneficiosa para la comunidad demandante, cuya finalidad en el caso debatido es obtener la declaración de que un terreno es elemento común, no es preciso traer al proceso a todos los copropietarios, ni particularmente a quien no se hubiera opuesto a lo pretendido.

Cuando en una escritura de división horizontal nada se hizo constar sobre la naturaleza privativa de un solar, la disposición de los estatutos que atribuyó tal solar en propiedad a un local determinado está absolutamente fuera de lugar, e ilegal e inoperante y ha de modificarse.

La usucapión alegada por el recurrente no se aprecia porque no se prueban los requisitos de posesión en concepto de dueño y de justo título.

COMUNIDAD DE BIENES: NULIDAD DE ACUERDOS EX ARTICULO 398, PARRAFO 3.º CC. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1993.)

La nulidad de acuerdos gravemente perjudiciales a los interesados en la cosa común, declarada por el Juez de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia lo es ahora por el Tribunal Supremo, dado el carácter eminentemente fáctico de la cuestión, en la que impera el criterio del juzgador de instancia, sin perjuicio de la facultad que a cualquiera de los partícipes corresponde para instar a la división (art. 400 CC).

COMUNIDAD DE BIENES: EJERCICIO DE ACCIONES POR UN CONDUEÑO EN BENEFICIO DE LOS ÓTROS. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1994.)

Reitera la constante doctrina jurisprudencial de que, dentro de las facultades de uso y disfrute reconocidas por el artículo 394 CC, cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos como para defenderlos, por lo que un condueño puede entablar las acciones oportunas en beneficio de otros.

Comentario.—Añadir que esta doctrina ha sido puntualizada en ocasiones por el propio Tribunal Supremo, en el sentido de que si alguno de los partícipes se opone a la actuación del accionante, bien desautorizándolo de modo explícito, bien afirmando lo contrario de lo sostenido por aquél, no puede considerársele legitimado para actuar, porque tal oposición revela que hay sobre la materia criterios dispares y hasta que estas diferencias no desaparezcan no puede conocerse con certeza cuál sea el criterio más beneficioso para la comunidad (SS. 17 junio 1961, 19 febrero 1964, 8 abril 1965).

PROPIEDAD HORIZONTAL: APROPIACION POR UN PROPIETARIO DE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1994.)

La ilegitimidad de la anexión de un elemento común por uno de los copropietarios no precisa un concreto perjuicio a determinado propietario, sino que aquél debe ser respetado por todos y cualquiera de ellos carece de título para su disfrute exclusivo, salvo que éste le sea concedido en legal forma.

Demandada la comunidad de propietarios, no es necesario demandar individualmente a los propietarios cuando en nada perjudica la pretensión a dichos propietarios que, aunque tengan un interés reflejo en el resultado del litigio, no verán sus derechos afectados por el mismo.

ACCION DE DESLINDE: DERECHO DE TODO PROPIETARIO. OBJETO Y ALCANCE. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1994.)

La acción de deslinde corresponde a todo propietario (art. 384 CC): Al no estar un lindero debidamente configurado o perfectamente definido, la ejecución del deslinde habrá de acerse a tenor de los arts. 385 y ss. CC. El objeto y alcance del deslinde se circunscribe a esclarecer o delimitar en exclusiva el lindero litigioso y no se extiende a declarar el derecho de acceso a determinado camino público colindante.

USUCAPION: POSESION INMEMORIAL.—ACCION SOBREDECLARACION DE DOMINIO.—LEGITIMACION REGISTRAL. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1994.)

La usucapión, título de adquisición del dominio, se produce por la posesión pública, pacífica y no interrumpida durante el tiempo exigido por la ley, a la sazón tiempo inmemorial, esto es, el que se hace perder en el recuerdo de los mayores y en todo caso superior a cuarenta años.

En las acciones declarativas de dominio, sean o no reivindicatorias, la acreditación por el actor del título en que se funda sólo puede ser desvirtuada con la demostración de poseer un mejor derecho el demandado, pues con frecuencia la prueba del título se reduce a la prueba del mero derecho.

La inscripción produce la presunción de titularidad; y en el caso debatido dicha presunción dominical no ha sido desvirtuada, sino que ha sido objeto de cumplida prueba, por lo que coincide el Registro con la titularidad que pregonna, cualquiera que fuera el efecto de que la certificación para inscribir al amparo del artículo 206 LH la extendiera el Secretario del Ayuntamiento o el Ingeniero Jefe del Distrito Forestal, por tratarse de monte de utilidad pública.

PROPIEDAD HORIZONTAL: APROPIACION POR UN PROPIETARIO DE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1994.)

La Comunidad de propietarios, al advertir una extralimitación del comunero, que ha hecho suyos bienes comunes y plenamente identificados, pudo emplear tanto la acción reivindicatoria como las derivadas de la LPH, pues los propietarios deben respetar el régimen de comunidad, limitarse al empleo

exclusivo de la porción que les corresponde y contar siempre con el beneplácito de la comunidad para cualquier alteración que pretendan introducir en el inmueble.

PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1994.)

La aprobación por la Junta de propietarios del plan o presupuesto de gastos sólo necesita mayoría (art. 16, regla 2.^a LPH); pero el reparto o distribución de tales gastos, contrarios a la previsión estatutaria establecida al efecto, exige unanimidad (art. 16, regla 1.^a LPH).

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

DERECHO DE OPCION: CARACTERISTICAS. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de esta Sala que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del «pactum de contrahendo», pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto, dependiendo la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante, que realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, resultando extemporáneo el ejercicio del derecho de opción fuera del plazo establecido. Es característica esencial del contrato de opción de compra la de obligar al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo que se ha señalado y a realizar la venta a favor del optante si éste utiliza la opción.

SON COMPATIBLES LAS INDEMNIZACIONES SATISFECHAS POR ACCIDENTE LABORAL Y LAS PROVENIENTES DE ACTO CULPOSO. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1994.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del CC, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del

hecho cuestionado otras acciones que las reguladas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (SS. de 8-XI-1982 y 7-V-1984 entre otras), siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1.089 y 1.093) que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley.

UN CONTRATO NO ES MERCANTIL, POR EL SOLO HECHO DE TENER COMO OBJETO LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La tesis fundamental a través de la que el recurrente ataca la sentencia se apoya en el carácter mercantil del contrato para que por el juego de los preceptos del Código de Comercio no quepa hablar de arras penitenciales, que están proscritas en dicha área jurídica (art. 343). Pero se da la circunstancia de que la calificación de contrato mercantil no es asignable a una compraventa por el sólo hecho de tener como objeto las acciones de una sociedad anónima.

LA COMPRA DE MERCADERIAS EN TIENDAS PRODUCE PRESCRIPCION DE DERECHO SOLO A FAVOR DEL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La denominada en el artículo 85 del Código de Comercio «prescripción de derecho» causada por la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público, que supone la irrevindicabilidad de aquellas, ha de entenderse, como expresamente dice el precepto, «a favor del comprador», pero no, como aquí se pretende, en beneficio de la vendedora, que no puede alegar una prescripción que sólo tiene sentido respecto al comprador.

LA PRUEBA DE QUE HAY SIMULACION CORRESPONDE A QUIEN LA AFIRMA. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La existencia de la simulación es igualmente un hecho, cuya carga de la prueba pesa sobre quien la afirma. La simulación se suele acreditar por presunciones, que son medio de prueba, y según el artículo 1.253 del Código Civil, requiere la demostración de unos hechos base para poder extraer de ellos una consecuencia con la que haya enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

LA ORDEN MINISTERIAL SOBRE LIBERTAD DE INTERESES NO ES INCOMPATIBLE CON LA LEY DE USURA. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Reiterada jurisprudencia ha dicho que la Orden Ministerial que decreta la libertad de intereses no es incompatible con la Ley

de Usura (S. de 6-XI-1992). Todo lo cual resolverán los tribunales formando libremente su convicción en cada caso, con la libertad que les confiere el artículo 2 de la Ley.

ACTAS NOTARIALES: VALOR PROBATORIO. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El «onus probandi» del artículo 1.214 del Código Civil impone la necesidad de probar la obligación cuyo cumplimiento se reclama; y el artículo 1.218 del mismo Cuerpo legal, y doctrina de esta Sala, aunque no se refiere estrictamente a las actas notariales, sino que se las excluye, por entender que dicho precepto se refiere a las escrituras, en tanto que las actas se rigen por los artículos 197 a 207 del Reglamento Notarial y que incluso aquellas no garantizan la íntima veracidad del contenido de las mismas, es lo cierto que esa captación sensible de los hechos reales verificada por un Notario y acompañada de una información gráfica auténtica, escapan racionalmente de ese rigor procesal, por tener un carácter sustantivo probatorio que no es dable desconocer.

NO SON RESPONSABLES LAS EMPRESAS FERROVIARIAS CUANDO EL ACCIDENTE SE PRODUJO POR UN PROCEDER NEGLIGENTE DE LA VÍCTIMA. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Ciertamente las empresas ferroviarias en la explotación de sus servicios crean evidentes riesgos para quienes se hallan próximos a los lugares por donde las vías discurren, pero es incuestionable que la responsabilidad por riesgo tiene en estos casos que excluirse como base de un resarcimiento de daños, cuando se trata de riesgos normales o razonablemente previsibles, puesto que solamente han de tenerse en cuenta los riesgos imprevisibles o excepcionales.

Esta Sala ha denegado declarar responsable a la empresa ferroviaria en supuestos de culpa exclusiva del accidentado, y sólo en algún raro caso apreció concurso de culpas con la compañía ferroviaria. En definitiva, no cabe extender la responsabilidad de las empresas ferroviarias a los accidentes que sobrevienen no con motivo de la explotación, sino por un proceder negligente de la propia víctima. La apreciación de la culpa no puede desviarse del concepto de culpa subjetiva que define el artículo 1.104 del Código Civil, con sus notas fundamentales de previsibilidad y medida de la diligencia exigible según las circunstancias.

LA FALTA DE ACABADO DE LOS PISOS CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACION. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La falta de acabado, en relación con la propaganda realizada para la venta de los pisos, no cabe conceptuarla como vicio ruinógeno, del que se debe responder por la vía del artículo 1.591, sino que constituye un mero supuesto de incumplimiento parcial de la obligación de entregar la cosa en las condiciones debidas, que asumió la promotora del inmueble en méritos a los contratos de compraventa celebrados con los pro-

pietarios accionantes, siendo obligación exclusiva de la promotora finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los artículos 1.091, 1.096, 1.101, 1.256 y 1.258 del Código Civil y artículo 8 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.

