

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

COFIANZA: LA JURISPRUDENCIA HA MITIGADO LAS CONSECUENCIAS DE LA RIGUROSA APLICACION DEL ARTICULO 1.844 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La fianza es un contrato accesorio subordinado que existe en tanto en cuanto hay una obligación principal que otro debe cumplir y que el fiador se obliga a pagar en caso de no hacerlo aquél. Admite pluralidad de personas en la posición de fiadores. Cuando éstos garantizan singularmente porciones independientes del monto total, se dice que hay tantas fianzas como fiadores. Cuando la obligación garantizada es única y son varios los fiadores, se está en el supuesto de la cofianza, que, naturalmente, se entiende dividida en tantas partes como fiadores, porque la regla general es la mancomunidad simple; pero los varios fiadores pueden aceptar un vínculo solidario.

Esto sentado, la lectura del artículo 1.844 exige interpretar a qué clase de fianza se refiere el precepto: a fianza múltiple, cofianza mancomunada, cofianza solidaria o a todas las especies. La rúbrica de la Sección reza: «De los efectos de la fianza entre cofiadores», y permite excluir la primera de las especies, esto es, la de tantas fianzas y fiadores como porciones concretas avaladas, que no exigen concierto simultáneo de los contratantes.

El contenido del artículo 1.844 ha dado lugar a una evolución doctrinal según la cual los primeros comentaristas del Código entendían que se refería tanto a los cofiadores mancomunados como a los solidarios, y que cuando cualquiera de ellos pagaba por entero la deuda no podía repetir contra los cofiadores si no se daba alguno de los supuestos previstos en el párrafo tercero, o sea, que el pago se hiciera en virtud de la demanda judicial o hallándose el deudor en estado de concurso o de quiebra.

Actualmente, fundada doctrina científica supera la posición intermedia, según la cual este precepto sólo es aplicable a los cofiadores solidarios, y llega

a sostener que su aplicación es exclusiva de las cofianzas mancomunadas, porque es la especie común, salvo pacto expreso de las partes.

La jurisprudencia, sin plantearse la cuestión del ámbito de aplicación del precepto, en atención a la naturaleza de la fianza, mancomunada o solidaria, ha procurado mitigar las consecuencias de su rigurosa aplicación, y razonable encuentra que a los supuestos de concurso o de quiebra se asimilen aquellos en que la insolvencia general, aún no declarada, es evidente y que no debe esperarse a la demanda judicial, pues en nada favorece a los cofiadores.

Cabe concluir que la normativa de las obligaciones solidarias no es compatible con el rigor limitativo de las acciones de repetición impuesto por el artículo 1.844; que es atinado y digno de conservar el criterio jurisprudencial según el cual no debe exigirse el estricto cumplimiento del tenor del artículo 1.844, párrafo 3.º, en los casos de insolvencia conocida ni en los supuestos de pago que a todos beneficia; que, por el contrario, debe aplicarse de modo inexorable a los supuestos en que el pago entero y espontáneo del cofiador se produzca por móviles torcidos, buscando propio beneficio, o en perjuicio de los demás fiadores.

ES INVIABLE CONDENAR A PERSONAS «IGNORADAS» AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURAS PUBLICAS. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1993.)

Hechos.—Don Pascual vendió en documentos privados unas viviendas a distintos compradores. Fallecido el vendedor, su viuda e hijos renuncian a la herencia y los compradores los demandan (así como a los «ignorados herederos» para que eleven a públicos los documentos privados. No prosperó la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—Es lógicamente inviable la condena a personas «ignoradas» al otorgamiento de las escrituras públicas de que se trate, lo que por otra parte sería jurídicamente improcedente, desde el momento que si no se determina quiénes sean los herederos del vendedor, únicos obligados al cumplimiento de las obligaciones de su causante, la condena al otorgamiento de las escrituras públicas sería absolutamente inútil por cuanto no existiría persona concretamente obligada a cumplir lo acordado, ni tampoco cabría que el Juez, en ejecución de Sentencia, procediera al otorgamiento, ya que para ello se requiere ineludiblemente la negativa de la persona condenada a efectuar el otorgamiento.

Sucede que la viuda e hijos renunciaron en escritura pública a la herencia y, por tanto, al faltarles la cualidad de herederos no se hallan obligados al otorgamiento de las escrituras, y no siendo procedente la condena a los «ignorados herederos», ha de concluirse necesariamente que las pretensiones ejercitadas en la demanda deben ser desestimadas.

NINGUN DERECHO CONSTITUCIONAL AMPARA ACTUACIONES VANDALICAS. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1993.)

Hechos.—El Consorcio de Compensación de Seguros recurre la Sentencia que le obliga a pagar los daños causados por unos huelguistas.

Doctrina de la Sentencia.—Se denuncia la interpretación errónea de los preceptos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 y del Reglamento de 13 de

abril de 1956. El artículo 8 del Reglamento citado especifica que «el Consorcio compensará en los ramos no personales los daños que sean producidos por hechos de carácter político o social, motines, alborotos o tumultos populares».

