

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PROPIEDAD HORIZONTAL. DELIMITACION Y ASIGNACION DE PLAZAS DE GARAJE. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1993.)

La delimitación de las plazas de garaje en un plano aceptado y firmado por todos los copropietarios impide que uno de estos altere la plaza que le corresponde según dicho plano, delimitándola de modo diferente con pintura en el suelo del local.

SERVIDUMBRE DE PASO. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1993.)

Debe demandarse a los varios propietarios de las fincas colindantes con la finca que pretenda ser predio dominante, sin salida a camino público, no siendo suficiente dirigirse contra uno solo de ellos.

Si la salida es a zona marítimo-terrestre, no puede entenderse que existe salida a camino público, ya que se trata de zona de playa sobre la que no puede tenerse un uso continuado.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santander, que habían estimado era elemento común la terraza del segundo piso del inmueble. El distinto criterio obedece a que los tribunales de instancia basan su decisión en la escritura de obra nueva, conforme a la cual estiman ser tal elemento común por ser prolongación de la cubierta del piso bajo y del edificio que carga sobre las primeras crujías y pilastras, fundamento descartado por el

más Alto Tribunal «pues de seguirse ese razonamiento no podría reconocerse en el ordenamiento jurídico la existencia del derecho de vuelo, que es el derecho a edificar sobre lo ya edificado», derecho de vuelo que se atribuyó en sucesivas escrituras de compraventa —la primera otorgada por el constructor y otra posterior, por el primer adquirente— a los compradores de dicho piso segundo, en la primera de las cuales se constituyó el derecho de vuelo a edificar sobre la antedicha terraza. Sin que pueda estimarse la terraza como elemento común «por falta de atribución de propiedad privada o exclusiva en la escritura de declaración de obra nueva». Teniendo en cuenta además que en este caso no existe título constitutivo de propiedad horizontal de forma específica, porque el propietario del edificio se limitó a otorgar simplemente escritura de declaración de obra nueva y a ir vendiendo cada piso y local a diferentes personas, segregando registralmente de dicho edificio los mismos para constituir fincas independientes.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1993.)

Al tratarse de una servidumbre continua y aparente produce efectos contra terceros, aunque no conste inscrita en el Registro de la Propiedad.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1993.)

La constitución voluntaria de la servidumbre por negocio jurídico o título requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin, por más que no sea necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado. Sin olvidar que ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes, ya que en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fondo.

Reitera doctrina de las Sentencias de 2 de junio de 1969, 22 de junio de 1981 y 8 de octubre de 1988.

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBLIGACION DE OTORGAR LA ESCRITURA DE CONSTITUCION. GASTOS DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1993.)

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelantes a quienes se había condenado a otorgar la escritura de parcelación horizontal, conforme a lo pedido por los demandantes compradores de los pisos y locales, y además a pagar los gastos de la misma, extremo este último que no había sido pedido en la demanda.

RETRACTO DE COMUNEROS. CADUCIDAD DE LA ACCION. ARTICULO 1.524,1.º DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1993.)

La acción de retracto sólo puede ser ejercitada formalmente dentro de un breve plazo de caducidad.

ACCION REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1993.)

Estando amparada la detentación de la finca en un título no puede prosperar la acción reivindicatoria mientras no se solicite la nulidad del mismo.

ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1992.)

El acta de deslinde de términos municipales no constituye título justificativo de dominio, ya que el deslinde administrativo no figura entre los títulos de adquisición de propiedad que establece el artículo 609 del Código Civil.

SERVIDUMBRES DE AGUAS PLUVIALES Y DE VISTAS. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Aplica los artículos 586 y 582 del Código Civil.

COPROPIEDAD. DIVISION DE COSA COMUN. ARTICULOS 400 Y 404 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIAS DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1992 Y 23 DE DICIEMBRE DE 1992.)

La determinación de la indivisibilidad o inservibilidad o desmerecimiento de la cosa a dividir es *quaestio facti* y de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora.

Reiteran la doctrina de las Sentencias de 28 de noviembre de 1957, 27 de febrero de 1970, 25 de noviembre de 1982 y 6 de junio de 1983.

COPROPIEDAD. DIVISION DE COSA COMUN. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Es de estimar la inutilidad para su destino, con aplicación de los artículos 401 y 404 del Código Civil, si de los dictámenes obrantes en autos se deduce que a causa de la división disminuiría el precio del metro cuadrado del local único, al igual que su perspectiva de utilidad y posibilidad de arrendamiento, con rentas inferiores igualmente a la correspondiente a la totalidad del local.

COPROPIEDAD. DIVISION DE COSA COMUN. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1993.)

Constando probado por prueba pericial que el detrimento económico que se produciría en el inmueble por su división sería de hasta el 50 por 100 de su valor en venta, ello comporta una suerte de indivisibilidad jurídica.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

EL TITULAR DEL EMBARGO NO TIENE LA CONDICION DE TERCERO DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—En modo alguno tiene el titular del embargo la condición de tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en las condiciones por él definidas ningún derecho real sobre la cosa y en consecuencia, si la cosa se demuestra que no pertenece al titular registral es posible que su propietario obtenga resolución judicial que le tenga por tal, aun con base en documento privado, pues todo documento privado es apto para, en unión de las demás pruebas, desvirtuar la presunción de legitimación registral de que goza el titular inscrito.

EL EMISARIO RECEPTOR DE UN BOLETO DE «LOTERIA PRIMITIVA», RESPONDE DIRECTAMENTE ANTE EL DEPOSITANTE. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Hechos.—La actora selló un boleto de la «loto» en el establecimiento del demandado. Dicho boleto fue anulado por extravío, y de haberse enviado a tiempo hubiera resultado premiado con más de seis millones. El receptor es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—No siempre un contrato regido por normas administrativas es un contrato administrativo y no todas las consecuencias jurídicas que traen causa remota de un contrato de esta naturaleza excluyen la competencia del orden jurisdiccional civil. La responsabilidad que se reclama al hoy recurrente es directa del mismo, y regida por el Derecho civil.

La invocación de la *exceptio plurium consortium* se explica cuando las relaciones jurídicas trabadas entre los reclamados litisconsortes se apoyan en el carácter indivisible o inescindible de las mismas, de modo que no pueda ser condenado uno sin condenar al otro, pero ello no es una cuestión que afecte en puridad a la validez de la relación jurídico-procesal constituida.

Entre jugador y entidad oficial se celebra un contrato aleatorio de juego que sólo se perfecciona, en virtud de las disposiciones reglamentarias y contractuales que lo rigen, una vez que se entrega por el agente intermediario que representa a la entidad oficial, los boletos al organismo, constituyéndose mientras tanto, como anejo al referido contrato, un depósito que genera la obligación correspondiente. El empresario receptor responde directamente ante el depositante, según los términos del artículo 1.101 del Código Civil por los daños y perjuicios causados, como consecuencia de su negligencia.

CUANDO SE POSTULA LA NULIDAD DE UN CONTRATO BASTA DEMANDAR AL CONYUGE QUE FUE PARTE. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se postula la eficacia o ineficacia de una relación negocial o contractual, basta dirigir la pretensión contra aquel de los

cónyuges que haya sido parte en el contrato, y si los dos esposos tuvieron intervención, de manera directa o indirecta (representado uno por el otro), la demanda debe ser dirigida frente a los dos, pues de no ser así, significaría una defectuosa e inadmisble constitución de la relación jurídico-procesal.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La constante y reiterada doctrina de esta Sala, referente a la interpretación del artículo 1.124 del Código Civil, establece los siguientes principios: A) La necesaria reciprocidad de las obligaciones puestas en juego. B) La exigibilidad de las mismas, al no estar sujetas a condición o término. C) El exacto cumplimiento por parte del reclamante de aquello que a él incumbía. D) La manifiesta existencia de una voluntad rebelde en el acusado como incumplidor, no siendo suficiente el simple retraso o cumplimiento tardío. E) Que tal incumplimiento recaiga sobre los elementos esenciales del contrato, de tal forma que frustre la finalidad contractual del mismo. F) La prueba de las causas del incumplimiento corresponde al que las alega, debiendo interpretarse restrictivamente esta causa resolutoria en aras al mantenimiento del vínculo contractual.