CONTRATO DE DESCUENTO: CARACTERES. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La póliza de descuento de efectos bancarios tiene como contenido un contrato frecuente en el tráfico mercantil bancario, atípico y que ha sido denominado contrato de descuento. Contrato cuyo contenido es variado según los pactos y cuya naturaleza jurídica es discutida, pues en su finalidad económica puede advertirse la existencia de una compraventa (venta o cesión de crédito que nuestro Código Civil asimila a la compraventa en su artículo 1.528), y la existencia de un préstamo cuyo capital entregado se garantiza con la cesión de crédito contenido en los efectos cambiarios frente a los obligados por éstos, pero predomina en la doctrina la teoría de que se trata de un contrato unitario, autónomo y atípico. Su carácter mercantil es evidente. Como contrato, pues, habrá que estar en este caso a lo pactado (art. 57 del Código de Comercio, y en lo no establecido en el Código de Comercio, a las reglas generales del Derecho común (art. 50). Al carecer de norma específica en cuanto a los efectos del pago del capital respecto a los intereses, es evidente que debe estarse a la voluntad de las partes manifestada en el momento de hacer efectivas las entregas, y cuando nada se diga, habrá que acudir al artículo 1.100 del Código Civil, que forma parte de la teoría general de las obligaciones y contratos de dicho código, aplicable a todos cuando no haya norma específica contractual, y aceptar que el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos.

LA DOBLE INMATRICULACIONHA DE RESOLVERSE CONFORME AL DERECHO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.462 permite una tradición «ficta», estimando como tal el otorgamiento de la escritura pública, equivalente a la entrega de la cosa, salvo estipulación en contrario o deducción en contra; esta presunción, como de naturaleza jurídica «iuris tantum», sólo puede rebatirse demostrando que de la propia escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario y es irrelevante a este efecto la prueba testifical y de confesión respecto a si hubo o no entrega. Por lo tanto es inatendible el razonamiento que se intenta por el recurso acerca de que en su criterio no hubo entrega de la cosa, puesto que legalmente la hubo con los efectos que señalan los artículos 609 y 1.095 del Código Civil para adquirir el dominio según la teoría clásica del título y el modo.

Lo expuesto resuelve al mismo tiempo el conflicto planteado por la doble inmatriculación del inmueble litigioso a favor de dos personas distintas y a través de títulos contradictorios. Según la doctrina de esta Sala el problema planteado por la doble inmatriculación debe resolverse conforme a las normas

de derecho civil puro. Y al respecto consta probado que fue primeramente inscrito el título del recurrido, por lo tanto, según ha aceptado profusa jurisprudencia (SS. 23-I-1974 y 9-XII-1980 entre otras), esta Sala ha de aceptar la preferencia del mismo.

LA PERPETUIDAD ES OPUESTA A LA NATURALEZA DE LA RELACION OBLIGACIONAL. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1993.)

Hechos.—Don Norberto vendió al Ayuntamiento de V., hace unos cincuenta años, unos terrenos, expresándose en el contrato que debían dedicarse a fines deportivos, y estableciéndose una prohibición de disponer de los mismos. Ahora el Ayuntamiento, en cumplimiento de normas urbanísticas, enajena los expresados terrenos; los herederos de don Norberto reclaman indemnización. El Ayuntamiento es absuelto.

Doctrina de la Sentencia.—La prohibición de disponer, que cercena en su esencia la facultad más característica del dominio, cuando se disponga en negocios jurídicos onerosos, a consecuencia de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, al ser rechazados del campo del derecho de cosas, quedan marginados y encasillados en el derecho de obligaciones, dentro del cual en principio la libertad de contratación del artículo 1.255 del Código Civil las pone al resguardo de una auténtica validez. Sin embargo, de ahí no pueden sacarse consecuencias desmesuradas en orden a considerar como incumplimiento la circunstancia de la enajenación producida para otros fines después de cincuenta años. A pesar de la licitud de la prohibición de disponer constatada en negocio oneroso, esa prohibición en su propia naturaleza y finalidad es contraria a la esencia de la facultad más propia del dominio y ciertamente que la doctrina va encaminada a proteger exclusivamente los derechos que sean legítimos, pero la perpetuidad es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser considerada como atentatoria al orden jurídico; si a ello se añade que esa obligación que se pretende perpetua entraña un ataque a la esencia dominical, cabe por aplicación del artículo 3.º del Código Civil, hacer con mayor rigor aquí una analogía con la doctrina que anida en la cláusula «rebus sic stantibus». En efecto ésta cláusula, fruto de la equidad y del principio equilibrador de las prestaciones en los negocios onerosos, se aplica para que se modifiquen las estipulaciones irritantes o se resuelva el contrato en su tracto continuo cuando ha habido una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de cumplir el contrato.

La libertad de pacto no constriñe a perpetuidad al consentimiento de mutilación de una esencial facultad del dominio, cuando la obligación de mantener inútil esa facultad se ha agotado en el tiempo, haciéndose imposible o muy irritante su respeto en función del cambio trascendental e imprevisible de las circunstancias existentes en el momento en que tal mutilación se convino.

EL ARRENDADOR DE UN LOCAL NO ESTA LEGITIMADO PARA INSTAR LA EXTINCION DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA DEL MISMO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Los actores son los propietarios de los locales arrendados e instan una acción declarativa tendente a que se declare la extin-

ción de la Sociedad Deportiva arrendataria, por lo que deviene inconcuso que se pide algo frente a otra persona, sin aducir un interés legítimo consecuente, por cuanto que esa petición debía provenir de algún miembro de la propia Agrupación, pero nunca de una persona que es tercera por completo, con lo cual naturalmente, emerge la situación real y encubierta de que la finalidad del ejercicio de esta pretensión, no es sino conseguir con la misma una declaración judicial de extinción de la entidad, para luego poder proceder a la resolución del contrato de arrendamiento y la recuperación de los locales; y si directamente se hubiese planteado una acción así, podría haber sido objeto de la compulsa correspondiente, sin que entonces cupiera reproche alguno de que se estuviese ante el ejercicio abusivo de un derecho.

LA SIMULACION ABSOLUTA IMPLICA UN VICIO EN LA CAUSA DEL NEGOCIO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La simulación total o absoluta, la llamada «simulatio nuda» por su naturaleza esencialmente contraventora de la legalidad, 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 pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada —vicio de la 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. El Código Civil, fiel a la teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en la que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*Colorem Habet, Substantiam Vero Nullam*), y que configura la llamada simulación absoluta, y el otro, aquel en que la declaración represente la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*Colorem Habet, Substantiam Alteram*), y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado, o simplemente simulación relativa.

LOS TRIBUNALES CIVILES NO PUEDEN CONVERTIRSE EN REVISORES DEL PROCESO PENAL. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

Hechos.—Un hombre dió muerte a su esposa, y juzgado por parricidio, fue absuelto por trastorno mental transitorio. El Tribunal no se pronunció sobre las indemnizaciones pedidas para los hijos (menores) de la víctima. El Fiscal no recurrió la Sentencia. Ahora los hijos entablan proceso civil solicitando indemnización, pero su petición es desestimada.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.092 del Código Civil establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal. La exención de responsabilidad criminal no comprende la de responsabilidad civil. El Tribunal que dictare sentencia absolutoria procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes. La omisión en la sentencia penal del preceptivo pronunciamiento sobre responsabilidad civil equivale a la desestimación. El recurrente argumenta que

correspondía al Ministerio Fiscal tutelar en el proceso los derechos de los menores, y que se produjeron omisiones por parte del Tribunal —en la sentencia—, y del propio Ministerio Fiscal —al no recurrir la sentencia—, lo cual podría ser así, pero aun en este caso no correspondería a los Tribunales civiles pronunciarse, admitiendo el nuevo ejercicio de la acción indemnizatoria, ya que de lo contrario se convertiría a éstos en revisores del proceso penal, de la actuación de los Tribunales de este orden, y del Ministerio Fiscal, lo que no les es propio.

La conclusión a la que ha de llegarse no puede ser otra sino que la sentencia impugnada en este recurso no infligió el artículo 24-1 de la Constitución, por cuanto resolvió acertadamente que no podía pronunciarse sobre una responsabilidad civil ya exigida ante el Tribunal Penal, y de haberse producido la falta de tutela judicial efectiva invocada, sería en el proceso penal anterior.

Comentario.—El Tribunal Penal se olvida de la reclamación; el Fiscal no se preocupa de recurrir y el Tribunal Civil se desentiende de todo. Con tan gloriosa actuación del aparato jurisdiccional quedan desamparados unos menores de edad. Sentencias como éstas, si fueran conocidas por la opinión pública, causarían (como otras muy conocidas y divulgadas) preocupación social y repulsa. La tutela judicial efectiva ha brillado por su ausencia.

NATURALEZA DEL DESCUENTO BANCARIO. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Han de destacarse las siguientes líneas conceptuales del llamado contrato de descuento: esta operación, relativa al descuento bancario de creación jurisprudencial, consiste en que el banco descontante, previa deducción de los intereses correspondientes, anticipe a su cliente o descontatario el importe de un crédito no vencido contra tercero, generalmente instrumentado en letras de cambio, mediante la cesión «salvo buen fin» del crédito mismo; pero se subraya, cesión «pro solvendo» y no «pro soluto», o sea para cobrar del deudor y con el correspondiente derecho de reintegro frente al descontatario; de hábito este descuento se efectúa mediante el endoso de las cambiales aceptadas por el deudor, descuento cambiario, aunque pueda permanecer al margen de su incorporación a las letras y cabe hablar entonces de simple descuento bancario no cambiario, que en la práctica es equivalente a una cesión de créditos; y resulta obvio que ese «salvo buen fin» puede entenderlo el banco descontante tras el impago de la reclamación extrajudicial, pues sigue bajo el principio de la cesión «por solvendo» y puede elegir entre compensarse o instar acción ya contra el deudor causal, y apareciendo en el proceso así entablado como un auténtico cesionario del crédito reclamado.

COMUNIDAD POSMATRIMONIAL: NATURALEZA Y CARACTERES. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Se entra en el núcleo, técnicamente complejo de la naturaleza jurídica de esa sociedad de gananciales disuelta por la muerte de uno de los cónyuges, en tanto en cuanto persiste la situación hasta que se proceda a la liquidación de la misma y se habla en general de que esa situa-