Los hechos ocurridos tuvieron lugar con motivo de una huelga de estibadores, que invadiendo la zona portuaria procedieron tumultuariamente a prender fuego a las mercancías allí depositadas. Hechos que fueron calificados por el Gobierno Civil de Barcelona como derivados de conflictos sociolaborales y que por su carácter tumultuario, incontrolado y al margen del legítimo derecho de huelga es necesario incluir en el contenido del artículo 8 mencionado. Ni se puede hablar del ejercicio legítimo del derecho de huelga, incompatible con cualquier incontrolado daño en las propiedades privadas o públicas, ni se puede desconocer que tales actos atentan contra la paz social y el orden establecido. Se trata efectivamente de unos riesgos extraordinarios cubiertos por la entidad demandada y que por consiguiente deben ser asumidos por la misma, sin que la entidad de lo acacido pueda merecer distinta calificación en relación con la realidad social del tiempo en que tuvo lugar, pues ningún derecho constitucional puede amparar o encubrir actuaciones vandálicas.

EL FACTOR MERCANTIL SOLO OBLIGA A SU PRINCIPAL EN LAS OPERACIONES PROPIAS DE LA EMPRESA. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Al «factor notorio» se le reputa dotado de un poder general, pero estrictamente referido en el aspecto objetivo de las operaciones relativas al giro o tráfico del establecimiento, que es donde opera la defensa de los terceros de buena fe; y si bien cabe aplicar la doctrina sobre dicha figura en el campo de las sociedades anónimas, es manifiesto que no podrá entenderse obligado el principal (empresario mercantil social o individual) cuando el gerente ha contratado fuera de aquel círculo de las operaciones propias de la empresa, rompiendo flagrantemente los límites de una normal administración.

ES INVALIDA LA DONACION DE INMUEBLES QUE NO CUMPLEN LAS FORMALIDADES «AD SOLEMNITATEM». (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El tercer motivo señala la vulneración del artículo 1.258 del Código Civil, al considerar que la libertad de forma, es decir, que el solo consentimiento de las partes obliga a su cumplimiento, lo que si bien es cierto en términos generales, no se puede olvidar la exigencia, por motivos de seguridad jurídica, de las imprescindibles formas de que han de investirse algunos negocios jurídicos, unas veces *ad probationem*, como los reseñados en el artículo 1.280 del citado texto legal, y otras *ad solemnitatem*, como es el supuesto del artículo 633 de dicho Código, para el supuesto de la donación de inmuebles, de suerte que de no cumplirse ese requisito formal de la escritura pública queda el negocio jurídico invalidado incluso entre las mismas partes y cualquiera que fuere su clase, bien simple, modal, remuneratoria u onerosa, y así lo establece la doctrina de esta Sala.

Si todos los actos propios, que son los que vinculan a su autor dado su carácter trascendental o que por convención causan estado, no tuvieran que sujetarse a las formalidades exigidas por las leyes para su eficacia y validez,

ello nos conduciría a un sistema jurídico arbitrista, voluntarista, que engendraría una situación de inseguridad jurídica incompatible con el más elemental estado de equilibrio social y humano y, en definitiva, el absurdo jurídico; claro es que ha existido en este caso un acto propio de las partes aquí contendientes que hubiera vinculado a las mismas, pero al desconocer la formalidad *ad solemnitatem*, rigurosamente exigida por las donaciones de cualquier clase cuando recaen sobre bienes inmuebles, el acto propio pierde su virtualidad inicial y decae en la nulidad e ineficacia del proyecto intencional que la dinamizó.

DEBE RECHAZARSE LA PRACTICA DE TRAER A COLACION EL PRINCIPIO QUE PROHIBE LA INDEFENSION. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—El último de los motivos considera quebrantado el principio que prohíbe la indefensión (art. 24 de la Constitución). No mucha explicación requiere la obligada desestimación del motivo. Debe rechazarse, en este sentido, la práctica cada vez más extendida de traer a colación, a modo de motivo o «cajón de sastre», la cita con carácter subsidiario o remanente del artículo 24 de la Constitución, pues la importancia de esta norma invita a un rigor expositivo que debe vigilarse a efectos de la admisión preliminar para evitar consideraciones inútiles.

EL INDULTO DE UN DELITO NO COMPRENDE LA INDEMNIZACION CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina jurisprudencial que el indulto no comprende ni puede comprender la sanción reparadora en favor del ofendido, porque su contenido no afecta a la indemnización civil patrimonial para resarcir los daños y perjuicios originados por el delito, sin que deba perjudicar a la víctima una aplicación técnica rigorista de la prescripción, que como instituto no fundado en la justicia intrínseca debe merecer un tratamiento restrictivo y que, respecto a la prescripción de la acción para reclamar una responsabilidad derivada de delito o falta, en el supuesto de producirse un indulto en relación a éstos no se produce la extinción de la responsabilidad civil, aunque la responsabilidad penal de que trae causa sí se haya extinguido, lo que es consustancial con su distinta naturaleza aunque proceda de un mismo hecho cometido.