LA SUSTITUIBILIDAD O NO ES EL CRITERIO PARA DISTINGUIR ENTRE MANDATO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El tema litigioso se centró en determinar si el negocio jurídico celebrado era un mandato o un arrendamiento de servicios. La expresión «prestar algún servicio» contenida en el artículo 1.709 del Código Civil es tan vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, de tal manera que, aunque el mandato se encuadre entre los contratos de trabajo por unos, y entre los de gestión y cooperación por otros, los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al *dominus* y sustituibilidad no tienen virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos, y habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto.

Las Sentencias de 14 de marzo de 1986 y 25 de marzo de 1988 se centran en el criterio de distinción de la sustituibilidad o insustituibilidad en el hacer, de tal manera que habrá mandato en el primer caso y arrendamiento de servicios en el segundo.

LA MODERACION DE LA RESPONSABILIDAD SOLO ES APLICABLE A LA QUE PROCEDA DE NEGLIGENCIA. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala ha establecido en ocasiones que la moderación de la responsabilidad prevista en el artículo 1.103 del Código Civil sólo es aplicable a la que proceda de negligencia, mas no cuando es manifiesta la voluntaria omisión del deber contractualmente asumido, el designio eviden-

te de incumplir la prestación debida, pues tal comportamiento se aleja de la mera negligencia para acercarse al dolo; la moderación del artículo 1.103 ha de entenderse como criterio equitativo a mayor abundamiento u *obiter dictum*, contra el que no cabe casación.

EL MANDANTE QUE FACULTA AL MANDATARIO PARA QUE HAGA DONACIÓN DE SUS BIENES, LE TRANSMITE EL «ANIMUS DONANDI». (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La Jurisprudencia de esta Sala y la doctrina científica viene manteniendo con unanimidad la teoría ya clásica de que en virtud del mandato representativo se origina una subsanación de la voluntad del mandante en la gestión realizada por el mandatario, produciéndose una subrogación de la voluntad sustituida por la del sustituto, salvo, claro está, que se haya dado una extralimitación en los límites del mandato.

La facultad de vender y la de donar estaban recogidas en el poder, y estas facultades no estaban restringidas, otorgándose con carácter genérico y sin acepción de las personas con quienes habría de contratarse. El «ánimo de liberalidad del donante» está siempre implícito en el contrato de donación, por lo que el mandante que faculta sin cortapisa al mandatario para que otorgue la donación de sus bienes, le ha transmitido necesariamente ese «ánimo».

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: HA DE CONCURRIR INEXISTENCIA DE CAUSA DE LA MEJORA PATRIMONIAL (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El enriquecimiento sin causa, carente de una regulación precisa y unitaria en nuestro Código Civil, es abordado por algún precepto, como sucede en el 1.304. En todo caso opera con el fin de prohibir que alguien pueda enriquecerse en perjuicio de otro, siendo de destacar la concurrencia de darse total ausencia de causa justificativa de la mejora patrimonial que se denuncia e inexistencia de disposición normativa legal que excluya la aplicación del principio.

LA UNION EXTRAMATRIMONIAL NO IMPLICA EL CONSENTIMIENTO DE CREAR UNA SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Hechos.—Doña P. y D. C. vivían maritalmente, colaborando doña P. en el negocio del segundo, y atendiéndolo en el hogar. Se produjo la ruptura y doña P. lo demanda, reclamando la mitad de las ganancias. No acoge esta petición el Supremo, pero sí fija una indemnización.

Doctrina de la Sentencia.—La sociedad, cuyo carácter contractual ha de afirmarse, requiere el consentimiento de los contratantes, que ha de ser claro e inequívoco, el cual, en cierta manera, se identifica con el tradicional requisito de la *affectio societatis*, que en puridad tiene significación teleológica. La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siem-

pre ha de estimarse concurrente, ya que puede sin duda suceder que, en las uniones que dan lugar a la convivencia *more uxorio*, prefieran quienes las forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial.

Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: *a)* Aumento del patrimonio del enriquecido; *b)* Correlativo empobrecimiento del actor; *c)* Falta de causa que justifique el enriquecimiento, y *d)* Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones. Es evidente, por tanto, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa.

LAS LIMITACIONES URBANISTICAS NO SON CARGAS NI GRAVAMENES.

(SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La circunstancia de hacerse constar en los contratos de compraventa de fincas la existencia o no de cargas o gravámenes no aparentes que pesen sobre ella, tiene como finalidad la de eludir las consecuencias rescisorias e indemnizatorias que nacen de la omisión en el contrato de su constancia, al amparo del artículo 1.483 del Código Civil.

Para fijar el contenido de la expresión convencional de que la finca vendida «está libre de cargas, gravámenes, así como de arrendamientos», hay que partir del texto del artículo 1.483 del Código Civil, según el cual, «si la finca estuviese gravada, sin mencionarla en la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente...», texto que es interpretado por la doctrina científica en el sentido de que tales gravámenes han de ser constitutivos de derechos reales, limitativos de los derechos de goce o disposición del propietario, en tanto que la carga impone al propietario la obligación de satisfacer una prestación, generalmente periódica, a favor del titular del derecho; por el contrario, no se incluyen dentro de las cargas y gravámenes a que se refiere el precepto, las limitaciones legales del dominio que tienen carácter institucional y configuran el contenido normal del dominio, por lo que no pueden ser desconocidas por el comprador; por su parte, la jurisprudencia de esta Sala ha excluido tales limitaciones legales del dominio, entre ellas las derivadas del régimen urbanístico del suelo, del concepto de «cargas o servidumbres no aparentes» que utiliza el citado precepto (SS. de 27-1-1906 y 28-2-1990).

RECURSO DE REVISION: NO HAY MAQUINACION FRAUDULENTA EN LAS ACTUACIONES PROCESALES NO RECURRIDAS. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada y constante de esta Sala que la maquinación fraudulenta debe deducirse de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, exigiendo una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo a medio de ardid, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal eficiente

entre el proceso malicioso y la resolución final (SS. de 24-12-1990 y 30-7-1991). No puede hablarse de maquinación fraudulenta cuando los hipotéticos perjuicios provienen de actuaciones procesales no recurridas. Debiendo realizarse la interpretación de dichos supuestos con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho.

PARA RESPONSABILIZAR UNA CONDUCTA HA DE ATENDERSE AL ENTORNO SOCIAL EN QUE AQUELLA SE PROYECTA. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Hechos.—Se produjo un incendio en un bingo, que causó varios muertos y lesionados. Los propietarios son condenados a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—La moderna doctrina jurisprudencial opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal.

Para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio. En el caso que nos ocupa se desconoce el origen del incendio y por ello no se puede descartar la actuación de un tercero, pero sea cual fuere la causa inicial, lo que sí se sabe es la inadecuación de las cautelas adoptadas para prevenir el grave daño producido.

LETRA DE CAMBIO: EL BANCO HA DE DEVOLVER LA CAMBIAL IMPAGADA CON LA MISMA EFICACIA JURIDICA QUE TENIA CUANDO SE LE ENTREGO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—La obligación fundamental que compete a los bancos descontantes, una vez producido el impago de las cambiales descontadas, es devolver éstas al librador descontatario con la misma eficacia jurídica que tenían cuando le fueron entregadas a virtud del contrato de descuento, lo que presupone haber cumplido las obligaciones previas de su oportuna presentación al cobro y de levantamiento en forma del correspondiente protesto, pero sin que pueda considerarse incluida en el círculo de tales obligaciones la previsibilidad de la posible situación de insolvencia en que pueda caer el librado-aceptante.

Es evidente el derecho del Banco descontante a que quien obtuvo el descuento le reintegre el importe de las letras, pues la esencia de toda operación

de descuento bancario, al entrañar una mera cesión *pro solvendo* (no *pro soluto*) del crédito que incorpora la letra descontada, consiste en que si dicho crédito no llega a hacerse efectivo por el obligado a su pago, el Banco puede reclamar su importe de aquel que obtuvo el descuento de las cambiales; doctrina reiterada en Sentencias de 27 de enero y de 3 de abril de 1992.