ción comporta la existencia de una llamada *comunidad posmatrimonial* en donde, aunque ya se ha truncado por esa muerte la continuidad del antiguo régimen legal de gananciales, y por lo tanto no tiene lugar, por supuesto, ni el aspecto activo de incremento de las gananciales, ni el aspecto pasivo de acumulación de deudas, ha de advertirse que sobre los bienes que en origen eran gananciales debe persistir también su misma naturaleza y que en consecuencia los cotitulares de dicha comunidad siguen manteniendo sus mismos derechos y cuotas; en torno a la posible delimitación de tales cuotas, en principio parece ser que el dictado del artículo 1.344 del CC, supone que los bienes gananciales deberán atribuirse por mitad a cada uno de los cotitulares al disolverse dicha comunidad; sin embargo, la literalidad de dicho precepto no conduce a entender que tras ese efecto automático de disolución, se atribuirá por mitad a cada una de las cuotas de los partícipes los concretos bienes gananciales, porque al no acontecer aun en ese período provisional del funcionamiento de la repetida comunidad posmatrimonial, la liquidación de la misma, persiste, pues, ese estado de comunidad acorde con una especie de condominio o indivisión, sin que sea posible hasta que se produzca ese efecto liquidatorio, la adjudicación singular o individualizada de la cuota correspondiente en cada uno de los bienes gananciales; puede afirmarse que en esa fase intermedia entre la disolución automática por fallecimiento de uno de los cónyuges y la posterior liquidación, se mantiene una suerte de comunidad o proindivisión en los bienes gananciales, de tal forma que cada uno de los cotitulares ostentará una cuota en abstracto sobre el *totum* ganancial, de lo que se deriva, como efecto básico, que mientras la pervivencia de esa denominada comunidad posmatrimonial a cada comunero le pertenece una cuota en abstracto sobre la masa ganancial; y todo ello está en la línea de coherencia que al respecto se sostiene por la doctrina más especializada y en términos análogos a los siguientes sostenidos en varias resoluciones de la Dirección General de los Registros, pues si bien algunas muy antiguas admitieron la titularidad del cónyuge viudo sobre la mitad de cada uno de los inmuebles gananciales, y su correlativa legitimación para enajenarlos, otras vienen aceptando, siquiera con diversas fórmulas, la falta de derecho concreto de los partícipes en la comunidad posmatrimonial sobre los bienes singulares, y por tanto la falta de legitimación para enajenar o gravar las correspondientes mitades. Producida la disolución, sea ésta automática o por declaración judicial, se abre un período liquidatorio. Puede ocurrir que los interesados, no obstante ello, no lleven a cabo la liquidación y que la fase de interinidad se prolongue durante un largo período de tiempo. Entonces parece más correcto entender que estamos en presencia de un patrimonio colectivo o comunidad de bienes que fueron gananciales; cabe discutir cual es la naturaleza jurídica de este patrimonio colectivo o comunidad; en principio es razonable sostener la no aplicabilidad de los artículos 392 y siguientes, en función de la remisión que el Código hace a la partición y liquidación de la herencia, es probable que sea una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición; su régimen jurídico es especial; de acuerdo con los principios reseñados, las reglas que deben entenderse aplicables son las siguientes: 1) La comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo, ni con las de capital privativo, que seran en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto ingresan en el

patrimonio común los frutos de los bienes comunes; 2) el patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad, pero las que contraiga con posterioridad cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio; los acreedores podrán pedir el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre el patrimonio común, que quedará especificada en bienes concretos, al producirse la división y adjudicación, pero no antes; no rige, pues, el artículo 1.373, pensado para una sociedad de ganancias en funcionamiento.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1993)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina consolidada la relativa a que la facultad de establecer si se dan los requisitos de la novación, extintiva o modificativa, corresponde al juzgador.

Según reiterada doctrina de la Sala, la resolución por falta de pago del precio de la compraventa de bienes inmuebles, prevista en el artículo 1.504, requiere inexcusablemente la concurrencia de los siguientes requisitos: a) precio aplazado; b) impago del mismo; c) voluntad rebelde al cumplimiento; d) requerimiento judicial o notarial y e) vendedor cumplidor.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DE CONTRATO.—NOTIFICADO POR EL ARRENDATARIO, CON UNAÑO DE ANTELACION SU PROPOSITO DE RECOBRAR LA FINCA PARA SU CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL, ES INOPERANTE QUE NO SE HAYA NOTIFICADO EL DESEO DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO YA QUE ESTA IMPOSIBILITADO DE EJERCER ESE DERECHO POR EL EJERCICIO DE ARRENDADOR. (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1992.)

Estimó la demanda el Juzgado de Ecija, desestimando la apelación la Audiencia de Sevilla.

No procede la casación. El contrato tenía una duración de seis años, pero se prorroga por seis más. Con un año de anticipación, el arrendador notificó su deseo de cultivar directamente las fincas, dando por finalizado el contrato. El recurrente ostenta la condición de «cultivador directo y personal» y la falta de la notificación establecida para el ejercicio del derecho de prórroga no tiene importancia, por no ser necesaria inexcusablemente tal notificación. El ejercicio del derecho del arrendador imposibilita la operatividad de las prórrogas legales al haber cumplido aquel las exigencias preceptuadas y la de carácter temporal respecto a la notificación del propósito de «cultivo directo y personal». La falta de legitimación activa opuesta, por haber transmitido la demandada a la hija del actor, no procede porque no se alegó al contestar la demanda y, en todo caso, el recurrido reclamó

el cultivo también para su hija titular y el recurrente mantuvo constantemente una posición de reconocimiento de la condición de arrendador de aquél, que ahora pretende desconocer. Los litigantes no pueden alterar los términos en que quedó planteada la litis o modificar las acciones o excepciones aducidas.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR ARRENDATARIO NO SE DEDICABA CON EXCLUSIVIDAD A LA ACTIVIDAD AGRARIA POR LO QUE NO ES EL CULTIVADOR PERSONAL QUE EXIGE LA LEY PARA EL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado de Durango estimó la demanda y la Audiencia de Bilbao revocó parcialmente la anterior, en cuanto al precio a pagar.

Triunfa la casación. La vigente LAR otorga a los arrendatarios, que sean cultivadores personales de la finca un derecho de adquisición forzosa, siendo necesario para ello que la explotación sea llevada por el arrendatario por sí o con la ayuda de familiares que con él convivan, siendo por tanto característico de la cualidad de cultivador personal la nota de exclusividad, como ha declarado esta Sala en Sentencia de 4 de abril de 1992 y anteriores a esa fecha, que en ella se citan. Se ha demostrado que el actor arrendatario prestaba sus servicios a una entidad distinta y no se dedicaba exclusivamente a la actividad agraria en su finca. Es a partir de 6 de diciembre de 1986, cuando reclama la adquisición forzosa de la finca, es decir apenas ha dejado de prestar sus servicios como peón agrícola a dicha entidad, por lo que mal puede decirse que desde antes venía cultivándola personalmente.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA AYUDA OCASIONAL DE FAMILIARES EN EL CULTIVO PERSONAL DE LA FINCA NO IMPIDE QUE EL ARRENDATARIO TENGA LA CUALIDAD DE CULTIVADOR PERSONAL Y DIRECTO, PESE A SU CONSIDERABLE EDAD. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado de Amurrio desestimó la demanda pero la Audiencia de Bilbao revocó parcialmente la anterior.

No procede la casación. Las actas notariales no son documento adecuado para fundar la casación, ya que sólo acreditan las manifestaciones de los comparecientes, pero no la exactitud de dichas manifestaciones. Los recurrentes son profesionales de la agricultura aunque ahora están jubilados, que perciben prestaciones de la Seguridad Social agraria. El carácter de protegido de un arrendamiento no implica que no sea anterior al año 1935, ya que de la Ley de 1942 se deduce que existen contratos anteriores a 1935 que, a partir de la Ley de 1942 sean considerados como protegidos. El contrato no se extingue por el mero hecho del requerimiento ya que el arrendador debe acudir a la vía judicial para obtener el desahucio del arrendatario. Es compatible la condición de pensionista de la Seguridad Social y la de cultivador personal. Pese a su considerable edad, se dedican los arrendatarios a las labores agrícolas, siendo ocasionalmente ayudados por parientes, que no conviven con ellos, debiendo entenderse cumplido el requisito del artículo 16 LAR, ya que esa ayuda ocasional prestada por familiares no puede deter-

minar la pérdida de la condición de cultivador personal, admitido como está por el propio precepto la ayuda por asalariados, aunque sea circunstancialmente.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—PARA PODER SUBROGARSE EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SE NECESITA LA CONDICION DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, QUE NO TENIA EL SUBROGADO COMO SE HA ACREDITADO EN SENTENCIA RECAIDA EN LITIGIO ANTERIOR. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1992.)

El Juzgado de Tarancón estimó excepción de falta de legitimación activa del actor y desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Albacete.

No triunfa la casación. Para que exista la subrogación en el arrendamiento del cónyuge o descendiente, se necesita la condición de «profesional de la agricultura», que no tenía el subrogado, como se acreditó en sentencia dictada en autos 127/86, declarándose pues la excepción de falta de legitimación activa, alegada por los demandados. En Sentencia de 16 de marzo de 1987, el Juzgado de Tarancón declaró que el actor no es arrendatario de la finca, por no existir la subrogación en el lugar de su padre, declaración que tiene el valor de cosa juzgada, por lo que no es posible plantear un nuevo pleito en donde se ejercita la misma pretensión, cuando ello ha quedado definitivamente resuelto. La cosa juzgada debe apreciarse por el correspondiente órgano jurisdiccional de oficio, según las recientes Sentencias de 11 de noviembre de 1981, 10 de mayo y 6 de diciembre de 1982 superando orientaciones anteriores contrarias, ya que la cosa juzgada se basa en razones de seguridad jurídica e incluso en la confianza en la justicia, como reconoce la doctrina alemana, no siendo precisa su alegación por vía de excepción, bastando que se den las identidades del artículo 1.252 CC, estableciendo un juicio comparativo con la sentencia anterior.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—ARRENDADOS UNOS LOCALES, DENTRO DE UNOS GRANDES ALMACENES, PARA DETERMINADAS ESPECIALIDADES SE CONSIDERA QUE ES ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, SIN QUE HAYA DUDAS SOBRE LA IDENTIFICACION DE LA FINCA, LO QUE POR OTRA PARTE NO ES IMPORTANTE POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1992.)

El Juzgado n.º 1 de Torrelavega estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Provincial de Santander.

No se admite la casación. La sociedad propietaria de unos grandes almacenes arrendó los locales propios de cada especialidad junto con instalaciones, enseres, etc., siendo objeto de venta las mercaderías y los plazos oscilaban entre uno y dos años. Arrendado el supermercado se requirió al arrendatario para que abandonase el local y, al no hacerlo, se entabló demanda, declarando el Juez que era arrendamiento de industria y decretando su resolución. En ningún momento han surgido dudas sobre la identidad de la finca aparte de que esto no afectaría al contrato, que es de industria por lo que no son aplica-

bles los artículos de la LAU. Las pruebas de confesión, pericial y de reconocimiento judicial no son considerados documentos a los efectos de la casación. El indicado tema de la identificación del local, exigido para la acción resolutoria no es necesario por no ser arrendamiento sujeto a la legislación especial.

REVISION DE RENTA.—PARA CADA INCREMENTO DE RENTA SE HA DE TOMAR COMO BASE EL RESULTADO DE LA VARIACION PRECEDENTE Y NO LA RENTA INICIALMENTE PACTADA. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1992.)

El Juzgado n.º 3 de Mataró desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte la apelación.

Triunfa la casación. El contrato tenía una cláusula de estabilización conforme al índice de Precios al Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística. Las sentencias de instancia difirieron en la renta fijada por el Juzgado y la de la Audiencia. El recurso se funda en que la sentencia ordenaba tomar como base para la revisión de las rentas, la que se pagaba en 1981, sumando el porcentaje de elevación a la que se pagaba en el momento de la revisión. Con ello infringe la doctrina de la Sala según la cual, para cada incremento ha de tomarse como básico el resultado de la variación precedente y no la inicialmente pactada, señalando el recurrente la infracción de la jurisprudencia antes indicada, que exceptúa el caso en que las partes hayan querido que la base sea siempre la renta inicialmente pactada.

ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS ACCESORIOS.—LOS ARRENDAMIENTOS DE ESTABLECIMIENTOS ACCESORIOS SITUADOS EN EL INTERIOR DE UN COMPLEJO TURISTICO CARECEN DE LA AUTONOMIA CARACTERISTICA DEL LOCAL DE NEGOCIO, POR LO QUE ESTAN EXCLUIDOS DE LA LAU. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1992.)

Tanto el Juzgado n.º 4 de Palma como la Audiencia estimaron la demanda.

No prospera la casación. En el contrato privado se dice que el arrendamiento está excluido de la LAU, por considerar la actividad de restaurante como un servicio a los visitantes del complejo turístico, pactándose la posibilidad de una resolución anticipada del contrato. El TS en Sentencias de 31 de octubre de 1963, 22 de noviembre de 1968, 10 de marzo de 1971 y 16 de enero de 1987 estima que los establecimientos accesorios, situados en el interior de un complejo turístico están excluidos de la LAU y que carecen de la autonomía que requiere el local de negocio para que el arrendatario pueda ejercitar su propia industria. Es reiterada la jurisprudencia, que establece en caso de duda entre el Código Civil y la LAU, que habrá de estarse a la legislación común por su carácter general o atrayente (Sentencias de 17 de mayo de 1954 y de 16 de enero de 1987). Por otra parte no existen indicios de que la finalidad de este contrato fuera la burla de un derecho irrenunciable como el de la LAU. Sometido al Código Civil, sin derecho de prórroga legal y practicado requerimiento notarial de negativa de prórroga antes de extinción del contrato, procede ínte-

gramente la demanda. El arrendamiento de local de negocio presupone el establecimiento de un negocio propio según el artículo 3.º LAU, cualidad no compatible con las que describen la peculiaridad del caso, ya que el negocio de restaurante tenía carácter ancilar respecto del principal, cuya finalidad no era el arrendamiento de locales de negocio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE CONSIDERA ENTRE LOS PARIENTES CON DERECHO A SUBROGACION EN EL ARRENDAMIENTO, A LOS AFINES. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1992.)

No admitida por la Audiencia de Madrid la resolución del arrendamiento en apelación, se interpone recurso de revisión ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo por considerar que existía maquinación fraudulenta puesto que el demandado no era hijo de la arrendataria sino que ésta era su madrastra y el artículo 58 LAU concede derecho a la subrogación a los parientes legítimos, naturales y adoptivos, sin incluir a los afines.

No prospera la revisión. La Sala de instancia hace una interpretación amplia del citado precepto, que pretende acomodar a la realidad histórica y social presente, contemplando la situación de descendientes consanguíneos y afines.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA REALIZACION DE OBRAS MODIFICATIVAS DE LA CONFIGURACION DEL LOCAL SIN AUTORIZACION DE LA PROPIEDAD PRODUCE LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado número 4 de Zaragoza estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación. Según la sentencia recurrida la arrendadora no se opuso a la realización de las obras y la arrendataria por otra parte figura como titular del negocio. No consta que la arrendadora fuera requerida por la autoridad competente ordenando que se ejecuten determinadas obras, sin que pueda bastar la noticia que tuvo la sobrina de la actora ni la falta de oposición de la misma, ya que así se desvirtúan los términos del problema que exige una conducta renuente del propietario a realizar las obras ordenadas por el Ayuntamiento, dato que no se ha estimado ni probado. Se han realizado obras, incurso en la prohibición de la causa 7.ª del artículo 114 LAU que modifican la configuración del local arrendado sin autorización de la propiedad, que producen la resolución del contrato.

RETRACTO.—NO CONSTA LA REALIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA ENTRE LA MADRE Y LA HIJA QUE HABRIA DADO LUGAR AL EJERCICIO DEL RETRACTO, SIN QUE SE HAYA PROBADO EL CARACTER ONEROSO DE LA TRANSMISION DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1992.)

El Juzgado número 2 de Bilbao estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Provincial de la misma ciudad.

Triunfa la casación. El local objeto de litigio fue adquirido con doña María Angela H. por documento privado a su anterior propietario pactándose que el local podrá inscribirse a nombre de la persona física o jurídica que designe aquella señora siendo dicho contrato anterior al arrendamiento concertado por la compradora con los actores recurridos, y después se otorgó escritura de compraventa a favor de la hija de la compradora, encontrándonos en un supuesto de los que se conoce como «poner los bienes a nombre de otros», sin que el proceso de ocultación valga, debiendo eliminarse la apariencia para dar el tratamiento que corresponda al negocio verdaderamente celebrado, cuya realidad se oculta o disimula. Del examen de lo actuado tanto en 1.^a como en 2.^a Instancia, no resulta acreditado que el contrato traslativo de dominio entre la recurrente y su madre constituya una compraventa ya que no consta la entrega del precio ni la existencia de una deuda anterior para cuya extinción se cediese el local. Por tanto la compraventa que aparenta la escritura de 1 de septiembre de 1985 no existía sino que ha de atenderse al negocio disimulado, que es el verdadero traslativo de la propiedad de la madre a la hija y no se prueba que sea un contrato oneroso, que permita la subrogación de la arrendataria en el lugar del adquirente por lo que no es admisible el retracto ejercitado.

VALIDEZ DE ARRENDAMIENTO.—EXISTEN DIVERSAS PRUEBAS DEMOSTRATIVAS DEL CARACTER DE INQUILINO DEL DEMANDADO QUE NUNCA HA NEGADO EL TITULO DE PROPIEDAD DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado número 14 de Madrid desestimó la demanda de reivindicación del piso y estimó, en cambio, la de la otra parte, declarando que son arrendatarios de la vivienda mencionada, lo que confirmó la Audiencia Provincial de Madrid.

No procede la casación. Nadie ha desconocido ni negado la condición de propietario del actor ni nadie ocupa a título de dueño la finca. Existe por el contrario un contrato de arrendamiento, de teléfono y de energía eléctrica, correspondencia, etc. donde se trata como inquilino al recurrido y contestación del actor sin alusión contraria a esta calificación. En cuanto al carácter de privado del documento de arrendamiento hay que tener en cuenta que la prevención del artículo 1.227 CC respecto a la validez de la fecha sólo es aplicable cuando no existen otros medios de prueba que justifiquen la realidad de la fecha que en él se consigna. Respecto a la extinción del arrendamiento por virtud de la ejecución de la hipoteca, según jurisprudencia actual se realza la fuerza del vínculo arrendaticio, ya que ni la ejecución de la hipoteca extingue los arrendamientos concertados con posterioridad a la misma, si no se demuestra que existió confabulación o fraude, lo que no debe extrañar si se considera que el contrato genera un vínculo contractual sin acceso por lo general al Registro. No se puede desconocer el valor otorgado al silencio del actor, cuando, al contestar la carta dirigida por la Comunidad de Propietarios en la que se trataba como inquilino al demandado recurrido, ninguna alusión se hizo contraria a la referida calificación.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—SI NO CONSTA UNA EXPRESA AUTORIZACION DEL ARRENDADOR, LOS ACTOS DE ESTE ENCIERRAN UN CONSENTIMIENTO AL CAMBIO DE TITULARIDAD ARRENDATICIA. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado de Soria estimó la demanda, pero la Audiencia de Burgos revocó la anterior.

No se estima la casación. Efectivamente la introducción de una tercera persona en el local arrendado da lugar a la resolución del contrato, siendo indiferente que la ocupación del local tenga lugar de manera exclusiva o compartida, puesto que la constitución de una sociedad mercantil a cuyo nombre debe girar el negocio constituye un cambio en la titularidad arrendaticia, que precisa el consentimiento del arrendador, pero si bien es cierto que no consta una autorización expresa de los arrendadores, no es menos cierto que el recibir mensualmente el pago de la renta hecho por el tercer ocupante del local, el mantenimiento con él de una relación epistolar sin manifiesta oposición, sólo se puede interpretar como que se consiente el cambio de titular y mucho más cuando alguno de los componentes de la sociedad es persona ligada por vínculos familiares, se vive en la misma ciudad y se utilizan oficinas propias del arrendador en el mismo local.

C. R. R.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

LEGADO MODAL. DIFERENCIAS CON EL LEGADO CONDICIONAL Y EL SUBLEGADO. INEFICACIA POR PERDIDA DE LA COSA LEGADA. ARTICULOS 675, 791, 797, 858 PARRAFO 2.º Y 869 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1994.)

Existe una presunción a favor de la carga frente a la condición.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que sido Ponente al Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria que revocó la del Juzgado que había declarado extinguida la obligación derivada del legado de Primera Instancia número 4 de esa Capital conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. En la demanda inicial de los autos de juicio de menor cuantía de que trae causa este recurso, el ahora recurrente suplicaba sentencia por la que: «I.—Se declare extinguida la obligación derivada del legado instituido por don José María S. de H. y Ruiz de Olmo en su testamento de fecha 27 enero de 1972 en favor de su sobrino don Juan José D. y S. de H., por la concurrencia de las circunstancias esgrimidas en esta demanda. II.—Se declare, como consecuencia de lo anterior, que el actor queda relevado del pago de las pensiones instituidas en el legado en favor de su tías, hoy demandadas, doña

Agustina y doña Dolores S. de H., y de las demás afecciones contenidas en dicho legado, o, alternativamente, se suspenda el pago de dichas pensiones hasta que las circunstancias lo permitieren y el objeto legado revitalizará su continuación, viniendo a mejor fortuna, renaciera la obligación contenida en él». El litigio planteado versa sobre las disposiciones testamentarias otorgadas en la indicada fecha por don José María S. de H. ante el Notario de Vitoria, don Eduardo de Arana Abreu, en cuya cláusula segunda dispuso el testador que «lega a su sobrino carnal don Juan José S. de H., en pleno dominio, la total participación que le corresponde al testador a su fallecimiento, en la Compañía Mercantil «S. de H., S. L.». Son condiciones de este legado las siguientes: a) El que el favorecido por el mismo, abone mensualmente, por vía de pensión, a cada una de sus tías carnales, hermanas del testador, doña Agustina y doña Dolores S. de H., la suma de quince mil pesetas, pero con derecho de acrecer la pensión correspondiente a la que primeramente fallezca en favor de la sobreviviente. b) Que dicha pensión, se adaptará, cada cinco años, a partir precisamente de la fecha de este testamento, a las variaciones del coste de vida, mediante aplicación del índice ponderado, que implique o facilite la Delegación Provincial de Estadística. c) Que con carácter potestativo, a elección de las pensionistas, el legatario vendrá obligado a asegurar el pago de las pensiones, incluso con garantía hipotecaria, bien al tiempo de formalizar la testamentaria o después».

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria dictó sentencia estimatoria de la demanda que fue revocada por la recaída en grado de apelación, contra la cual se ha formalizado por el demandante el presente recurso intergrado por tres motivos el tercero de los cuales fue inadmitido a trámite por auto de esta Sala de 27 de noviembre de 1991.