ARRENDAMIENTO DE OBRA: AUNQUE EL DESISTIMIENTO NO EQUIVALE A INCUMPLIMIENTO, LA CONCLUSION INDEMNIZATORIA ES LA MISMA. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—En lo concerniente al derecho a percibir la indemnización representativa del artículo 1.594, es doctrina de la Sala que el mencionado derecho no depende de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1.124 para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas por tratarse de dos preceptos autónomos e independientes entre sí que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distinto tratamiento. Ahora bien, si la calificación de la Sala de instancia acerca de la conducta del dueño

de la obra fuere, en lugar de una manifestación de desistimiento, la de un incumplimiento, se llegaría a la misma conclusión dado que los daños y perjuicios probados serían sólo el beneficio industrial, con lo que se desembocaría en igual resultado toda vez que los hechos obligarían al Tribunal a dar respuesta por el cauce del artículo 1.124, máxime cuando el resarcimiento de dicho precepto comprende tanto al *damnum emergens* como el *lucrus cesans*.

OBLIGATORIEDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Como señala la Sentencia de 14 de enero de 1982, los vínculos jurídicos no pueden desatarse por voluntad de uno solo de los contratantes, ya que una vez perfeccionados tienen fuerza de Ley y han de cumplirse, conforme a lo convenido, de buena fe las obligaciones que cada parte contrajo conforme a los artículos 1.081, 1.091, 1.258 y 1.278 del Código Civil.

LA UNION DE COMPRADORES ESTA LEGITIMADA PARA DEFENDER LOS DERECHOS DE SUS ASOCIADOS. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando por la multiplicidad de los contratos celebrados entran en juego los llamados intereses difusos o colectivos, los que en los referidos contratos fueron parte compradora (de parcelas o solares en este caso), más débil por lo general que la vendedora, pueden asociarse para la defensa de tales intereses colectivos, a cuya unión o asociación ha de reconocérsele verdadera legitimación para la defensa de los intereses de sus asociados como medio adecuado para que pueda tener plena realización el principio constitucional que, por un lado, reclama el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos, y, por otro, proscribire la indefensión, cuyo principio constitucional, en sus dos referidos aspectos, podría quedar inane o vacuo si para la defensa de los expresados intereses colectivos hubieran de accionar individualmente todos y cada uno de los múltiples compradores de las parcelas de la urbanización, por lo que ha de reconocerse legitimación para actuar en ese sentido a la persona jurídica que surge como consecuencia de la asociación.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: NO SE EXIGE EL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Conviene recordar los requisitos jurisprudenciales de la acción de enriquecimiento, y que son: *a)* Un enriquecimiento por parte del demandado, que puede producirse por aumento de patrimonio o por una no disminución del mismo; *b)* Correlativo empobrecimiento del actor, representado también por un daño positivo o un lucro frustrado; *c)* Relación de causa a efecto o conexión entre el empobrecimiento y el enriquecimiento; *d)* Falta de causa que justifique el enriquecimiento, y *e)* Inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

El requisito de la subsidiariedad, propio del derecho italiano, no es unáni-

memente exigido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia española (SS. de 18-I-1956 y 22-XII-1962), y es posible negar la existencia de dicho requisito como regla general.

EL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSION DE PAGOS NO ES CONTENCIOSO.
(SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1993).

Doctrina de la Sentencia.—El procedimiento de suspensión de pagos no reviste naturaleza de proceso contencioso, sino más bien preliminar, adecuado para la tramitación de situaciones de deudas plurales a fin de evitar situaciones de quiebra, teniendo como objetivo primordial el convenio del deudor con sus acreedores, bajo la tutela judicial, en cuanto controla el acuerdo concursal que ha de vincular, en sus propios términos, a los que lo votaron.

EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL REQUIERE UN ELEMENTO DE CULPABILIDAD. (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que la clásica responsabilidad civil subjetiva, en su evolución doctrinal y jurisprudencial, tiende hacia una de índole objetiva como consecuencia derivada de que los avances de la técnica hacen surgir una serie de riesgos con sus correlativos daños, por lo que constituye una exigencia social la consideración de que el creador de un riesgo debe asumir todas las consecuencias de su actividad, si bien el acercamiento a la responsabilidad por riesgo se ha producido, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos acaecidos dentro del ámbito de la circulación de vehículos de motor y en aquellos otros correspondientes a las actividades empresariales e industriales que lleven inherente un hecho o componente de peligrosidad. Pero, sin embargo, la evolución de objetivizar la responsabilidad no ha revestido caracteres absolutos y en modo alguno permite la exclusión, sin más, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro Ordenamiento positivo.

El artículo 1.902 del Código, atendiendo tanto a los términos literales de su redacción como a su interpretación finalista, evidencia una exigencia de la culpabilidad referida.

LA FIDELIDAD A LA PALABRA DADA PRIMA SOBRE LA PUBLICIDAD FORMAL DEL REGISTRO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1993.)

Hechos.—Se vendió una vivienda como libre de cargas y gravámenes, cuando en realidad pesaba sobre ella una anotación de demanda. El vendedor alega que no hubo incumplimiento por su parte, ya que el Registro publicaba tal situación. El Supremo rechaza dicha argumentación.