EL MEDIADOR TIENE DERECHO A PERCIBIR SUS HONORARIOS AUNQUE NO SE HAYA CONSUMADO LA COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El verdadero *thema decidendi* de este recurso es el atinente a determinar si en el llamado contrato de mediación o corretaje, el agente mediador adquiere derecho al cobro de sus honorarios desde el momento en que por su mediación ha quedado perfeccionado el contrato de compraventa, o si en cambio tal percepción de honorarios ha de quedar en todo caso supeditada a la plena consumación del aludido contrato de compraventa, mediante el cobro por el vendedor del total precio de venta. Partiendo de la premisa de que el contrato de mediación o corretaje es un contrato innominado *facio ut des*, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el Corredor) se compromete a indicar a la otra (la comitente) la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución, parece evidente que el derecho del corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer desde el momento en que quede cumplida o agotada su actividad mediadora, o sea desde que por su mediación haya quedado perfeccionado el contrato de compraventa, perfección que se produce desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato, se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, a no ser que en el respectivo contrato de corretaje se haya estipulado expresamente que el corredor solamente cobrará sus honorarios cuando la compraventa haya quedado consumada, o sea, cuando el vendedor haya cobrado el precio de la venta íntegramente.

LAS ARRAS PENITENCIALES TIENEN CARACTER EXCEPCIONAL. (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Se admite la existencia de varias clases de arras: unas, llamadas penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1.454, concebidas a manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes a desistir a su arbitrio del contrato; otras, denominadas confirmatorias, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante que no facultan, por tanto, para resolver la obligación contraída, que normalmente corresponden con los anticipos a cuenta del precio, de la que es ejemplo en nuestro sistema el supuesto del artículo 343 del Código de Comercio, junto a las cuales pueden ponerse además las conocidas como penales, con las que en efecto se confunden cuando lo entregado como «arra» no se imputa al precio, sino que funciona de modo similar a lo que ocurre con la cláusula penal del artículo 1.152, como resarcimiento para el caso de incumplimiento y siempre con la posibilidad de reclamar que la obligación pactada sea estrictamente cumplida.

Siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras que como

medio de garantía permite el artículo 1.454 tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales.

ACTOS PROPIOS: *CARACTERISTICAS* (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que no sea lícito accionar a consecuencia de un acto propio producido con anterioridad, se requiere que se haya definido inalterablemente, causando estado, la situación jurídica de su autor o que vaya encaminado a crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo unilateralmente dicha situación, a más de que para que tenga carácter vinculante el acto propio, ha de ser excluyente e indubitado y con alcance inequívoco.

RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO TECNICO EN LA RUINA DEL EDIFICIO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—El término «ruina» que utiliza el artículo 1.591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, puesto que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato. Y es en este último dato («violación del contrato») donde radica toda la responsabilidad contractual, puesto que de otra forma quedaría el cumplimiento de lo pactado al arbitrio del obligado y se quebrantaría lo pactado y la buena fe contractual. Máxime cuando la jurisprudencia ha declarado (SS., entre otras, de 21-12-1981 y 5-3-1984) que la mala calidad de los materiales y los defectos de dirección y ejecución de la obra afectan también a los arquitectos técnicos que supervisan la construcción concreta. Derivando la responsabilidad solidaria de la concurrencia de varias concausas, unas atribuíbles a la dirección, otras a la ejecución, sin posibilidad de discernir las consecuencias de cada una; sin olvidar, por último, que dentro del concepto de «ruina» se incluyen los graves defectos constructivos o sobrevenidos después de la construcción por la actuación de personas que hacen fracasar las expectativas del adquirente y que lo hacen inútil para su finalidad.

LOS CONTRATOS NO QUEDAN VINCULADOS POR LA DENOMINACION QUE LES DEN LAS PARTES. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992.)

Doctrina de la Sentencia.—Los contratos tienen la naturaleza que jurídicamente les corresponda a tenor del conjunto de derechos y obligaciones estipuladas, sin que quede por tanto definido con vinculación *erga omnes* por la denominación que les hayan conferido las partes contratantes.

El contrato, catalogado un tanto eufemísticamente como de opción de acceso diferido a la propiedad, no es ni más ni menos que un contrato de compraventa con precio aplazado y fraccionado con un régimen preestablecido de intereses por demora. Ciertamente, esa compraventa de inmueble ha de estar sujeta, cualquiera que sea su denominación teórica, al mandato inexcusable del artículo 1.504 del Código Civil.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO SE HA ACREDITADO LA ANTIGÜEDAD DEL CONTRATO EN CUANTO A LAS EXIGENCIAS LEGALES PREVISTAS EN LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY DE 1980 PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1990.)

El Juzgado de Pola de Lena declaró el derecho del actor al acceso a la propiedad, pero la Audiencia revocó la anterior.

No triunfa la casación. En 1981 vendió el propietario las fincas, que había tenido como arrendatario al padre del actor, fallecido en 1966, sin que, aquél en testamento ni sus sucesores hicieran uso de la facultad del artículo 86-1 y 2 del Reglamento de 1959 y artículos 79 y 80 de la Ley vigente para designar el arrendatario continuador del fallecido, ni la propiedad hiciera la elección correspondiente, resultando una inconcreción de la titularidad arrendaticia que, de hecho, fue inicialmente asumida por el demandante que promovió juntamente con otros la acción de retracto con ocasión de la venta antes dicha, lo cual fue rechazado por el Juzgado, por la Audiencia y por el Tribunal Supremo, éste en Sentencia de 10 de marzo de 1986. No obstante, se interpuso demanda de acceso a la propiedad por la viuda del primer arrendatario, que también fue rechazada en 1.^a y 2.^a Instancia, promoviendo después la demanda el actor, que asumió la titularidad arrendaticia, estimada en 1.^a Instancia y rechazada en apelación. Las sentencias recaídas en los dos procedimientos señalados han de prevalecer sobre otras pruebas, ya que tienen la fuerza de cosa juzgada, cuyo desconocimiento acarrea inseguridad jurídica. La notificación de cuál sea el sucesor en la titularidad arrendaticia hecha por el actor en el acto de conciliación, desvela la situación personal de los elementos subjetivos del arrendamiento, que ya venía determinada por la resolución de los procedimientos anteriores, máxime cuando era el único colaborador y familiar del inicial arrendatario que ejerce la profesión de agricultor. Sin embargo, siendo las fechas del arrendamiento clave para el ejercicio válido y eficaz del acceso a la propiedad, al no existir un documento obrante en autos que acredite error en cuanto a si el contrato es anterior al Código Civil o a la publicación de la Ley de 1935, es por lo que no se desvirtúa la manifestación de la sentencia de no haberse acreditado la antigüedad del contrato en cuanto a las exigencias legales previstas en la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de 1980 y la Ley 1/1987, de 12 de febrero, para el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 1.ª-3.ª DE LA LEY DE 1980, COMPLETADA POR LA LEY 1/1987, DE 12 DE FEBRERO, OTORGA ESPECIAL PROTECCIÓN A LOS ARRENDAMIENTOS QUE SEAN CULTIVADORES PERSONALES ANTERIORES A LA LEY DE 1935, QUE SE BASA EN EL INTERÉS SOCIAL. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1991.)

El Juzgado de Tolosa estimó la demanda y confirmó la Audiencia de Pamplona.

No prospera la casación. La oposición a la prórroga legal del contrato de arrendamiento rústico debe sujetarse a determinados requisitos señalados por el párrafo 2.º del artículo 26 LAR y, según consta en autos, el propósito de cultivar personalmente el caserío y sus pertenencias, objeto del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, se produjo en tiempo que no impedía la continuación de la prórroga durante cuya vigencia se reclama el referido acceso. El trato de especial protección que otorga la Disposición Transitoria 1.ª, 3.ª a los arrendamientos concertados antes de la Ley de 1935, cuando el cultivador sea personal en orden a las prórrogas durante las que puede usar el acceso a la propiedad se prolonga en la legislación complementaria dictada con posterioridad, como la Ley 1/1987, de 12 de febrero, cuyo artículo único prorrogó los beneficios concedidos a los citados arrendamientos, sin que vulnere el artículo 33 de la Constitución, ya que éste ajusta el derecho de propiedad a la función social que debe cumplir conforme a las leyes. El derecho de acceso a la propiedad en estos arrendamientos puede considerarse como una adquisición forzosa similar a la expropiación, fundada en el interés social y autorizada por el párrafo 3.º del mencionado precepto constitucional. En cuanto a la valoración de los terrenos se hizo, atendiendo al artículo 43 de la Ley de Expropiación, mediante la ponderación de los informes periciales obtenidos y, sobre todo, por peritos designados por acuerdo de ambas partes, sin olvidar que el Juez en la diligencia de reconocimiento judicial pudo apreciar todo lo preciso para una adecuada valoración, incluidas las derivadas de la devaluación del dinero, pero sin acceder a valoraciones desproporcionadas, derivadas de las expectativas urbanísticas de los terrenos.

INEXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO.—LOS DOCUMENTOS APORTADOS NO DEMUESTRAN LA EXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO, MÁXIME CUANDO SU OBJETO ES LA PERCEPCIÓN DE UN AUXILIO ECONÓMICO, SIENDO CORRECTA LA APRECIACIÓN DE LA SALA DE QUE SE TRATABA DE UN PRECARIO. (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1991.)

El Juzgado de Medina de Rioseco y la Audiencia de Valladolid estimaron la demanda.

No triunfa la casación. Declarada la inexistencia del pretendido arrendamiento, se alega la declaración del actor dirigido a la Cámara Agraria Local de tener dadas en arrendamiento las fincas a sus hijos, así como la contestación al oficio de dicha Cámara, en que se le pedía que hiciera de nuevo una cesión a sus hijos, en el sentido de que todo siga «como hasta ahora», ya que la prueba documental no tiene un rango superior a los demás medios de prueba, por lo que los juzgadores pueden decantarse por el mayor peso que a su juicio tenían los otros medios probatorios, máxime cuando los documentos tienen un carácter administrativo y una finalidad clara de percepción de auxilios econó-

micos, que podía hacer dudar de su auténtica realidad. La inexistencia del pretendido arrendamiento, unido a la falta de prueba de que concurra alguna relación jurídica entre las partes, nos lleva a estimar correcta la apreciación de la existencia de un precario, y procede acordar la protección impetrada por los actores, tanto a la propiedad de sus fincas como a la posesión de las mismas.

RETRACTO.—EL ACTOR NO ERA ARRENDATARIO, YA QUE AL ACEPTAR LA OFERTA DEL PROPIETARIO SOBRE LA VENTA DE LA FINCA CESO TODA RELACION DE ARRENDAMIENTO ENTRE ELLOS, AUNQUE LUEGO NO LLEGASE A COMPRARLA. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1991.) (IDÉNTICA, POR TRATARSE DEL MISMO DEMANDADO, LA DE 5 DE MARZO DE 1991).

El Juzgado de Tarancón desestimó la demanda y la Audiencia confirma la anterior.

No procede la casación por ser la cuantía inferior a los tres millones, conforme al artículo 1.687, número 3 LEC. En realidad, el actor dejó de ser arrendatario, ya que se comprometió con los otros coarrendatarios a la compra de las fincas, no llegando a hacerlo al final por cierto desacuerdo con el propietario, interponiendo seguidamente la acción de retracto. En realidad, ya no era arrendatario porque al aceptar la oferta del propietario cesó toda relación de arrendamiento entre las partes, aunque luego no llegase a comprar la finca. El retrayente tuvo conocimiento suficiente del contrato en 24 de febrero de 1978, y presentó la demanda el 31 de julio de 1985, es decir, transcurrido con exceso el plazo legal que señala el artículo 88 LAR o el del artículo 16.3 del Reglamento de 1959.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—PROBADA LA EXISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO POR OTROS MEDIOS DISTINTOS DEL RECONOCIMIENTO DEL DOCUMENTO PRIVADO QUE EXIGE EL ARTICULO 1.225 DEL CODIGO CIVIL. PROCEDE EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1991.)

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

No se admite la casación. La base que sirvió a la sentencia recurrida se integra por los siguientes hechos: Desde 1930 existe un arrendamiento que se mantuvo vigente durante los años siguientes y que en 1940 se reflejó en un documento privado, lo que pone de manifiesto que, antes de 1935 existió y se mantuvo en vigor entre los antecesores de los arrendadores y el abuelo y la madre del actor como arrendatarios, siendo éste continuador del arriendo como cultivador directo y personal. Según reiterada jurisprudencia, el artículo 1.225 del Código Civil no quiere decir que el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado sea el único medio para probar su legitimidad, porque ello sería tanto como dejar subordinada a la voluntad de las partes la eficacia de un documento por ellos suscrito y, por eso, negada por éstos la autenticidad de un documento de tal clase, puede la parte a quien interese utilizar cuantos medios de prueba estime adecuados para demostrarlo. Probados los hechos, es irrelevante alegar que la parte contraria no ha probado los

requisitos exigidos para que pueda prosperar la acción de acceso a la propiedad, ya que no se discute en este recurso la existencia del arrendamiento litigioso ni la sucesión de arrendadores y arrendatarios hasta llegar a los actuales titulares ni las fincas ni el derecho de acceso, de conformidad con la normativa vigente ni con la anterior (arts. 18 del Reglamento de 1959 y 73 y 79 de la Ley de 1980).

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PARA QUE LOS DAÑOS SEAN CAUSA DE RESOLUCION DEL CONTRATO DEBEN SER DEBIDOS AL DOLO O NEGLIGENCIA MANIFIESTA. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1991.)

El Juzgado de Herrera del Duque declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. En realidad no existe un daño grave en la finca arrendada, según la sentencia recurrida y aquél es requisito primordial para la aplicación de la causa resolutoria del arrendamiento, pero además es preciso que los daños sean producidos con dolo o negligencia manifiesta, lo que no puede predicarse de la conducta del demandado que, una vez realizado el arranque de encinas, procedió a la siembra del terreno, de acuerdo con lo convenido en el contrato en el que se explicita que la finca va arrendada de pasto y labor, con lo que se evidencia que su actuación no puede ser calificada de dolosa ni de negligente, máxime cuando de la prueba pericial no se desprende con claridad que tal forma de actuar sea poco conveniente.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA RESOLUCION SE PRODUCE NO POR UN CAMBIO DE LA ACTIVIDAD DEL ARRENDATARIO, SINO POR LA REALIZACION DE OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL INMUEBLE ARRENDADO. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1990.)

El Juzgado número 1 de Benidorm desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valencia estimó la apelación.

No triunfa la casación. La transformación de la pista de patinaje en otra para motocicletas infantiles viene aclarada por las actas notariales aportadas, de las que se desprende con claridad la realización de obras que modifican la configuración del inmueble arrendado. La resolución no se pronuncia en atención a que las obras realizadas produzcan una mutación de la actividad contemplada en el contrato, sino por la razón de que para que se produjera el cambio de tal actividad se realizaron obras que modifican la configuración del local, lo que hace aplicable al caso el precepto del apartado 1.º del número 7 del artículo 114 LAU, ya que la autorización concedida en el convenio arrendaticio no autoriza otras obras que las de adecuación inicial del local a los usos pactados, o sea, las realizadas en el primer momento, por lo que no puede entenderse consentidas las obras posteriores que son las que dan lugar a la resolución contractual. El contrato de arrendamiento de local es uno en sí mismo, aún cuando autorice la utilización del local también único, arrendado por varias actividades, por lo que aún cuando afecten sólo a la zona de la pista de patinaje, habrá de entenderse globalmente resuelto.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL REPRESENTANTE PROCESAL DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS ES EL PRESIDENTE, AUNQUE CAMBIE DURANTE EL PROCESO. EL ORGANO ADECUADO ES EL DE PRIMERA INSTANCIA, POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1990.)

El Juzgado número 5 de Barcelona estimó la demanda, manteniendo la Audiencia la anterior resolución.

No prospera la casación. El representante procesal de la comunidad de propietarios es el presidente, aunque éste cambie durante el proceso. Siendo el objeto del arrendamiento un local, el órgano adecuado es el de 1.ª Instancia, que es ante el que tendría que actuar el propietario del local, ya que la comunidad de propietarios ejercita por subrogación la acción resolutoria, según la Ley de Propiedad Horizontal. Máxime en este supuesto en que por el cambio de estructura y planta de los Juzgados y Tribunales, el hipotético nuevo proceso se tendría que ventilar ante el mismo Juzgado que decidió el presente, por desaparición del tenido erróneamente por competente, que era el Juzgado de Distrito.

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO ES NULO PORQUE EL ARRENDADOR SE COMPROMETIO A NO ARRENDAR HASTA EL COMPLETO PAGO DEL PRECIO DE LOS LOCALES ARRENDADOS. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1990.)

El Juzgado número 8 de Madrid estimó la demanda, no prosperando la apelación.