Segundo. El motivo primero, amparado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afirma que «la sentencia recurrida infringe toda la normativa derivada del artículo 791 CC y aquella otra que, analógicamente aplicada, se contiene en el número tres del 869 del mismo Cuerpo legal así como el contenido del artículo 675 de esta Ley sustantiva y especialmente infringe el contenido de párrafo 2.º del artículo 858 del Código que mencionamos». Ciertamente la transcrita formulación del motivo adolece de confusionismo derivado de la cita conjunta de preceptos de distinto contenido que ninguna relación guardan entre sí como son los artículos 869.3, referido a la ineficacia del legado por pérdida de la cosa legada, y el 858-2.º, en que se establece la limitación de la responsabilidad del legatario al valor de lo legado para responder del gravamen impuesto, con el artículo 675, relativo a la interpretación de los testamentos, y con el 791, en que se remite a las reglas generales de las obligaciones condicionales como aplicables a la institución de heredero y al legado condicionales, precepto este último no se dice en que sentido ha sido infringido por la sentencia recurrida, mientras que a lo largo del desarrollo del motivo no se vuelve a hacer mención de los artículos 858-2.º y 869-3.º.

Es de advertir que calificado en la sentencia recurrida el legado instituido a favor del demandante-recurrente por su tío como de legado modal, de acuerdo con el artículo 797 del Código Civil, tal calificación jurídica, ahora combatida, es la que el recurrente aceptada en la fundamentación de su demanda en la que, en el cuarto de sus fundamentos de derecho, afirma literalmente que «el legado que se contempla es de naturaleza modal», citando a continuación el artículo 797 que es, precisamente, el aplicado por la Sala *a quo*; no obstante

en el desarrollo del motivo se entiende que la intención del testador fue la de crear un sublegado consistente en las pensiones instituidas, aunque la cita del artículo 791 en el encabezamiento del motivo parece indicar que se está alegando la existencia de un legado condicional, aunque sin aclarar si la condición afecta al legado instituido a favor del recurrente o al sublegado, llegando a citarse como sinónimos los términos «condición, carga o modo del legado».

En orden a la interpretación de los testamentos y en aplicación del artículo 675 del Código Civil, la jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de manera reiterada y constante que la función interpretativa es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional. Dado el tenor literal de la cláusula testamentaria antes transcrita y atendida la doctrina jurisprudencial, la calificación como legado modal que del instituido a favor del recurrente hace la sentencia recurrida ha de mantenerse teniendo en cuenta la presunción que a favor de la carga, frente a la condición, se contiene en el artículo 797 del Código, presunción que no resulta desvirtuada por la voluntad del testador y dado que tal interpretación no es irracional ni contradice ningún precepto legal de los invocados en el motivo.

Aún aceptando como se dice en el motivo que el señalamiento de las pensiones a favor de las hermanas del testador y a cargo del legatario recurrente constituyen un sublegado de acuerdo con la doctrina de esta Sala recogido en la Sentencia de 4 de junio de 1965 según la cual «la institución modal es aquélla en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado», ello no sería bastante por sí solo para la casación de la sentencia impugnada. Por todo ello procede la desestimación del motivo.

Tercero. Por el mismo cauce procesal que el anterior se articula el segundo motivo en el que se consideran «infringidos por falta de aplicación los artículos 858 CC y, por analogía, y al amparo del número uno del artículo 4 CC, el número tres del artículo 869 del citado Cuerpo Legal», citándose a lo largo del motivo el artículo 791, a cuyo contenido, se dice, habría de estarse necesariamente, y los artículos 1.182; 1.183 y 1.184, así como el 1.105, todos del Código Civil.

La cita del artículo 791, con expresa reproducción de su texto, no hace sino aumentar el confusionismo argumental puesto de manifiesto en el anterior fundamento de esta resolución, puesto que parece estarse afirmando la existencia de un legado condicional, pero sin aclarar, como se apuntó, si el sometido a condición es el legado instituido a favor del recurrente o el sublegado de las recurridas, si la condición es suspensiva o resolutoria (aunque la cita del art. 1.113 en el desarrollo del motivo, da a entender que se trata de una condición suspensiva, si bien, siendo así, ello supondría desconocer el funcionamiento de esta clase de condiciones), ni en que consiste tal supuesta condición.

El motivo ha de ser rechazado al no haber sido infringidos por la sentencia *a quo* los preceptos que se citan en el motivo; en cuanto al artículo 858 del Código Civil, sin cita de cual de los dos párrafos del mismo es el que se considera infringido aunque en el desarrollo se transcribe el párrafo segundo,

no resulta probado en autos que la manda o sublegado constitutivo a favor de las demandadas superase el valor de lo legado al recurrente ni que el legado gravado se haya perdido por causas ajenas a la voluntad del legatario. Tampoco resulta infringido el artículo 859-3.º según el cual «el legado quedará sin efecto: 3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero»; consistiendo la carga modal (según la tesis de la sentencia recurrida) o el sublegado (tesis del recurrente) en el pago de una pensión periódica en dinero que se extenderá durante toda la vida de la última de las beneficiadas que fallezca, es claro que no puede hablarse de pérdida de la cosa legada (la pensión en dinero) en aplicación de la regla de que el género nunca perece y no estando condicionado por la voluntad del testador el pago de la pensión instituida a favor de sus hermanas con carácter vitalicio, a la buena marcha del negocio del que era partícipe y cuya participación legó a su sobrino el recurrente; y no puede considerarse aplicable dicho artículo 869-3.º a la ruina del referido negocio ya que está contemplando el supuesto de la pérdida de la cosa legada producida desde el momento de la institución hasta la entrega de la cosa al legatario, supuesto de hecho que no concurre en el caso en que el actor entró en posesión de la participación del negocio en 14 de octubre de 1977 en que se formalizó la escritura de aceptación y aprobación de herencia y adjudicación de bienes del causante.

De igual forma resultan inaplicables los artículos 1.182 y 1.184, referidos a la pérdida de la cosa debida, ya que el artículo 1.182 contempla la obligación de entregar cosa determinada, no aplicable, por tanto, a la obligación de entregar cosas genéricas, como es la que consiste en el pago de una prestación dineraria, y el artículo 1.184 se refiere a las obligaciones de hacer; tampoco puede aplicarse el artículo 1.105, puesto que la pérdida del negocio cuya participación fue legada al recurrente no exime a éste de cumplir la obligación impuesta por el testador.

Comentario.—Plantea esta sentencia las distinciones entre legado y sublegado, legado condicional y modal o con carga, e ineficacia del legado y de la consiguiente carga impuesta al legatario, de algunas de las cuales se ha ocupado la doctrina (Cfr.: Molleda, «Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario», *RDEA* n.º 20, octubre-diciembre 1959, pp. 1059-1091; López Vilas, R., «Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento», *ADC*, 1966, *XIX-3*, pp. 575-615; Vallet, J., «Comentarios a las Sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965, entre otras», *RCDI* 1967, n.º 458, pp. 158-168).

La debatida cláusula testamentaria expresa: «Son condiciones de este legado... que el favorecido —esto es, el legatario— abona mensualmente a cada una de sus tías... la suma de...».

Los artículos citados como infringidos en el recurso interpuesto por el legatario demandante, apelante y recurrente se refieren:

El artículo 675 a la interpretación del testamento.

El artículo 791 a las condiciones impuestas a los herederos y legatarios remitiéndose a las normas de las obligaciones condicionales.

El artículo 797 a la institución o legados modales o con carga. Es significativo que del mismo resulta que solo existirá condición cuando así resulte de la voluntad del testador.

El artículo 858, párrafo segundo, se refiere al sublegado estableciendo un

límite al mismo consistente en que el legatario no está obligado a responder más allá del valor del propio legado.

El artículo 669 a los casos de ineficacia del legado.

I. *Legado condicional y legado modal*

La sentencia de la Audiencia de Vitoria consideró que la transcrita cláusula testamentaria disponía un legado modal, criterio compartido por el Tribunal Supremo e incluso por el propio actor en su escrito de demanda, y así suplica «se declare extinguida la *obligación* derivada del legado...» y luego la califica de «afecciones». Este criterio no lo mantiene en el recurso, pues se decanta por entender que «la institución del testador fue la de crear un sublegado consistente en las pensiones instituidas. Este cambio de opinión se complica aun más porque el recurrente cita también el artículo 791 del Código Civil como infringido, lo que, según el Tribunal Supremo, parece indicar que se está alegando la existencia de un legado condicional, aunque sin aclarar si la condición afecta al legado instituido a favor del recurrente o al sublegado, llegando, por último, a citarse como sinónimos los términos «condición, carga o modo del legado».

Aunque nuestro código no sea precisamente un código técnico, que emplee en sus preceptos los términos en su acepción técnico-jurídica, lo que sí parece evidente es que el artículo 791 se está refiriendo a una verdadera y propia condición, como lo demuestra no sólo su redacción sino también la remisión a las reglas de las obligaciones condicionales. Esto así, ¿resulta clara la voluntad del testador de consignar una verdadera y propia condición? Parece que se impone la contestación negativa. En efecto: la condición suspensiva se compadece mal con la redacción de la cláusula, pues comienza por ordenar el legado al decir «lega a su sobrino...», sin especificar que el legatario no adquiere derecho al legado hasta que haya cumplido la supuesta condición del pago de las pensiones. Y es lógico que así sea, porque de otro modo, al ser pensiones vitalicias, no llegaría a adquirir el derecho al legado hasta el fallecimiento de los pensionistas y porque el pago de las pensiones se verificaría por mensualidades atrasadas razón por la cual la obligación de satisfacerlas sin perjuicio de la aplicación posible por analogía del artículo 880 del Código Civil, no surge hasta que el legatario haya recibido el legado. Tampoco se trata de una condición resolutoria, pues aparte de que la resolución habría de establecerse de modo expreso, lo que no sucede, la aceptación de la herencia es irrevocable y lo mismo hay que entender respecto a la entrega del legado aceptada por el legatario. Por último, es de esencia de la propia condición que consista en un suceso futuro o pasado que los interesados ignoren, lo cual no sucede en este caso, sin que tampoco pueda encuadrarse dentro de las condiciones potestativas, dada su reiteración en el tiempo. Las disposiciones testamentarias han de interpretarse en el sentido más favorable para que produzcan efectos, en atención a lo cual el artículo 797 del Código Civil exige que aparezca claramente la voluntad del testador para que la condición actúe. Todo esto conduce a la sentencia de la Audiencia, confirmada por la del Tribunal Supremo a rechazar que exista un legado condicional.

II. *Sublegado y legado modal o con carga*

La distinción entre sublegado y legado modal o con carga es, en principio, teóricamente clara. Existe sublegado cuanto el favorecido por éste tiene derecho a exigir la prestación en que consiste. Estamos solo ante una carga impuesta al legatario cuando el favorecido por tal carga carece del derecho autónomo a exigirla, dependiendo en todo de la actitud que adopte el legatario gravado, pudiendo sólo exigir de éste, una vez que ha recibido el legado, que cumpla la carga impuesta a su favor por el testador. El sublegado vendrá así a actuar de modo análogo a la relación heredero-legatario. En tal sentido —y siempre a salvo lo dispuesto expresamente por el testador— estimó que el sublegatario puede dirigirse al heredero para que, a expensas del legatario le haga efectivo el sublegado. Lo que no es posible en el legado modal o con carga, pues el favorecido sólo puede dirigirse contra el legatario gravado.