Doctrina de la Sentencia.—El contrato se pactó manifestándose expresamente que se vendía libre de cargas y gravámenes, lo que obliga a entender, en consonancia con la buena fe exigible en todo contrato, que esa libertad existía al tiempo de la perfección, sin peligro alguno para el comprador de verse privado de las cosas; y el vendedor, que realiza tal aseveración sin aclarar nada, no puede intentar que se dé prevalencia a la publicidad formal del Registro sobre su propia palabra, ya que ello implica auténtica mala fe y un

comportamiento injusto, carente de honradez; lo normal, la conducta exigible a un buen padre de familia, era advertir de la anotación preventiva de demanda vigente al perfeccionarse el contrato, para que en éste se tomaran las cautelas debidas; pero al no haberlo hecho así, no puede pretender que la publicidad formal prime sobre el principio general del derecho de la fidelidad a la palabra dada y ampararse en su propia falsedad, tipificada incluso penalmente, no obstante significar lo punible el *minimum* ético necesario para vivir en sociedad.

LA DOCTRINA DEL RIESGO NO ALCANZA LOS SUPUESTOS EN QUE EL OBJETO CAUSANTE DEL DAÑO ES USADO DE MODO AJENO A SU FINALIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1993.)

Hechos.—El que es demandado en este caso había puesto unas cadenas para que no aparcaran vehículos en la parcela de su propiedad. Unos niños se columpiaron en ellas, y uno se cayó, matándose en el acto. La demanda de los padres no prosperó.

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina del riesgo en modo alguno puede alcanzar los supuestos en los que los daños no sólo son imputables directamente a la negligencia de quien los sufre, sino que además se produjeron mediante una utilización del objeto a quien se imputa el mismo totalmente ajeno a su finalidad primitiva, toda vez que si así lo admitiésemos sentaríamos un criterio que, llevado a sus últimos extremos, obligaría a responder extracontractualmente de los daños que se causaran con cualquier objeto, incluso en los supuestos en que éste fuera buscado de propósito por el dañado o por un tercero, para provocar un daño.

LA USUCAPION EXTRAORDINARIA NO REQUIERE JUSTO TITULO. (SENTENCIA DE 3 DE JUNO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La adquisición de dominio por usucapión extraordinaria excluye el eventual defecto de justo título, no exigible en esa modalidad de la prescripción adquisitiva, aunque sí lo sea la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. En cuanto al primero de estos requisitos (la posesión en concepto de dueño), exigible en todas las modalidades de la usucapión, ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya en concepto de dueño.

Sin que pueda confundirse con el caso de quien habiendo poseído a título personal, reconociendo el dominio de otra persona, pretende adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en ese concepto y pasar a tener *animus domini*.

EL SOBREPREGIO DE UNA VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL ES SOLO INFRACCION ADMINISTRATIVA Y NO IMPLICA INVALIDEZ DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1993.)

Doctrina de la Sentencia.—La resolución judicial no puede ni desconocer la validez de lo convenido ni, en gracia a una disposición administrativa que prohíbe la fijación del precio de las viviendas de protección en uno mayor al señalado por la Administración, estimar que el contrato debe entenderse convenido en el precio oficial, lo que obligaría a admitir la ficción de que los contratantes establecieron un precio distinto al pactado, y variando con ello un elemento esencial del contrato, todo lo cual lleva a concluir que en cuantos casos exista un contrato válidamente contraído que contravenga lo dispuesto en una norma jurídica y ésta prevea expresamente unas consecuencias jurídicas distintas de la nulidad, a ello habrá de estarse, sin acceder a la invalidación de un contrato querido por las partes.

Con ello se sigue el criterio sentado por esta Sala en Sentencias de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992, de acuerdo con las cuales la regulación específica para las viviendas de protección oficial establece que la cuantía máxima de los precios de venta de las viviendas acogidas a esta Ley no excederá de los límites que se determinan. La infracción de tales disposiciones está considerada como falta muy grave, pero el establecimiento de un régimen de sanciones viene a comportar el reconocimiento de la validez civil de los contratos celebrados, y, por otro lado, aquella infracción tendría carácter administrativo, por lo que no implicaría la nulidad de que habla el artículo 1.305 del Código Civil, y además son de tener en cuenta los artículos 1.255 y 1.256 de dicho texto legal que preconizan de modo respectivo la libertad contractual y la imposibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos.

J. Q. S.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

LEGADO MODAL. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA. INTERPRETACION DEL TESTAMENTO. ARTICULOS 751, 797 Y 675 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1993.)

El legado modal lleva consigo una absoluta y libre disposición de los bienes, aunque con el objeto o fin señalado por el testador.

La sustitución fideicomisaria no se presume.

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 interpuesto por la parte demandante y apelante contra la Sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Santander que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de San Vicente de la Barquera, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

Primero. El demandante en primera instancia, actual recurrente, don A.D.A., demandó en juicio de menor cuantía a doña María, doña Ambrosia y doña Aurelia D.A., solicitando se condene a las demandadas a entregarle una finca rústica (huerta), sita en el pueblo de Frama (Santander), que aquéllas poseen, por entender que la misma le pertenece por herencia de su padre, don A.D.F., fallecido en México en 18 de octubre de 1940, finca que el fallecido había legado a su hermano con C.D. y que éste, a su fallecimiento, transmitió a sus hijas, las actuales demandadas y recurridas. La acción fue desestimada en ambas instancias por estimar la Sala *a quo* que no es aplicable al supuesto debatido lo dispuesto en el artículo 751 del Código Civil, según el cual «la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado», y según el artículo 675, el testamento debe entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que claramente fue otra la voluntad del testador. La cláusula discutida del testamento de don A.D. dice: «5.^a Deja a su hermano el señor C.D. una huerta en dicho poblado (Frama, Santander)..., disponiendo que la citada huerta no pase a manos extrañas, pues es su voluntad que siempre permanezca en personas de la familia que lleven el apellido D.». En consecuencia, la Sentencia recurrida, como ya se indica, desestimó la demanda, y contra ella recurre en casación el actor.