Tampoco lo hace la casación. La anulación del contrato de arrendamiento concertado el 1 de febrero de 1971, se decretó por el Juez con base en la libertad de contratación del artículo 1.255 del Código Civil, a cuyo amparo el arrendador se sometió en su día a no arrendarlos hasta el completo pago del precio de los locales y éste no se había realizado, según incontrovertida afirmación de la instancia en la fecha del contrato anulado, de suerte que, manifiesta la vulneración del inequívoco pacto que expresamente limitaba la disposición de lo adquirido, es irreprochable la declaración de nulidad del contrato de arrendamiento de 1 de febrero de 1971, a que llega la sentencia impugnada.

FIJACION DE RENTA.—EXISTEN HECHOS CONCLUYENTES Y DETERMINANTES DEL NO CONSENTIMIENTO EXPRESO NI TACITO DE LA NOVACION DEL CONTRATO POR CAMBIO DE LA RENTA PACTADA. (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1991.)

Tanto el Juzgado número 6 de Barcelona como la Audiencia estimaron la demanda.

No triunfa la casación. La parte actora mantiene la tesis de que desde 1980 la renta se redujo a 125.000 pesetas mensuales, mientras que los demandados alegan que era de 338.970 mensuales, que es lo que declara el Juez y que la de 125.000 pesetas era una entrega a cuenta. La misma parte que ahora niega la primitiva cuantía la tiene reconocida literalmente en las alegaciones hechas en el juicio de desahucio tramitado ante el Juez de Distrito número 9 de

Barcelona, en donde afirmaba que hasta fin del año 1979 el alquiler era de 338.970 pesetas, y a partir de 1 de enero de 1980 pasa a ser de 125.000 pesetas, lo que se confirma por varios documentos como recibos e ingresos en los Bancos por dicha cantidad. La prueba de presunciones derivada de que los demandados han venido recibiendo una cantidad desde abril de 1980 y sólo han sido reclamadas por falta de pago en febrero de 1982, lo que parecía implicar una novación modificativa, ha sido valorada negativamente por la sentencia recurrida, donde se concluye que la novación carece de justificación y que existen hechos concluyentes y determinantes del no consentimiento expreso ni tácito de la novación, lo que no se ha demostrado en este recurso, ya que los medios de prueba alegados son manifestaciones particulares de copropietarios aislados, sin el consenso de la mayoría que exige el artículo 398 del Código Civil para la administración de la cosa común.

RETRACTO.—LA VERDADERA NATURALEZA DEL CONTRATO ES LA DE UNA DONACION REMUNERATORIA, POR LO QUE NO PROCEDE EL RETRACTO QUE SOLO SE DA EN LOS CASOS DE VENTA. (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1991.)

Tanto el Juzgado número 4 de Castellón como la Audiencia de Valencia desestimaron la demanda.

No prospera la casación. Las dos instancias desestimaron la demanda por entender que el contrato encubre una donación remuneratoria de la tía, propietaria, a su sobrino, partiendo de los hechos probados y no combatidos en casación, hechos que consistían en la relación de parentesco, el precio irreal establecido y las especiales condiciones en orden al pago del precio, para el que se fijó un plazo de diez años, sin interés, con libertad para satisfacerlo como le fuera conveniente, con la reserva por la vendedora del usufructo vitalicio, así como la concesión de un amplio poder para vender a quien quiera, autorizando la autocontratación, de lo que se deduce que el juicio del juez, al entender existente un ánimo de liberalidad no es contrario ni a la lógica ni a la ley. La determinación de la naturaleza jurídica no entra en el poder dispositivo de las partes, sino del órgano judicial competente, ya que constituye un problema de interpretación, facultad de los tribunales de instancia, dándose en el supuesto las circunstancias que señalaba la Sentencia de 27 de enero de 1967. La validez de la donación, encubierta como compraventa, ha dado lugar a soluciones divergentes en la doctrina y en la jurisprudencia, debiendo resolverse conforme a las circunstancias de hecho. En el caso presente está claro que hay una verdadera donación remuneratoria hecha en atención a los servicios prestados por el donatario a su tía, por lo que es ajustada al artículo 619 del Código Civil la calificación que hace el tribunal *a quo*. Exigiendo el artículo 48 LAU que la transmisión del local o piso se realice mediante venta, es correcta la desestimación de la acción de retracto ejercitada por entender la Sala que el contrato era de donación y no de venta.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE TRATA DE UNA CESION O TRASPASO POR NO EXISTIR EN EL SUPUESTO NINGUNA DE LAS EXCEPCIONES DEL ARTICULO 31 LAU. (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1991.)

El Juzgado número 1 de Arrecife desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia de Las Palmas.

No prospera la casación. La Audiencia aplica correctamente la doctrina general reiterada y constante de esta Sala de que la Ley, fuera de los casos exceptuados expresamente, no consiente que el inmueble arrendado por una persona, individual o jurídica, sea ocupado por otra, llámese cesión, traspaso o subarriendo a la relación que diese lugar a tal ocupación, pues toda modificación subjetiva, introduciendo a terceros en la relación arrendaticia sin el consentimiento de la parte arrendadora da lugar a la resolución contractual, ocurriendo este supuesto cuando una sociedad se transforma en otra persona o cuando una sociedad es sustituida por los socios, pudiendo el propietario recuperar la posesión, pues lo prohibido es el aprovechamiento, ventaja o beneficio obtenido por un tercero aun con la anuencia del arrendatario que también puede resultar beneficiado, sin respetar la voluntad del arrendador a quien pertenecen las facultades dispositivas, dado que el uso y goce corresponden al arrendatario y no a un tercero. Aunque el artículo 31 LAU dice que no es traspaso la cesión que del local efectúe el arrendatario a una cooperativa u otra unidad sindical, constituida con mayoría de los obreros que en él estuviesen empleados, como recoge la Sentencia de 7 de diciembre de 1971, pero ello no permite aplicar la excepción a supuestos de hecho que no contempla la norma que ha de interpretarse en sentido restrictivo sin extender sus efectos al expresamente autorizado y si puede entenderse aplicable a sociedades personalistas como la colectiva, no puede hacerse a las de tipo capitalista, como la sociedad limitada, pudiendo el legislador, de haberlo deseado, haberlo ampliado a otros, ya que la Ley de Sociedades Limitadas es de 1953 y la LAU es de 1964, no pudiendo pretender lo que el legislador no quiso, aunque se alegase el artículo 3.1 del Código Civil, porque los factores sociológicos no autorizan para modificar o no aplicar la Ley y sí sólo para suavizarla. El caso de autos no puede subsumirse en ninguno de los supuestos del artículo 31 LAU por más que haya desaparecido la antigua legislación sindical y se pretenda que se formó una asociación de trabajadores autónomos, sustitutiva de la unidad sindical a que se refiere el precepto.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—TRATANDOSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA PROCEDE LA ACCION DE DESAHUCIO POR EXPIRACION DE TERMINO, YA QUE SE APLICA EL CODIGO CIVIL Y NO LA LEY ESPECIAL. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1991.)

El Juzgado número 2 de San Bartolomé de Tirajana desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. El Juzgado consideró arrendamiento de local, lo que la Audiencia estimó que se trataba de uno de industria, por lo que procedía la acción resolutoria, conforme al artículo 1.569 del Código Civil por expiración de término. Incluso partiendo de la validez del subarriendo de industria de 25 de julio de 1984, no es posible estimar su eficacia al quedar sometido al libre ejercicio por un tercero, referido a la eventualidad de que el

Ayuntamiento modifique el uso de la parcela en que esté ubicado el negocio transferido en subarriendo en el contrato en cuestión. Además, en algunas cláusulas del contrato se da el nombre de subarriendo de industria al mismo. El trámite judicial es el adecuado al estar excluido de la legislación especial y rige el Código Civil en los artículos 1.561 y siguientes de la LEC, ya que en el contrato se fijó la duración de dos años a cuyo término se formuló el requerimiento notarial en 1986, siendo procedente la acción ejercitada.

C. R. R.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

CONTADOR PARTIDOR. NATURALEZA DEL CARGO. PLAZO. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1993.)

El cargo de contador partidor es personalísimo. Se aplican analógicamente las disposiciones del Código Civil sobre el albaceazgo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la sección tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Lalín, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que se desprenden claramente los hechos que motivaron el pleito.