En el presente caso, el testador no dice que lega a sus hermanas, con cargo al legado impuesto a su sobrino, las pensiones, esto es, no efectúa un llamamiento directo a sus hermanas, tías del legatario, sino que impone al favorecido por el legado —que lo será en principio, el sobrino Juan José pero también las personas que sucedan a éste— la carga consistente en abonar la pensión mensual a las tías del legatario, con la garantía que tiene derecho a exigir las pensionistas, que indica claramente su carácter real. Por ello debe también rechazarse la existencia de un sublegado.

III. *La ineficacia sobrevinida del legado o de la carga*

No puede hablarse de ineficacia del legado, por no entrar dentro de los supuestos del artículo 869, que se refiere al legado de cosas específicas o su destrucción o pérdida, lo que no cabe predicar de una pérdida del valor de las acciones de la sociedad. En cuando a la posible ineficacia sobrevinida de la carga consistente en pagar las pensiones, sólo podrá entrar en discusión si se acepta que la cláusula controvertida contiene un sublegado a favor de las pensionistas, razón por la cual se comprenden los esfuerzos para sustituir su primitiva calificación de legado con carga por la de sublegado, hecha por la parte recurrente. Porque, si no es así, el legatario gravado con la carga no puede, una vez que ha recibido el legado, pretender que se deje sin efecto dicha carga renunciando *a posteriori* al legado cuya entrega había aceptado. Y de exigir las pensionistas la garantía, tan pretensión resulta aún más inoperante. Estamos aquí ante un supuesto parecido al de la herencia dañosa, con la responsabilidad del heredero. Es cierto que el legatario sólo está obligado a responder del gravamen hasta donde alcance el valor del legado, pero esta limitación de responsabilidad ha de interpretarse correctamente conforme a la naturaleza de cada legado y a la carga impuesta. Cuando ésta consiste en una única prestación, esto es, no consiste en obligación de tracto sucesivo y recae o afecta directamente el bien legado, no cabe duda de la aplicación del precepto. Cuando esto no sucede, es el legatario quien debe considerar si le conviene o no recibir el legado, habida cuenta de la naturaleza de la carga impuesta, pues si opta por la afirmativa, no puede luego pretender la ineficacia de la carga, puesto que se ha hecho responsable de su cumplimiento. En este caso, las vicisitudes posteriores de la sociedad, que influyen en el valor de las acciones legadas, no pueden afectar a las pensionistas, ajenas a la marcha de la misma.

FIDEICOMISO DE RESIDUO. FACULTADES DISPOSITIVAS DEL FIDUCIARIO. SUBROGACION REAL. ARTICULOS 675 Y 781 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994.)

Las facultades concedidas al fiduciario han de interpretarse con criterio restrictivo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos objeto del pleito. Declarando que el fideicomiso se hallaba regido por el principio de subrogación, que ha de ser tenido en cuenta en las bases para determinar el residuo.

Primero. Doña María Angeles y doña María Teresa C. A. promovieron juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Juan María L. S., don Ignacio G. G., don José María E. C. y el Hospital Asilo de Lequeitio, sobre rendición de cuentas, partición de bienes y petición de herencia, con la pretensión de que la sentencia a dictar, contuviera los siguientes pronunciamientos: 1.º Declaración y determinación, previa rendición de cuentas, del importe del fideicomiso de residuo establecido a favor de las actoras. 2.º Partición y adjudicación de los bienes hereditarios correspondientes a las actoras, en su calidad de herederas fideicomisarias y 3.º Condena al Sr. Albacea y a los herederos testamentarios, conjunta y solidariamente, de entregar a las actoras la totalidad de los bienes y derechos de su pertenencia, juntamente con los frutos e intereses devengados desde la fecha de la muerte de la causante doña Ana E. C. Como antecedentes fácticos más esenciales en orden a la pretensión ejercitada, merecen reseñarse los que se exponen a continuación: a) don Segundo C. G., casado con doña Ana E. C. y sin hijos, otorgó en Bilbao, el 28 de octubre de 1965, testamento abierto, cuya cláusula segunda era del siguiente tenor literal: «Instituye heredera universal a su nombrada esposa doña Ana E. C., en pleno y libre dominio, pero dispone que al fallecimiento de su mujer, los bienes de los que ésta no hubiera dispuesto en vida, pasarán por partes iguales, a las sobrinas carnales del testador, doña María de los Angeles y doña María Teresa C. A. y en su defecto, a sus respectivos descendientes». b) Fallecido el testador en 2 de octubre de 1972, doña Ana E. procedió a la liquidación de la sociedad ganancial para la determinación del patrimonio relicto del causante y del que le fuera propio. c) En el Juzgado de Primera Instancia número uno de Bilbao se promovió demanda incidental en solicitud de declaración de incapacidad de doña Ana E.; autos número 786/83, la que, por resolución de 17 de abril de 1984, fue declarada incapaz para regir su persona y bienes, y por auto de 25 de enero de 1985 se designó como tutor a don Juan L. S., su administrador en época precedente, a quien se ordenó la formación del oportuno inventario. d) En 8 de octubre de 1985 falleció la tal citada doña Ana, que había otorgado testamento en Bilbao, el 25 de enero de 1982, en el que tras ordenar una serie de legados, en el remanente de sus bienes, derechos y acciones, instituyó herederos, en nuda propiedad, al Hospital Asilo de Lequeitio (Vizcaya), y en usufructo vitalicio a su hermano de doble vínculo, don José María E. C., nombrándose albaceas, entre otros, a don Ignacio G. G. e) Por

auto de 9 de enero de 1986, recaído en el expediente de incapacitación, se declaró extinguida la tutela de doña Ana E. y se acordó la cesación en su cargo del tutor y la rendición de cuenta general justificada de su administración, así como la notificación a los albaceas nombrados a efectos de aceptación del cargo. f) Rendida cuenta general por el tutor Sr. L. S., son aprobadas judicialmente por auto de 7 de febrero de 1986, y g) En 19 de febrero de 1986 se aceptó por don Ignacio G. G. el cargo de albacea contador partidor, procediendo, de acuerdo con lo ordenado por el causante, a vender su patrimonio y cumplir sus mandatos. El Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Bilbao, por Sentencia de 30 septiembre de 1987, con desestimación de las diversas excepciones propuestas y estimación de la demanda, declaró que previa rendición de cuentas del demandado Sr. L. S., como administrador tutor de doña Ana E. C, así como del albacea don Ignacio G. G., de la herencia de la referida señora, se determine el importe del fideicomiso de residuo del que son herederas las demandantes, cuya rendición de cuentas y fijación del mismo, se llevarán a efecto en período de ejecución de sentencia, conforme a las bases sentadas en el número 5 de esta sentencia, y, asimismo, en el indicado período se llevará a efecto la partición y adjudicación de los bienes que constituyen el fideicomiso de residuo a las demandantes, condenando al Sr. Albacea y herederos demandados, conjunta y solidariamente, a entregar a los actores los bienes ya reseñados con sus frutos e intereses, desde la fecha del óbito de doña Ana E. C, hasta su completa efectividad, con expresa imposición de costas a los demandados, cuya resolución fue revocada parcialmente por la dictada, en 15 de abril de 1991, por la Sección Tercera de la Iltma. Audiencia Provincial de Bilbao, en el solo sentido de acordar que la operación de determinación del residuo del fideicomiso diferido para fase de ejecución de sentencia se ejecute conforme a las bases establecidas en el fundamento jurídico 6.º de esta resolución, sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas en ninguna de ambas instancias. Y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por doñas María Angeles y María Teresa C. A., a través de la formulación de cuatro motivos amparados en el ordinal 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 se estima que la sentencia recurrida ha infringido por violación el artículo 675 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que le interpreta, representada, entre otras, por las Sentencias de 9 de marzo de 1984; 1 de julio de 1985; 9 de junio de 1977; 2 de septiembre de 1987; 3 de noviembre de 1989 y 23 de julio de 1990, y su argumentación se centra, en síntesis, en lo que sigue: —Este precepto consagra, en definitiva, la voluntad del testador, como la regla de oro en materia de interpretación testamentaria—, —en el presente caso, resulta claro del tenor literal de la disposición testamentaria, que la voluntad real del testador fue, de una parte, que su esposa tuviera cubiertas todas sus necesidades en vida, incluso, disponiendo con tal finalidad de la totalidad del patrimonio; y de otra, que el sobrante de sus bienes pasara concretamente a sus sobrinas carnales y, en defecto, a los descendientes de éstas, es decir, a su propia familia—, —la sentencia recurrida entiende que la disposición testamentaria del Sr. C. estableció un verdadero fideicomiso de residuo, en la modalidad «si aliquid supererit», si algo queda, y así, en el fundamento de derecho sexto, concluye que «las facultades de disposición que al fiduciario otorgaba eran amplias, tanto a título oneroso como lucrativo; no se hallaba regido por el

principio de subrogación de suerte que lo dispuesto por el fiduciario pasa a integrar su patrimonio; los frutos de los bienes del residuo acrecerán éste, y, por último, los apelados se hallan legitimados para demandar tanto del que es albacea de doña Ana E. como del que fuera su tutor la información y documentación necesaria relativa al patrimonio fiduciario para obtener cabal y exacto conocimiento del mismo», y, evidentemente, esta interpretación es manifiestamente contraria a la voluntad real del testador, al artículo 675—, —la finalidad del fideicomiso de residuo, como aclara la Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de Noviembre de 1962, puede ser: de una parte, la protección al cónyuge viudo para que pueda subsistir dignamente mientras viva y de otra, evitar que a su fallecimiento puedan ser transmitidos los bienes hereditarios de que no se hubiera dispuesto a personas distintas de las que el testador desea—, —la frase «disponer en vida», utilizada en la cláusula testamentaria, no puede interpretarse en el amplio sentido de comprender tanto los actos onerosos como los lucrativos, pues sería tanto como autorizar a la heredera fiduciaria para disponer gratuitamente de los bienes del causante a favor de personas no llamadas a la herencia, ya que como dice la Sentencia de 8 de mayo de 1986, «los actos de mera liberalidad en sus efectos prácticos vienen a ser equivalentes a las disposiciones *mortis causa*»—, —otro tanto cabe razonar respecto del principio de subrogación real negado por la sentencia impugnada, ya que si la heredera fiduciaria puede disponer de la totalidad de los bienes, no sólo para cubrir sus necesidades sino también para incrementar su propio patrimonio, transvasándolo a él *in natura* o por el equivalente de su venta o cesión, nos encontraríamos ante una contradicción, ya que podría desviar por esta vía sinuosa e indirecta la totalidad del patrimonio a favor de personas no llamadas por el testador, disponiendo a su favor por actos *mortis causa*—, —el fideicomiso de residuo es una institución de confianza, cuyo cumplimiento encomienda el testador a la honradez y buena fe del heredero fiduciario— y —en el presente caso, es evidente, y así quedó acreditado en la primera instancia, que la heredera fiduciaria doña Ana, bien por sí, bien por medio de sus administradores y albaceas, llevó a cabo un trasvase de bienes desde el patrimonio del fideicomiso a su propio patrimonio, hasta el punto que a su muerte quedó a favor de los herederos fideicomisarios un sobrante ficticiamente reducido y en cambio, su patrimonio había sido también ficticiamente acrecentado, disponiendo de él en su testamento de 25 de enero de 1982, a favor de personas e instituciones distintas de las queridas y llamadas por el testador para el residuo, burlando así su verdadera voluntad.