Segundo. Los dos motivos del recurso, formulados al amparo del artículo 1.692.5.º de la tan citada Ley, merecen total repulsa por ser evidente la claridad de la cláusula testamentaria discutida en su literalidad, que confiere un legado modal en propiedad plena al antecesor de las ahora recurridas, de conformidad con el artículo 797 del Código Civil; institución modal que, como dice la Sentencia de 4 de junio de 1936, lleva consigo una absoluta y libre disposición de los bienes, aunque con el objeto o fin señalado por el testador; objeto cumplido por cuanto, fallecido el legatario, aquella propiedad plena ha pasado a personas que llevan el apellido D., sin que el recurrente pueda invocar con éxito que se trata de una sustitución fideicomisaria dado que esta institución, como señala este Tribunal (S. de 3 de julio de 1963), no se presume, y si no consta con claridad en el testamento prevalece en caso de duda el criterio más favorable a la libertad de los bienes; sin que, por último, sea aplicable el artículo 751, antes transcrito, toda vez que el legado se hizo a persona designada por su nombre y apellidos, y asimismo se definió la carga modal que se le impuso, la que se ha cumplido en el sentido literal de las palabras del testador. Por ello no se revela infracción alguna de los preceptos invocados en ambos motivos, habiendo sido los señalados en el primero de ellos rectamente aplicados por la Sala de instancia, e improcedente la aplicación de los once títulos que se citan en el segundo motivo, salvo los artículos 675 y 751, a los que esta Sala se ha referido en distinto sentido del entendido por la recurrente.

DESHEREDACION ARTICULOS 850 Y 853.2.º DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1993.)

La interpretación de la desheredación ha de ser restrictiva.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada, declarando que no

procede estimar la desheredación (que había estimado el Juzgado de Primera Instancia de Sagunto núm. 2 y desestimado por la Audiencia), pues «figurando en la Sentencia recurrida como único hecho probado relativo a estos maltratos de obra o injurias graves de palabra (de la hija desheredada a su padre), la circunstancia específica del contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento de divorcio de los padres cuando al ser repreguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita aclaró: «No es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada y, además, la amante de mi padre», en los Autos no constan pormenorizados ni probados ningunos otros actos que puedan entenderse comprendidos en el citado número 2.º del artículo 853 del Código Civil, pues las alusiones genéricas que aducen los herederos, referidas a otras injurias o insultos, no pueden tenerse en cuenta dada su falta de justificación suficiente; y mucho más cuando ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución que no sólo proclama el artículo 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de la sucesión legitimaria; no admitiéndose ni la analogía ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*.

Comentario.—El criterio de la Sentencia sigue absolutamente la línea jurisprudencial consistente en que el hecho en que se funda la desheredación no sólo ha de ser cierto, sino también probarse plenamente su existencia, y debe consistir en alguno de los que taxativamente señala el Código (SS. 4-11-1904 y 6-12-1963), como se indica con la palabra «expresamente» del artículo 848, que viene a recoger, aunque algo menos enérgicamente, la exigencia del artículo 666 del Proyecto de 1951 («El heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas en la Ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad»). Por ello, continúa la Sentencia comentada, «la falta de relación afectiva y comunicativa entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por la hija en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y valoración jurídica y que, en definitiva, sólo están sometidos al tribunal de la conciencia».

F. C. L.

COMUNIDAD HEREDITARIA. RETRACTO DE COHEREDEROS. NECESIDAD DE LA CONSIGNACION DEL PRECIO DENTRO DEL PLAZO LEGAL. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1994.)

En el ejercicio de la acción de retracto han de cumplirse los requisitos legales exigidos por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha ciudad, conforme al siguiente único fundamento de Derecho.

Las acciones se ejercitan todas mediante demanda judicial; cualquier otra fórmula de satisfacción de derechos o solución de conflictos tiene carácter

extrajudicial, de tal modo que cuando se pretende hacer uso de un derecho de retracto el cauce jurídico es la demanda, siempre que las partes no hayan respetado el derecho de preferente adquisición, y en ella han de cumplirse los requisitos legales exigidos por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto no se han modificado por el Código Civil y la jurisprudencia.

La jurisprudencia tuvo a bien entender que medio apto para el ejercicio del derecho lo constituye también la conciliación, siempre que se acuda a ella dentro del plazo y cumpliendo con el requisito de la consignación, pues en otro caso no se tiene por ejercitado en sentido propio, ya que no se asegura al demandado la entrega del dinero dentro del plazo de treinta días ni se cumple con los requisitos del retracto (arts. 1.618 LEC y 1.607 CC). Así lo ha repetido la jurisprudencia que, aplicada al caso de Autos, obliga a la desestimación del motivo, pues está fuera de toda duda que el dinero no se consignó hasta pasados cincuenta y siete días de la venta.