Fundamentos de Derecho.—Primero. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Lalín, de 12 de junio de 1986, se estimó en parte la demanda interpuesta por la actora en relación a su petición subsidiaria previa «desestimación» —sic— de la falta de legitimación pasiva de la demandada y condenando al demandado don L. G. V. a los reintegros correspondientes a resultados de las porciones en que se cuantificaron las cuotas de la partición cuya nulidad se pretende en la petición principal, lo cual se desestima en base a lo razonado en su Fundamento Jurídico Tercero «... por ello, la nota fundamental del cargo de Contador es su carácter de cargo personalísimo como tiene declarado el Tribunal Supremo que ha aplicado analógicamente las disposiciones que el Código Civil contiene sobre el albaceazgo de forma y manera que respetándose este carácter no cabe declarar la nulidad de la partición en otros supuestos como el que concurre en el de autos donde don J. y doña P. nombraron sucesivamente contadores a don Vicente y a don Manuel y, sin embargo, ambos aparecen practicando la partición conjuntamente en el Cuaderno impugnado, pues además de que podría considerarse que a pesar del tenor del Cuaderno Particional era don Manuel el que ostenta el cargo y don Vicente un simple asesor, en este sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que el carácter personalísimo del Contador no impide que el mismo se ayude de técnicos siempre que apruebe sus trabajos, en definitiva la partición impugnada ha sido realizada por las personas a quienes los causantes nombraron para el cargo, aunque lo fueran sucesivamente y no conjuntamente, y con ello se respeta el carácter personalísimo del cargo como expresión del vínculo de confianza que une al testador y a los nombrados». Apelada esa

decisión por citada actora, se resolvió el recurso por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 5 de diciembre de 1989, revocándose la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y estimándose sustancialmente el pedimento principal de la demanda, declarando la nulidad de la partición efectuada conjuntamente por los demandados don Vicente y don Manuel, procediendo en consecuencia, a realizar una nueva partición, que se llevará a cabo en ejecución de sentencia, y todo ello, por cuanto se expone, como *ratio decidendi*, en sus tres considerandos: «(1) Considerando que, como se sabe, el cargo de contador partidor a que, con el nombre de comisario, se refiere el artículo 1.057 del Código Civil, es de carácter personalísimo y temporal. (2) Considerando que por ello don Vicente no podía legalmente delegar en, o compartir con, el contador sucesivo, don Manuel, sus funciones de tal, ni tampoco realizar por sí solo la partición de las herencias de que se trata fuera de plazo señalado en el testamento de su hermana doña Purificación, como en efecto así ha sucedido, y esto aún en el caso más favorable para él de que se entienda que los dos años empezaron a correr desde el acto conciliatorio de 25 de enero de 1979, y no desde los seis días siguientes al de la muerte de dicha causante (10 de diciembre de 1974) cosa por lo demás hartamente discutible, puesto que las respuestas de los conciliados difícilmente pueden significar la concesión de una prórroga al repetido primer contador. (3) Considerando, que la concurrencia de ambas circunstancias y singularmente de la segunda, hace que debamos estimar en lo esencial el pedimento principal de la demanda, pues como tiene declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de abril de 1929, la facultad de hacer la partición que, con arreglo al artículo 1.057 del Código Civil, pueden conferir los testadores a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, está necesaria y lógicamente relacionada con la aceptación que realice la persona designada y con que ésta no deje transcurrir el plazo señalado por el propio testador, o el del artículo 904, o por los herederos cuando todos fueran mayores de edad, para llevar a debido efecto el cumplimiento del encargo que se le confió, de donde se infiere que si no se realiza en tiempo oportuno la partición, queda *ipso facto* extinguido, conforme al artículo 910, el mandato recibido, aunque no se haya solicitado la declaración de nulidad de las operaciones particionales extemporáneamente practicadas por el contador testamentario, sin que en el presente caso sea correspondiente juicio sucesorio, ya que cabe perfectamente realizarla en ejecución de sentencia por los trámites del de testamentaria»; frente a cuya decisión se interpone el presente recurso de Casación por la parte demandada, con base a los motivos que son objeto de estudio seguidamente por la Sala, y en cuyo recurso se suplica se dicte otra sentencia ajustada a derecho en la que se confirme la apelación pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia.

Segundo. En el primer motivo del recurso se denuncia, en base al antiguo número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, que la sentencia recurrida desconoce el contenido de los propios documentos aportados en la demanda, pues de todos, esto es, los testamentos de los padres y causantes de los demandantes, y de los actos de conciliación celebrados el 25 de enero de 1979 (ff. 50 y 51) y 9 de diciembre de 1983 (ff. 72 a 74), resulta que ambos padres nombraron contador-partidor de su herencia a su hermano, tío de los mismos contendientes, que es el codemandado don Vicente; que en la primera conciliación de 25 de enero de 1979, el recurrente requiere al expresado contador-partidor que acepta el cargo y que ante las dificultades expuestas por los interesados a

dicho contador, el mismo trasladó su cometido al sucesivo don Manuel, el cual, juntamente con aquél, asiste a la conciliación en 9 de diciembre de 1983, y manifiesta que cumplió su encargo en 23 de noviembre de 1983, aclarando que ha sido el segundo contador sucesivo el que ha realizado la partición con el asesoramiento correspondiente, entre ellos, el del anterior contador, por lo que aparece claro que la partición se realizó por el contador sucesivo en 1983, sin que conste dato alguno que pueda determinar la prescripción o caducidad, por lo que la sentencia recurrida, al estimar caducado el plazo que disponía el contador-partidor sucesivo, incurre en el denunciado error; *el motivo no puede admitirse*, porque aunque tales antecedentes sean ciertos, según la constancia de los autos, es preciso subrayar que el designio del motivo en lo relevante, es el de afirmar que la partición fue realizada por el contador sucesivo, esto es, don Manuel, por lo que debe ceder la versión de la sentencia recurrida, de que por el primera contador no se podía realizar la partición de la herencia fuera de plazo, y que por tanto, hasta en el caso más favorable para él, si se entiende que los dos años empezaron a correr desde el acto conciliatorio de 25 de enero de 1979 y no desde los seis días siguientes a la muerte de la causante en 10 de diciembre de 1975, por haber transcurrido el plazo previsto con la prórroga correspondiente, ya que, en efecto, la convicción de la Sala *a quo* sobre que el primer contador partidor no podía delegar sus funciones ni compartirlas, ni menos efectuar la partición fuera de plazo, como así ocurrió, no se desvirtúa por tales pruebas documentales, amén de que la denuncia sobre tales cuestiones incurra en valoraciones jurídicas que en modo alguno permitan aducirlo por la vía de hecho elegida, por lo que el motivo ha de rehusarse. En *el motivo segundo* del recurso, se denuncia por igual vía jurídica del extinto número 4.º y abundando en el motivo anterior, que el error proviene al declarar que, como consecuencia de la nulidad de la partición de referencia, procede realizar una nueva en trámite de ejecución, porque se desconoce el valor de la disposición testamentaria contenida en la última voluntad de los causantes en la que los padres de los interesados nombran contadores-partidores para realizar tal cometido, y que aún en el negado supuesto de que hubiera transcurrido el plazo que tenían los dos demandados contadores, queda todavía el nombrado sucesivamente en último lugar, don Gumersindo Valiño Núñez. *El motivo en sí*, plantea el problema jurídico que se dilucida al examinar los subsiguientes en cuanto a la índole del nombramiento de los contadores partidores realizados por los testadores y, sobre todo, de la eficacia de la partición realmente efectuada e instrumentada en Escritura Pública de 26 de enero de 1984, por lo que se relega su respuesta al examen de los sucesivos motivos. En *el motivo tercero* se denuncia, al amparo del antiguo número 5.º del artículo 1.692 LEC, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, pues con independencia de lo expuesto en los anteriores motivos, la Sala de instancia, al estimar extinguido el plazo de que dispone el contador-partidor don Manuel para realizar la partición, vulnera el artículo 1.057, párrafo 1.º en relación con el 1.969 y 1.125 del Código Civil, por cuanto que, el plazo de prescripción de toda clase de acciones y derechos solamente viene a contarse desde el día que pudieron ejercitarse y que es evidente que este plazo debe empezar desde que se puso en conocimiento de don Manuel, su condición de contador-partidor, hasta el acto de conciliación de 1983; en resumen, don Manuel, como contador-partidor testamentario realizó su encargo dentro del plazo estimado al efecto, pues no consta que conociera ese encargo hasta ese acto, y al estimar caducado o vencido el plazo