Tercero. El problema que se plantea en el primer motivo se centra en la interpretación que ha de darse al testamento de don Segundo C. G., concretamente, a la cláusula segundo del mismo, cuyo contenido literal se transcribió en el primer fundamento de la presente, y al respecto, no ofrece duda alguna que en dicha cláusula se constituyó un fideicomiso de residuo en la modalidad «si aliquid supererit», por el cual, las herederas fideicomisarias, las dos sobrinas instituidas por el testador, sólo recibirían, en su momento, lo que quede o reste de la herencia, o sea, de lo que en vida no hubiera dispuesto la heredera fiduciaria, la esposa del testador, y de aquí, que la cuestión a resolver se circunscribe, realmente, al alcance y a los efectos que deba concederse a las referidas facultades dispositivas. En éste punto concreto y dado que la institución de que se trata tiene un fundamento indudable en la confianza y buena fe que merece al testador el heredero nombrado en orden al cumplimiento de su voluntad expresada en el testamento, resulta de toda evidencia que las

aludidas facultades han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores.

Cuarto. Proyectando el criterio hecho mención a la cláusula de autos, la parquedad explicativa del testador acerca de la mayor o menor extensión que quiso conferir al derecho de disposición concedido a su esposa, pues se limitó a expresar «los bienes de los que ésta no hubiera dispuesto en vida», obliga a integrar la verdadera intención de aquel por vía interpretativa, y sobre tal particular, hay que convenir con el Tribunal «a quo» en una doble consideración: que no hubo otorgamiento para disponer «mortis causa» y que el empleo del término «disponer», llevaba consigo la concesión de amplias facultades de disposición «inter vivos». Ahora bien la coincidencia acabada de exponer, deja sin resolver la cuestión de si las expresadas facultades fueron, en el ánimo del testador, conferidas con absoluta y total amplitud o si, por el contrario, con ciertas limitaciones implícitas para conseguir el claro propósito de que pasasen a las sobrinas los bienes no dispuesto en vida, lo cual, impone distinguir entre aquellos actos dispositivo que llevasen consigo, por su propia naturaleza, una salida definitiva e incondicional de bienes del patrimonio hereditario, de aquellos otros en que no obstante concurrir esa circunstancia, ello sólo fuese en apariencia, al volver a entrar los bienes en la esfera dispositiva de la heredera por vía del cambio, sustitución o conversión de unos bienes por otros, de tal manera que los «nuevos bienes» pasaban a integrar el patrimonio personal de la heredera fiduciaria, con notorio perjuicio de las herederas fideicomisarias y con la consecuente desviación, en la práctica, de la voluntad del testador.

Quinto. El juicio crítico respecto a esta segunda categoría de actos dispositivo se asemeja al expuesto en la Sentencia de 10 de julio de 1954, al razonar que «la significación gramatical de las palabras empleadas no aparece en pugna con la intención que resulta del tenor del testamento de atribuir a la heredera instituida el pleno dominio de los bienes del causante de los que podrá disponer siempre que lo haga de modo claro, explícito y manifiesto, a fin de que no puedan estimarse como actos de disposición hechos de dudosa o equívoca significación y de los que, por medio de deducciones o suposiciones, quiera inferirse una implícita intención de disponer». Cuanto antecede, lleva a concluir que en el caso concreto de que se trata, procede interpretar que fue voluntad del testador la de querer asociar al pleno y libre dominio de los bienes concedidos a su esposa al criterio de subrogación en los términos que se desprende de lo ya razonado, con la finalidad de atemperar, en favor de las sobrinas, las facultades de disposición otorgadas a aquella. El principio de subrogación real indicado tiene su raigambre en el Derecho romano y se encuentra explícitamente admitido en la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña en su regulación de los fideicomisos. Así pues, en definitiva, en este extremo concreto se impone la consideración de que el Tribunal «a quo» no interpretó de manera correcta y lógica la tan repetida cláusula segunda del testamento otorgado por don Segundo C. y, por consiguiente, incurrió en infracción del artículo 675 del Código Civil, lo que determina estimar el primer motivo del recurso.

Sexto. La estimación del primer motivo del recurso, excusa de estudiar

los restantes formulados y determina a su vez, que la Sala recobre la potestad de conocer de las cuestiones litigiosas. En este orden de cosas es de tener en cuenta que tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente, que es el causante de ambos, de manera que el fideicomisario no hereda del fiduciario, sino del fideicomitente los bienes que antes pasaron a aquél, con el deber de entregárselos en su día, o sea, que la aptitud para suceder la ha de tener el fideicomisario, no respecto al fiduciario, sino al fideicomitente, y tener en cuenta, asimismo, que sea cual sea el concepto que merezca el fideicomiso de residuo, no cabe duda que en él, el fideicomisario presunto o en potencia no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita a que se cumpla la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente; esto es, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras ésta no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el artículo 759 del Código Civil, «el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos», sin que contra dicho precepto pueda prevalecer lo ordenado en el artículo 799, que se refiere al heredero instituido a término incierto, en el cual el día forzosamente ha de llegar aunque se ignore. Como al fideicomisario no le corresponde la herencia hasta que muera el fiduciario, que es cuando hereda y sólo a partir de entonces es heredero, no ha de ser citado para la práctica del inventario, como pide el artículo 1.057 para los que ya son coherederos.

Séptimo. Las consideraciones expuestas en el anterior fundamento han sido entresacadas del conjunto que representa la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre los fideicomisos y el concretamente denominado de residuo, siendo de citar entre las Sentencias que integran dicho conjunto, las siguientes: 8 de marzo de 1926; 17 de marzo de 1934; 13 de febrero de 1943; 28 de junio de 1947; 13 de noviembre de 1948; 28 de noviembre de 1951; 1 de diciembre de 1951; 4 de marzo de 1952; 10 de julio de 1954; 20 de octubre de 1954; 6 de diciembre de 1957; 7 de enero de 1959; 26 de enero de 1959; 21 de noviembre de 1960; 22 de diciembre de 1961; 29 de enero de 1962; 20 de octubre de 1962; 31 de enero de 1963; 23 de noviembre de 1967 y 22 de enero de 1969. Las consecuencias a extraer de las referidas consideraciones son plenamente coincidentes con las establecidas por el Tribunal «a quo» en los fundamentos de derecho segundo, cuarto y quinto de su sentencia, por lo que procede dar por reproducida dicha fundamentación para evitar repeticiones innecesarias, y ello, conduce, ineludiblemente, y de acuerdo con la conclusión a que se llegó en el quinto fundamento de la presente, a entender que la anulación de la sentencia recurrida ha de limitarse a la admisión del principio de subrogación en punto a su aplicación al fideicomiso de residuo del caso concreto de autos, así como a confirmar, por sus propios fundamentos, los restantes pronunciamientos de la *meritada* resolución, y por último y en virtud de lo dispuesto en el *rituario* artículo 1.715.4.º, resulta procedente no hacer ninguna declaración especial respecto a las costas causadas en el recurso de casación.

INTERPRETACION DEL TESTAMENTO. MEDIOS DE PRUEBA EXTRINSECOS
(SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1994)

En la interpretación del testamento debe atenderse a su literal contexto, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquel es equivocado o erróneo por contradecir la voluntad del testador».

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz 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 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, que había confirmado en todas sus partes la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esa Ciudad, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. La sentencia recurrida, confirmatoria de la dictada por el Juez de Primera Instancia, desestimó la demanda en la que el Arzobispo de Valencia, interpretando el testamento de don Pedro solicitó que al fallecimiento de la actual usufructaria de la herencia pasen los bienes en propiedad, no a los hermanos Sres. E. J. sino al alma del testador como heredera, en defecto de descendientes; dichos hermanos demandados formularon reconvencción solicitando se les declare a ellos los herederos, como descendientes del matrimonio de su padre don Luis E. V. con doña Concepción J. T. Los señores E. J. promovieron juicio de menor cuantía, acumulado a los presentes autos, solicitando se les declare frente al Abogado del Estado y la Generalidad Valenciana herederos en plena propiedad, al quedar sin efecto el usufructo que disfrutaba doña María Ll. C., quedando excluida como tal heredera el alma del testador. El recurso se basa en único motivo, ya que el que figuraba como primero fue inadmitido en el oportuno trámite, por intentar transformar este recurso extraordinario en una tercera instancia. Con lo que esta Sala de casación ha de partir, como probados, de los hechos en que se basó el fallo ahora recurrido. Tales hechos, esenciales para entender el sentido de lo expuesto en las anteriores líneas son sustancialmente los siguientes: *a)* don Pedro U. otorgó testamento abierto el día 16 de octubre de 1925, en estado de casado con doña Agustina G., habiendo fallecido el testador pocos días después, el 19 del mismo mes y año; *b)* De ese testamento interesa especialmente la cláusula 4.^a de la que, en la parte que es el objeto de este litigio, dice que: nombra usufructuaria vitalicia (en el remanente de sus bienes) a su esposa doña Agustina, y muerta ésta «pasarán también en usufructo los bienes a don Luis E. V. y por fallecimiento de éste será igualmente heredera usufructuaria su esposa doña María Ll. C. y muertos estos dos últimos dejando sucesión legítima recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio», «caso de no dejar descendientes será heredera el alma del testador»; *c)* Hechos posteriores de gran influencia en el resultado del pleito es el divorcio vincular que obtuvo don Luis E. V. de su matrimonio con doña María Ll. por Sentencia de 22 de septiembre de 1933, dictada durante la vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932; también, el nuevo matrimonio que el Sr. E. V. contrajo el 16 de octubre de 1933 con doña Concepción J. T., del que nacieron dos hijos, los demandados Sres. E. J., de los que solamente don José Luis E. J. ha comparecido en esta litis. Del primer matrimonio don Luis E. V. tuvo sucesión fallecida con anterioridad a los hechos litigiosos; *d)* Doña Agustina G., esposa de don Pedro U. fallecida en 13 de abril de 1939, había otorgado testamento el 2 de junio de 1934, después de haber contraído segundas nupcias el Sr. E. V., en el cual designó como heredera a la segunda esposa de éste doña Concepción J. T.; *e)*