PARTICIPACION HEREDITARIA.—DERECHO DE TRASPASO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1994.)

Declara que el valor del derecho de traspaso ha de incluirse en la liquidación de la sociedad conyugal y procede adjudicarlo al marido cuando no exista duda alguna que tal derecho de traspaso existía al tiempo de la disolución del régimen ganancial, siendo el marido quien estaba administrando el negocio ganancial y la resolución del contrato de arrendamiento se produjo por una causa imputable al marido, que abandonó el uso del local sin causa justificada para ello, por lo que es evidente que causó dolosamente un daño a la sociedad, resultando así deudor de la misma por su importe.

F. C. L.

LEGITIMAS. DONACIONES INOFICIOSAS. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1994.)

Declara la inoficiosidad de dos donaciones de fincas hechas por el padre a una de sus hijas que perjudican los derechos legitimarios de las otras dos.

F. C. L.

TESTAMENTO OLOGRAFO. CAPACIDAD. FECHA. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1994.)

Se presume la capacidad mientras no se pruebe lo contrario. Es admisible un solo testamento ológrafo escrito en pliegos y fecha diferentes, pero próximo en el tiempo.

F. C. L.

TESTAMENTO ABIERTO. CAPACIDAD. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1994.)

La presunción de capacidad del testador ha de destruirse acreditando con seguridad precisa que estaba aquejado de insania mental con evidentes y concretas pruebas.

F. C. L.

COMUNIDAD HEREDITARIA. RETRACTO DE COHEREDEROS. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1994.)

La consignación del precio es ineludible y sólo puede admitirse un aval o afianzamiento en el supuesto de que el precio no sea conocido.

F. C. L.

TESTAMENTO ABIERTO. NULIDAD. AUTENTICIDAD DE LA FIRMA DEL TESTADOR. (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1994.)

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en el que se pretendía la nulidad del testamento en base a una pretendida fotocopia que reproduce la firma y rúbrica del otorgante. Se reconoce en esta Sentencia, conforme a las Resoluciones de la Dirección General de fechas 3 de julio de 1975 y 24 de enero de 1986, que no se pueden reproducir las firmas de la matriz y que el interesado sólo tiene derecho a copia literal sin firmas.

F. C. L.

TESTAMENTO OLOGRAFO. FECHA. ARTICULO 688.2 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 FEBRERO DE 1994.)

El otorgamiento del testamento ológrafo surge de colocar la fecha y la firma. La fecha es la que pone el testador, con independencia del momento en que haya escrito el testamento.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Olot, Sentencia esta última que confirma íntegramente nuestro más Alto Tribunal, conforme a los siguientes fundamentos:

Fundamentos de Derecho.—En la demanda formulada por don R.A.H. después de referirse principalmente a la incapacidad de la testadora, doña M.H.M., y de que había sido incapacitada por declaración judicial mediante Auto de 11 de abril de 1984, alude a la protocolización de su testamento ológrafo por el Juez de Primera Instancia de Olot (Gerona) otorgado en fecha 30 de noviembre de 1981, y suplicó se declare la nulidad del citado testamento tramitado bajo expediente judicial número 180/1985. La Sentencia de primer grado desestimó la demanda por considerar que el testamento aludido era

válido al gozar la testadora al otorgarlo de capacidad volitiva y de raciocinio. Mas recurrida la Sentencia, la Audiencia Provincial en el fallo ahora recurrido en casación y con base principal en la inexactitud de la fecha de otorgamiento, que consideró probada, estimó el recurso de apelación y declaró la nulidad del testamento ológrafo convertido, si bien con el voto particular contrario de uno de los Magistrados de la Sala decisoria que al considerar que la fecha no era falsa sino erróneamente transcrita y presuponiéndole suficiente capacidad de la testadora, entendió que debía haberse confirmado la Sentencia dictada en primera instancia. Formulan recurso de casación doña C. y doña F.A.H., recurso que se integra de seis motivos, los dos primeros amparados en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los cuatro restantes en el número quinto del mismo artículo; de ellos, el 4.º no fue admitido por esta Sala en el oportuno trámite. En el primero de aquéllos se alega la infracción del artículo 359 de dicha Ley procesal por entender que la Sentencia recurrida al declarar la nulidad del testamento litigioso con fundamento en una supuesta inexactitud de su fecha, aducida extemporáneamente y de forma indebida en el escrito de conclusiones, ha infringido no sólo el principio de congruencia, sino también los principios de audiencia bilateral y de contradicción. Entiende el motivo que la demanda de nulidad se basó exclusivamente en ser la testadora totalmente incapaz en el momento de otorgar testamento y no contener dicho testamento institución de heredero, sin que se alegara en la demanda la inexactitud de la fecha. En definitiva, la recurrente considera que la Sentencia es incongruente.