citado, se vulnera la normativa legal y jurisprudencial que se cita en este motivo. En el *cuarto y último motivo* del recurso se denuncia por igual vía que la sentencia *infringe* las normas del ordenamiento jurídico, vulnerándose por aplicación indebida los artículos 904 y 906 del Código Civil: 1.º porque ambos preceptos se refieren al albaceazgo y no al cargo de contador-partidor, cuya regulación está en el artículo 1.057 del Código Civil; 2.º porque está claro y así consta en la sentencia que la partición está realizada por el contador sucesivo y con la colaboración de los asesores; 3.º porque también resulta aplicable la doctrina jurisprudencial que impone el principio de conservación o *favor partitionis*; por lo que tanto por el desconocimiento de la fecha del comienzo del plazo del contador de don Manuel, como por la incuestionable decisión del mismo sobre la partición que le ha sido encomendada ha de ser rechazada la caducidad o la prescripción apreciada por la Sala de instancia. *Ambos motivos han de rechazarse*, porque habida cuenta que, ante la orfandad de normas reguladoras del cargo de contador partidor —salvo la específica del art. 1.057 del Código Civil— una antigua línea jurisprudencial lo asimila al albaceazgo y a su normativa correspondiente —Sentencias 22-2-1929, 5-7-47, la más reciente 21-7-86 y, en consecuencia, ha de confirmarse la *ratio decidendi* contenida en el segundo FJ de la sentencia recurrida, ya que, en efecto, la disposición testamentaria que acoge el nombramiento de este/estos contadores-partidores (cl. 8.ª del testamento del padre de los causantes de 10-1-49: «Nombra Comisario ... a Vicente y, en defecto de éste, por premoriencia, incapacidad o renuncia, sucesivamente a Manuel, todos con prórroga del cargo por dos años más desde el fallecimiento de su esposa si el sobrevive o del propio en su caso) los configura pues como un nombramiento sucesivo, siempre que el primer nombrado no actuara por razones exclusivas de «premoriencia, incapacidad o renuncia», y cuyo plazo de dos años debía empezar tras el fallecimiento de la esposa de ese causante (en cuyo testamento suscrito en 18-12-1965, también en su cl. 9.ª aparece una disposición semejante) que lo fue en 10 de diciembre de 1975, de lo que se colige en sustancia que para el funcionamiento de ese segundo nombramiento de contador-partidor era preciso que aconteciera alguna de esas tres causas —premoriencia, incapacidad o renuncia— por lo que al no haber acontecido ninguna de ellas (ni siquiera la 3.ª, cabe apreciar al no haberse constatado de forma evidente en los Autos, ni menos aún ejercitarse dentro del plazo marcado) no es posible la entrada en juego del segundo contador-partidor: que por ello, e incluso, como expresa la Sala, comenzado el plazo de dos años tras el acto de conciliación de 25 de enero de 1979, para el primer contador nombrado, en que por la intervención de todos los interesados cabe aplicar la prórroga analógica prevista en el artículo 906 del Código Civil, tampoco se verificó dicha partición en el tiempo previsto; y no se ignora que esa partición se efectuó en 26-1-84, que es sobre la que se pide su nulidad como consta en su protocolización notarial (f. 13 autos) y la cual aparece efectuada actuando los dos partidores conjuntamente y de común acuerdo; sin que por tratarse de un plazo de caducidad quepa la sanción que el motivo tercero aduce del artículo 1.969 del Código Civil, por lo que de todo ello se deriva que la actuación del segundo partidor nombrado carecía de eficacia —aparte de que en modo alguno, como sostiene el recurso, esa partición la ejecutó él, exclusivamente, según lo acreditado del citado instrumento notarial—, porque, se repite, intervino, en el sentido que fuese, sin que previamente concurriera el evento determinante de su designación sucesiva, aparte de que esa su partición fue no ajustada, pues se practicó fuera de plazo, por lo

que, de consiguiente, la nulidad de citada partición deviene inconclusa, como acuerda la Sala de instancia, tanto se atienda a que la actuación del segundo contador-partidor fue improcedente al no acaecer ninguna de las causas previstas por el testador, al amparo de los artículos 1.057.1.º en su reenvío por analogía al 901 del Código Civil (pues, es obvio, que el segundo contador intervino sin que se produjera ni la premonición, ni la incapacidad ni la renuncia expresa y tempestiva del primero, sino, exclusivamente, por la falta de diligencia de éste de no actuar conforme al mandato testamentario recibido), como si se entiende que la partición fue efectuada por el primer contador (o, incluso, por el segundo) o en concurrencia de ambos, según consta en el Acta Notarial referida, pues en todos esos supuestos se ejecutó fuera del plazo —arts. 904, 905 y 906 del Código Civil— y su extinción resultará del juego sancionador del artículo 910 del citado Código, por lo que procede el rehuso de los motivos y la desestimación del recurso con los efectos derivados.

COMENTARIO

Le asiste toda la razón a esta sentencia cuando recuerda la orfandad de normas reguladoras del cargo de contador-partidor, salvo la específica del artículo 1.057 del Código Civil, que la propia jurisprudencia ha llenado, declarando aplicables por analogía las normas relativas al albaceazgo, en especial las relativas al modo de actuación, aceptación y plazo de duración. A esta asimilación pudieran hacerse algunas objeciones, derivadas de los antecedentes históricos de las figuras, además de otras afines, encaminadas a conseguir una mayor flexibilidad en la normativa de los contadores-partidores frente a la de los albaceas; flexibilidad que puede encontrar fundamento en la respectiva propia función que ambas figuras jurídicas están llamadas a desempeñar, consistentes, fundamentalmente, en que el albacea es un ejecutor de las disposiciones personales del testador (entierro, sufragios, mandaspías en efectivo, custodiar los bienes, etc.), mientras que el contador-partidor tiene encomendado la ejecución de las disposiciones de contenido patrimonial: inventario y avalúo de los bienes, efectuar la partición o distribución de los mismos, según el contenido del testamento, que puede ordenarlos con mayor o menor detalle. Este diverso carácter ya se contemplaba en los Derechos canónico y musulmán (precisamente el término albacea procede del árabe *alhaci*) y encuentra su reflejo en el distinto contenido de los artículos 902 y 1.057 del Código Civil. Dentro de este último puede, a su vez, basarse la distinción entre contador-partidor y comisario: el primero, con facultades limitadas a efectuar la partición, mientras que el segundo tiene atribuidos plenos poderes de ejecución testamentaria. Así, el primer párrafo del artículo 1.057 se refiere a «la simple facultad de hacer la partición», mientras que su párrafo tercero parece referirse a otra figura con facultades más amplias («lo dispuesto en este artículo y en el anterior») al ponerlo en relación con el artículo 1.056 parece atribuirle, además de las facultades simplemente particionales, las que el mismo testador corresponden según dicho artículo 1.056. Esto tiene o puede tener una indudable repercusión práctica, por ejemplo, en materia de capacidad. Mientras que para el simple acto particional el testador puede nombrar a cualquier persona que no sea una de los coherederos, y por tanto, podría nombrar a un pariente próximo de uno de éstos o a un legatario, la capacidad para ser nombrado comisario debe estimarse con mayor rigor.

En nuestro Derecho histórico, Francisco Carpio distingue entre el mero ejecutor, al que sólo corresponde el acto ejecutivo y no el dispositivo, y el comisario, al que corresponde poder dispositivo-atributivo. El hecho de que normalmente confluyan todas las atribuciones en una sola figura, no debe llevarnos a desconocer la diferencia conceptual entre cada una de ellas.

En otro orden de cosas, la sentencia estima acertadamente la caducidad del plazo del albaceazgo. Para impedir ésta, parece aconsejable redactar la cláusula testamentaria de este o semejante tenor: «Nombro albacea, comisario y contador partididor a... por el plazo de... años contados desde que sea requerido fehacientemente por cualquiera de mis sucesores y tenga a su disposición los documentos y antecedentes precisos para desempeñar su cometido.» También la manera de actuar los albaceas debe interpretarse estrictamente, sin que los nombrados con carácter sucesivo puedan actuar conjuntamente.

ALBACEAZGO. NATURALEZA JURIDICA, ACEPTACION TACITA. REMOCION. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1993.)

El albaceazgo, más que un propio mandato, se configura como cargo testamentario de gestión y ejecución de últimas voluntades del testador.