Es hecho, reconocido por ambos litigantes, que la primera esposa, divorciada, doña María Ll. C., continúa como usufructuaria de los bienes de don Pedro U., tal como éste dispuso en su mencionado testamento, y consta que la misma señora, con fecha 16 de octubre de 1941, renunció a restablecer la normalidad de su matrimonio canónico con don Luis E. V., una vez que fue derogada la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932. Don Luis E. V. falleció el 15 de agosto de 1972, desde cuya fecha es usufructuaria de los bienes de don Pedro según el testamento de éste a que se ha hecho anterior referencia; f) Son hechos también de influencia notoria en la litis las apreciaciones de la Sala de instancia en el sentido de que, una vez examinada la prueba obrante en autos, resulta que entre don Pedro U. y don Luis E. V. había una gran estima, cuasi familiar, que provenía ya del abuelo de los actuales demandados Sres. E. J., como lo revela que aquél les costeó a éstos sus estudios, tratándoles como a hijos, además se consigna que «comparten sepultura don Pedro U. y esposa con los padres de los demandados»; y que fallecido ya don Pedro, su esposa otorgó testamento, como ya se indicó, a favor de la segunda esposa de don Luis E., a la que nombró heredera universal; por tanto, se afirma que había un gran afecto entre los Sres. U. y esposa con la familia E.; g) Por todo ello, concluye la Sala «a quo», no hay razón fundada para creer que la real voluntad del testador era eliminar a los hijos del segundo matrimonio de don Luis E. V. por el gran cariño que se profesaban recíprocamente el Sr. U. y el Sr. E. V., hasta el punto de que éste en su primer testamento, de 26 de febrero de 1921, legó a los Sres. U. sus joyas y les nombró tutores de los hijos que pudieran llegar a tener, entiende la misma Sala de apelación ante esos hechos que la cláusula testamentaria discutida no se refirió ni exigió que los cónyuges E.-Ll. deberían tener sucesión legítima, sino que bastaría con que fuera el beneficiario sucesor legítimo de uno u otro, y por ello «completó el tenor de la cláusula con la indicación de si dejaban descendientes, pero siempre sin exigir expresamente que fueran comunes, y no es de aceptar que don Pedro, a pesar de su profunda religiosidad, no tuviese por hijos legítimos a los habidos por don Luis E. V. en su segundo matrimonio, pues conforme a la ley entonces vigente tenían esa condición de legítimos. Por tanto, por «sucesión legítima» había de entenderse la de cualquiera de los cónyuges, y la Sra. LL, como ya se dijo, carece de ella pues solo tuvo dos hijos de su matrimonio contraído en 10 de enero de 1916 que fallecieron de muy corta edad; h) En definitiva, la voluntad del testador, según la Sala de apelación fue que los bienes permanecieran en la familia E.

Segundo. El recurrente, Arzobispo de Valencia, al serle excluido su primer motivo de casación queda reducido al segundo, que al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción del artículo 675 del Código Civil, tratando sustancialmente de combatir la tesis de instancia en la interpretación de la cláusula testamentaria 4.ª del testamento referido; limitándose a transcribirla y a sostener, al parecer, la aplicabilidad del artículo 747 del mismo Código; pero absteniéndose, como expresamente indica, de razonar el por qué de tales infracciones; lo que —dice— desarrollará con amplitud suficiente en el acto de la vista de este recurso; olvidando que con ello deja poco menos que indefensa a la parte adversa, que desconocerá tales razones hasta el acto mismo de la vista y, por tanto, no podrá defenderse contra ellas con la preparación suficiente. En todo caso, el motivo en examen debe ser desestimado por las siguientes consideraciones fácticojurídicas, que no han resultado desvirtuadas, por las alegaciones vertidas en el informe de la

parte recurrente: *a)* En primer lugar es doctrina muy reiterada de esta Sala que en la interpretación de los testamentos deberá el juzgador atenerse a su literal contexto y tal criterio ha de prevalecer sobre el privativo del recurrente «a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir la voluntad del testador», debiendo en suma excluirse únicamente «lo arbitrario», el «muy manifiesto error», lo «desorbitado» y los casos de «patente y manifiesto error, prevaleciendo en otro caso la interpretación de instancia» (SS. entre otras, de 8 de junio de 1982, 9 de marzo de 1984, 29 de enero de 1985, 17 de mayo de 1988); *b)* En el caso debatido en esta Sala de casación, a la vista de lo acreditado en la instancia y de las circunstancias puestas de relieve por la Sala «a quo», no desvirtuadas por la parte adversa oportunamente, considera razonable y admisible la interpretación sustentada por el fallo recurrido, el cual conforme al proceso interpretativo propio de las disposiciones «mortis causa», descrito, por ejemplo, en la Sentencia de 20 de febrero de 1986, utilizó en primer lugar la literalidad de la cláusula debatida, y ante la posible oscuridad o ambigüedad de la misma acudió a la interpretación lógica y al criterio teleológico o finalista, sin desechar una utilización cautelosa de los llamados medios de prueba extrínsecos, para concluir una voluntad del testador basada en su afecto a la familia E., al ser otorgado el testamento a don Luis E. V., y en la actualidad a sus hijos, demandados y actuales recurridos; sin aislar como permite la jurisprudencia los diferentes criterios interpretativos, sino combinándolos armónicamente. Así lógico es que en la intención del testador figurasen en primer lugar los señores E. J. y no la esposa primera o la que devino a través de segundas nupcias, y que, no habiendo tenido sucesión la usufructuaria doña María LL., no sería lógico ni justo excluir a la sucesión habida por don Luis E. V., dadas las circunstancias fácticas acreditadas, y la doctrina de esta Sala, que exige que para desatender la interpretación de la Sala de instancia haya sido «manifiestamente tergiversada» la voluntad del testador, de modo que resulte arbitraria o absurda; lo que en modo alguno puede sostenerse a la vista de la interpretación que el fallo recurrido adoptó, y que, por lo tanto, ha de ser mantenida, sin que pueda sostenerse el erróneo criterio de que «sucesión legítima», a la que se refiere la controvertida cláusula testamentaria, se refiere a sucesión habida de matrimonio legítimo (expresión equívoca en Derecho), sino a la sucesión abintestado regulada en el Código Civil en defecto de la testamentaria. Todo lo que lleva consigo la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación del Arzobispado de Valencia, contra la sentencia de fecha cinco de febrero de mil novecientos noventa y uno, que dictó la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, y condenar, como condenamos, a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso, y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal correspondiente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

TESTAMENTO. CONTENIDO. ALCANCE DE LA CLAUSULA QUE REDUCE A LA LEGITIMA ESTRICTA AL HEREDERO QUE PROMUEVA LA INTERVENCION JUDICIAL (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1994)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teofilo Ortega Torres, confirma la sentencia de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, fundamentando el fallo en las consideraciones de que tal cláusula no debe actuar cuando los contadores partidores nombrados en el testamento no han practicado la partición, habiendo caducado sus cargos, porque de no ser así se dejaría prácticamente indefenso al heredero. En tal caso, cualquier de los herederos puede promover el juicio voluntario de testamentaría —como hicieron dos de ellos— sin que en su virtud actúe la sanción consistente en reducir su participación en la herencia a la legítima corta.

INSTITUCION EN USUFRUCTO. LEGADO. INOFICIOSIDAD. REDUCCION (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1994)

Incumbe al legitimario probar la inoficiosidad y consiguiente reducción del legado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha ciudad, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero. Promovida por doña R. V. G. ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Huelva demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre reclamación de usufructo de herencia contra don D. R. C. en representación del menor M. V. R., con fecha 27 de julio de 1991 recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 10 de enero de 1991, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otras las siguientes conclusiones: A) Que del conjunto de la prueba practicada, documental y confesión judicial, han quedado probados los siguientes hechos: 1.º Que don Manuel V. G. falleció en Huelva el día 14 de Mayo de 1981, habiendo otorgado testamento en esta ciudad ante el Notario don Virgilio Rey Amaya bajo el número 2230 de su protocolo de fecha 9 de octubre de 1974, en el que en la totalidad de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra herederos, en usufructo vitalicio, con relevación de fianza a sus tres hermanos. Don Bartolomé, doña Ramona y don José V. G., y en nuda propiedad consolidable con el usufructo, a la muerte de los herederos de este derecho, a su esposa, doña María Antonia R. C. la cual falleció el 21 de julio de 1978. 2.º Que don Bartolomé y don José V. G. fallecieron el 30 de junio de 1985 y el 5 de julio de 1986, respectivamente. 3.º Que el matrimonio formado por don Manuel V. G. y doña María Antonia R. C. adoptaron el 27 de enero de 1977, por adopción simple al menor Manuel V. R. 4.º Que por el hoy demandado se formuló demanda solicitando la nulidad o ineficacia de los testamentos de dicho matrimonio, declarándose así por el Juzgado de Primera Instancia

número 3 de esta capital, respecto al testamento de don Manuel, en Sentencia de 30 de septiembre de 1983, la cual fue recurrida por la hoy actora y revocada por Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 21 de Noviembre de 1985, al considerar dicha disposición testamentaria como legado, la cual habrá de respetarse en cuanto no fuese inoficiosa, y confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de octubre de 1987; B) Que el menor M. V. R. fue declarado heredero abintestado por auto de fecha 10 de marzo de 1988 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esta capital, siendo por tanto expresión de su voluntad de ser heredero, lo que implica una aceptación tácita de la herencia ratificada por la ocupación de bienes de la herencia como son el apartamento que ocupa junto con el tutor y su familia y el dinero dejado a la muerte por su causante, no siendo necesario por tanto una aceptación expresa, lo que no es exigido por nuestro ordenamiento, que permite que la aceptación de la herencia se realice en cualquier forma, no exigiéndose ninguna formalidad para ello, no existiendo dudas de su existencia cuando se insta la declaración de los herederos; C) Que el tutor del heredero menor de edad, una vez que fue éste declarado como tal debió proceder a cumplir con la obligación prevista en el artículo 885 y 886 del Código Civil no siendo admisible tampoco el segundo motivo argüido de no haberse reducido aún el legado por inoficioso, porque si bien es cierto que habiendo legitimarios la entrega de los legados o la percepción de estos está sometida a la previa constancia de que no resulta violada la legítima (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1975), lo cierto es que aquélla debe verificarse en forma es decir, mediante la oportuna oposición seguida de prueba ser el legado inoficioso, carga de la prueba que recae sobre la parte; la parte, en ese caso concreto, se ha limitado a alegar que el legado cuyo cumplimiento se le exige es inoficioso, lo que no ha probado, no sirviendo de base que la Sentencia del Tribunal Supremo de la que trae causa este pleito de 20 de octubre de 1987 declare la validez del legado, con la referencia sin perjuicio «de reducir el legado en cuanto resulte inoficioso», afirmación fundada en las disposiciones legales, artículos 819 y 655 Código Civil, pero que no indica que el usufructo vitalicio objeto del legado sea inoficioso, lo que debe ser acreditado por la parte apelante quien tuvo oportunidad de hacerlo en este pleito o a través de otro mediante el cual ejercitar la acción para la reducción de aquél si es que previamente se probara que lo es. (Fundamentos jurídicos segundo de la sentencia del Juzgado, expresamente aceptado por la resolución recurrida, y fundamentos jurídicos 3 y 4 de la misma).

F. C. L.

Comentario.—El Tribunal Supremo, de acuerdo en esto con los dos tribunales inferiores, considera que la institución hereditaria en usufructo equivale o mejor es un legado. Frente a ello pudiera argumentarse la voluntad contraria del testador que, según tiene reiteradamente declarado el propio Tribunal Supremo, es la ley del testamento y la posible consideración del usufructo como «pars domini». No han planteado aquí las partes ninguna cuestión relativa al derecho transitorio.