El motivo expresado fracasa por las siguientes consideraciones: *a)* La demanda contiene un suplico en el que se pide «se declare la nulidad del testamento ológrafo de M.H.M., tramitado en el expediente judicial de este Juzgado bajo el número 180/85 y protocolizado por el Notario don Manuel Faus Pujol; por tanto, no se concreta a que esa nulidad sea por defecto de capacidad de la testadora o por inexactitud de la fecha, máxime cuando la expresión de la fecha tiene por finalidad principal permitir averiguar si entonces el testador tenía capacidad suficiente para otorgarlo; *b)* De modo que la íntima relación entre ambos datos no permita afirmar que la determinación de la exactitud de la fecha quebrante la *causa petendi* base del pleito en cuestión. Así lo han entendido ambas partes cuando, si bien se hace sólo alguna ligera mención a la fecha del otorgamiento, la acción persigue la nulidad por defecto de capacidad para testar; poniéndose de relieve con mayor intensidad el primer defecto relativo a la fecha en el escrito de conclusiones, pero sin trasladarlo al suplico y, lo que es más importante, sin que la contraparte, actual recurrente, pusiese de relieve tal circunstancia como sustento de la incongruencia ahora alegada; *c)* Como confluente al objetivo principal de la acción (nulidad del testamento), tanto el defecto de capacidad como el examen de la fecha, conjuntamente discutidas en la fase probatoria, no ha suscitado motivo especial de indefensión para la actual recurrente; *d)* Criterio que, además, concuerda con las reiteradas declaraciones de esta Sala acerca de la interpretación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según las cuales se altera la causa de pedir alegada en el juicio al sustituir las cuestiones planteadas por otras distintas con indefensión de la parte adversa, lo que aquí no ocurrió, en cuanto todo ello, como se dice, confluente a obtener la nulidad del testamento discutido, pues no se da incongruencia si se acogen aspectos sustanciales comprendidos en el objeto del debate e, implícitamente, en las pretensiones deducidas en la demanda (SS. de 3 y 23 de marzo de 1992 y las que en ellas

se citan). A los efectos de la congruencia, lo que hay que resolver es la esencia de las peticiones, teniendo en cuenta la concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales del pleito y no en relación con los razonamientos que se hagan en los mismos (SS., entre otras, de 30 de abril, 13 y 30 de julio de 1991), manteniéndose la congruencia cuando se atienden por el fallo consecuencias lógicas de lo pedido, ya que lo que importa en definitiva es que los pronunciamientos del fallo dejen resueltos todos los extremos debatidos (S. de 5 de junio de 1989); y no cabe duda que el punto sobre la exactitud de la fecha del testamento de doña M.H.M. lo fue ampliamente. Por consiguiente, este primer motivo decae.

El motivo quinto, por haber sido inadmitido el cuarto, con base igualmente en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda en la infracción del artículo 688.2 del Código Civil. Se impugna aquí la conclusión a que llega la Sala de Instancia de que la fecha del testamento es inexacta y que ello determina por sí sola su nulidad, conclusión que el recurso considera radicalmente contraria al precepto que se invoca como infringido, que exige que para ser válido el testamento ológrafo... «deberá expresar el año, mes y día en que se otorgue». Este motivo ha de ser estimado según se deduce de las siguientes consideraciones: a) Como ya se expresó en el fundamento jurídico segundo de los que anteceden, la fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía la capacidad suficiente de testamentifacción activa. Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que tal otorgamiento surge de lo no escrito y de su contenido, sino de colocar la fecha y la firma. b) Estas consideraciones explican o se basan en los antecedentes del testamento ológrafo y en su regulación en los Códigos modernos, sobre la base siempre de que la cooperación interpretativa del derecho extranjero ha de tomarse con mucha cautela y solo como elemento subsidiario, sin que por ello deje ser útil en una época como la actual en que la amplitud e intensidad de la comunidad internacional ha hecho más frecuente las relaciones entre países distintos, y podría sostenerse que la participación en la interpretación de las normas nacionales de instituciones extranjeras basadas, como en este caso, en el mismo Derecho común recibido del Derecho romano forma parte de una hermenéutica sociológica acogida en el artículo 3 del Código Civil bajo la expresión de «la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas». c) Así, es de observar que el Código Civil de Austria (§ 578) dice que el que quiera testar por escrito sin testigos ha de hacerlo de propia mano escribiendo el testamento y firmarlo con su nombre, y continúa: «la expresión del día, año y lugar donde se otorga no es ciertamente necesaria, pero sí aconsejable para evitar litigios». El mismo sentido no preceptivo de la fecha sigue el Código Civil de Alemania (§2.247), que al referirse a la fecha dice que «debe expresarse» (*soll angeben*); es decir, no la considera obligatoria; y si no consta, sólo se considerará válido el testamento cuando de otra forma puedan averiguarse los datos necesarios sobre la fecha. d) La

doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico de testamento ológrafo y elevarlo a declaración de voluntad por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento. Por lo tanto, será fecha en este testamento la que ponga el testador, independientemente del momento en que se haya escrito el testamento, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición que de la misma haya hecho el causante; y se afirma también que no es nulo el testamento ológrafo redactado en una fecha efectiva diferente de aquella en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas. e) Todo ello pone de relieve la validez del testamento ahora discutido, y así lo corrobora, por un lado, aparte del principio del *favor testamenti*, la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario (SS. de 27 de junio de 1977, 26 de septiembre de 1988 y 7 de octubre de 1992 y muchas otras); que dicha capacidad ha de entenderse siempre existente en el momento de otorgarlo, como así ocurre cuando según lo debatido mediaron dos años y cuatro meses desde el testamento hasta la declaración judicial de incapacidad de la testadora; que el que alega la incapacidad ha de probarla si no está, como en este caso, judicialmente incapacitado; prueba que ha de ser concluyente, ya que en otro caso se presume la capacidad; así como ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata de juzgar acerca de la capacidad del testador, a menos, se repite, que se pruebe cumplidamente lo contrario. Y, por otro lado y fundamentalmente, que colocada ya esta Sala de Casación, vista la estimación de este motivo del recurso en lugar del Tribunal de instancia, la prueba pericial practicada para mejor proveer en estos Autos, pese a su extensión, es a todas luces insuficiente para anular el dictamen del perito señor Orellana que dictaminó en la fase probatoria del pleito; y es así por basarse para ello en gran medida en pruebas extrínsecas que no merecen garantía del Juzgador. Esta Sala ha advertido con reiteración sobre la cautela para aplicar en estos casos los llamados medios de prueba extrínsecos, que vienen en ciertos casos, como aquí ocurrió, a posponer el tenor del mismo documento (S., entre otras, de 8 de julio de 1940). Además, queda desmentida la conclusión de los peritos por el examen directo del testamento por el Tribunal en cuyo documento, claramente escrito y con uniformidad de trazos y de sentido, aparte las lógicas desviaciones en la escritura de persona anciana y no acostumbrada a escribir a menudo, aparece evidente el *animus testandi*. Examen que impide aceptar las afirmaciones de los peritos y permite concluir que el testamento fue escrito el mismo día en que se puso su fecha y la firma, en tanto, como ya se expone, no se ha probado de forma suficiente y convincente lo contrario ni se han alegado hechos que pudieran dejar ineficaz la fecha puesta en el documento, ni, en fin, concurren los supuestos en que este Tribunal declaró la nulidad del testamento en las Sentencias de 5 de diciembre de 1927, 13 de mayo de 1942 y 3 de abril de 1945, relativas a supuestos de hecho diferentes del ahora contemplado. Con todo ello procede la estimación del motivo quinto y también del sexto, lo que determina la casación de la Sentencia por los razonamientos que anteceden, con lo que se cumple la norma del artículo 1.715.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al haber resuelto esta Sala, según ya se indicó, como Tribunal de instancia, en los términos en que aparece planteado el debate, una vez que acordó la estimación del recurso.

Comentario.—Resulta claramente de esta Sentencia que en el testamento ológrafo no es requisito esencial la unidad de acto, sino que su contenido puede escribirse en uno o varios momentos sucesivos y posteriormente, o incluso antes, puede ponerse la fecha y en otro momento diverso la firma. Aunque otra cosa pudiera deducirse de la expresión contenida en la Sentencia, «la fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía capacidad suficiente para la testamentifacción activa» —lo que pudiera presuponer la exigencia de que se firme el testamento en el mismo momento de fecharlo—, lo cierto es que esta exigencia no se establece expresamente en la Sentencia. Si bien más adelante emplea conjuntamente las expresiones «poner la fecha y la firma», no dice que ambas hayan de ser simultáneas. Por otra parte, sería difícilmente demostrable, con el alcance de prueba plena, la discordancia entre la fecha y el momento de la firma. Y, caso de probarse, ¿cuál sería la solución? Parece que la de mantener la validez del testamento, pues la Sentencia mantiene un criterio amplio en este punto aduciendo el régimen del Derecho comparado, así como el principio del *favor testamenti*. Sobre el particular se expresa así MUCIUS SCAEVOLA: «¿Cuál será la fecha que deba ponerse al testamento? Entendemos que la correspondiente al día en que se firmó aquél... Esto no quiere decir que no pueda un testamento ológrafo contener varias fechas, porque el Código no exige la unidad de acto». Pero del contexto de su comentario al artículo 688 parece desprenderse su postura favorable a la simultaneidad de la fecha y la firma. En cambio, MANRESA no se plantea expresamente el tema. Otra cosa parece opinar Teodora F. TORRES GARCÍA en su comentario al artículo 688: «La fecha debe indicar con precisión el día en que el testamento ha sido otorgado, ya que se está exigiendo no un día cualquiera, sino precisamente aquel día determinado en que el testamento se ha concluido. Si no coincide la fecha puesta en el documento con la del día en que debió ser fechado, bien por antedatarse (STS 13-V-42 y 11-IV-45) o por postdatarse (STS 5-XIII-25), la sanción correspondiente será la nulidad tanto por no saberse cuándo se otorgó como porque al ser inexacta supone el incumplimiento de la forma exigida para la validez del acto» (*Comentario del Código Civil*, vol. I, pág. 1740). En el mismo sentido, en su obra *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, págs. 291-309.

La doctrina y la jurisprudencia francesas fluctúan. En una primera época se pronuncian con gran rigor, interpretando el artículo 970 del Código Napoleón en el sentido de que el testamento ha de ser fechado el mismo día en que ha sido firmado y que la inexactitud de la fecha acarree la nulidad del testamento. Posteriormente se atenúa el primitivo rigor admitiendo incluso que el testamento será válido si es posible fecharlo con certidumbre recurriendo a elementos intrínsecos e incluso mediante elementos extrínsecos siempre que tengan fundamento o puedan basarse en elementos intrínsecos (STS 24-VI-1952).

F. C. L.