El silencio del designado ha de interpretarse como aceptación.

La indemnización de daños y perjuicios en materia de albaceazgo opera, no como una responsabilidad propiamente contractual, sino como consecuencia obligada del deber jurídico que asume por razón de su aceptación del cargo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el albacea demandado y recurrido contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que revocó la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de esa capital, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho.

Fundamentos de Derecho.—Primero. Constituyen hechos firmes y acreditados como probados, al no haber sido objeto de recurso la base fáctica del pleito y sin perjuicio de los que puedan adicionarse, los siguientes: a) Don Vicente Pérez —padre de los recurridos doña Eva y don Juan— otorgó testamento con fecha 18 de noviembre de 1980, designando herederos únicos y universales a los dos demandantes mencionados y albacea-contador-partidor y comisario a su hermano, el recurrente en esta casación, don Joaquín Pérez, y al tiempo lo promovía al cargo de tutor mientras sus citados hijos fueran menores de edad; b) Dicho causante falleció el 25 de septiembre de 1981, y c) A medio de instrumento notarial de fecha 2 de diciembre de 1987 —practicado el día 4 siguiente— don Joaquín Pérez fue requerido para proceder a la formalización de las correspondientes operaciones particionales, fijándosele un plazo máximo de diez días, dada su condición de albacea testamentario, con el apercibimiento de ser responsable de los perjuicios que pudieran imputársele y sin que conste que hubiera llevado a cabo en ningún tiempo el encargo testamentario.

Segundo. El recurso de casación se integra por once motivos, que por razones de adecuada y procedente técnica conviene agrupar en dos apartados, en los que se da coincidencia y finalidad. El primero referente a la remoción impugnatoria postulada del cargo de albacea diferido a favor del recurrente,

don Joaquín Pérez y que integra con los motivos segundo (infracción del artículo procesal 359); tercero (infracción del artículo 24-1 de la Constitución); quinto (vulneración del artículo 359 de la LEC), —todos ellos conforme al número 3.º del precepto 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—; sexto (infracción del artículo 904 del Código Civil); séptimo (vulneración del artículo 910 del Código Civil) y octavo (infracción de la Jurisprudencia que se relaciona), —estos por el cauce del número 5.º del artículo procesal 1.692—.

El segundo tiene por objeto compartir la condena al pago de la indemnización de daños y perjuicios que también se solicitó y lo confirman los motivos primero (aportado conforme al número 3.º del artículo 248-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 120-3 de la Constitución); cuarto (vulneración del artículo 372, por el cauce del número 3.º del 1.692, ambos de la Ley Procesal Civil); noveno (indebida aplicación del artículo 1.902 del Código Civil); décimo (aplicación improcedente del precepto 1.101 del Código Civil), y undécimo (indebida aplicación del 1.031 del Código Civil) —motivos estos con residencia en el número 5.º del precepto 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—.

Tercero. El albaceazgo, más que un propio mandato, por la dificultad de ejercicio, dado que el mandante ha fallecido (art. 1.732-3.º del Código Civil), se configura como cargo testamentario de gestión y ejecución de las últimas voluntades del testador, ya que designa a persona de su confianza para llevar a cabo el cometido de liquidación, partición y adjudicación de sus bienes y demás que prevé el artículo 902. Las funciones tuitivas que lo integran abarcan asimismo las acumuladas correspondientes a los contadores-partidores (art. 1.057 del Código Civil).

Cuando sucede, como en el caso de autos, que el testador no ha fijado plazo al executor designado para realizar sus principales actividades de división de los bienes, ha de tenerse en cuenta y partirse al momento de la aceptación del cargo. No habiéndose acreditado concurra aceptación expresa ni tácita, y así lo determinó la sentencia recurrida, entra en juego la aceptación por ministerio de la Ley, que opera cuando no se efectúa excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que se tenga noticia del nombramiento (art. 898 del Código Civil). El silencio del designado ha de interpretarse, consecuentemente, como aceptación.

La sentencia de apelación determina a estos efectos y como fecha fija, la correspondiente al requerimiento judicial que se practicó personalmente el 4 de diciembre de 1987 y, a partir del mismo, ha de computarse que el recurrente contaba con seis días para excusarse, lo que no realizó y transcurrido dicho plazo, comenzó el término legal que establece el precepto 904 del Código Civil de un año para el desempeño de sus funciones, término que si bien no había transcurrido al tiempo de interposición de la demanda, sí se cumplió durante la tramitación del proceso, que no opera como interruptor de la obligación asumida de realizar el cometido testamentario que le incumbía, ya que las causas interruptivas son las que contempla dicho precepto 904, toda vez que, al tratarse de una función transitoria, la inherente temporalidad de la misma que la Jurisprudencia ha declarado insistentemente, no hace posible que se convierta en indefinida, con las consecuentes incertidumbres para los herederos interesados.

El recurrente pudo acreditar en todo momento haber llevado a cabo el encargo testamentario que presuntamente aceptó (arts. 506 para la primera instancia, 707 y 862 respecto al recurso de apelación y 1.724 para el recurso de casación), lo que no efectuó y su nula actividad, negligencia y omisión

resultan bien patentizadas y así las refiere y denuncia expresamente la sentencia recurrida, por lo que la remoción postulada es totalmente procedente.

El precepto 910 menciona la remoción como terminación del albaceazgo, sin embargo, no hace referencia alguna a las causas motivadoras de la misma, vacío que ha ido contemplando la Jurisprudencia de esta Sala, aunque no se la logrado una definitiva determinación de los supuestos integrantes de tal caso, por tratarse de una construcción doctrinal abierta a las diferentes cuestiones litigiosas.

La aplicación a la contienda y que la sentencia de apelación cumple, es haberse dado la extinción del albaceazgo, que también contempla el referido artículo 910 y que ha sido producida por haber transcurrido cumplidamente el plazo legal del año de que se disponía para llevar a cabo en encargo testamentario confiado al recurrente que, en forma alguna, realizó, apartándose así de la confianza que le otorgó el testador. Extinción que opera en forma automática, aunque la norma no lo especifique, pero que reiteradamente ha mantenido la Jurisprudencia de esta Sala, ya que las funciones delegadas a dichos ejecutores testamentarios no les son concedidas para que meramente las ostente, sino y primordialmente para que las utilice y cumpla con su correspondiente, adecuado y diligente ejercicio.

Consecuentemente a lo expuesto, los motivos analizados —segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo y octavo—, resultan improcedentes y han de ser rechazados.

La sentencia que se revisa no resulta incongruente en su parte decisoria, al acomodarse esencialmente a lo suplicado en la demanda creadora del pleito y fundamentación jurídica que la integra, pues declaró la extinción del albaceazgo por el transcurso del tiempo legal para su ejecución, al devenir totalmente negativo el resultado de la gestión y estar vacío de toda actuación.

No se da supuesto de indefensión. La extinción se alegó en la demanda y el recurrente contó con todas las oportunidades probatorias legales, tanto para advenir que el término del albaceazgo no se había extinguido, como si se daba incidencia de prórroga o concurría otro plazo más amplio. En todo caso, su actividad de prueba fue totalmente nula para intentar acreditar la realización o, al menos, el inicio del cometido que se había encargado y del que no estaba exento, al no haber alegado causa justa o renuncia justificada (art. 900 del Código Civil); lo que presupone, en todo caso, y por la más simple lógica, una anterior y necesaria aceptación que nunca admitió, incurriendo en abierta contradicción. Tampoco se da concurrencia de renuncia tácita por su inhibición, pues la renuncia ha de ser alegada y apoyarse en justa causa, utilizando el procedimiento de la jurisdicción voluntaria, quedando su apreciación al prudente arbitrio del Juez. Por lo tanto, la renuncia no opera por sí misma, es decir, por la simple declaración unilateral del albacea interesado.

Cuarto. El otro bloque que integra el recurso lo viene confirmado por la impugnación que en los motivos que ya se dejan señalados, se hace a la indemnización de daños y perjuicios. La sentencia combatida condenó al recurrente a pagar a los actores el precio de la venta del chalé en Benidorm, tras deducir de ello el importe de los pagos efectuados para satisfacer deudas dejadas por el padre de aquellos a su fallecimiento, acreditado todo ello en ejecución de sentencia.

La indemnización de daños y perjuicios en materia de albaceazgos, opera no como una responsabilidad propiamente contractual, sino como consecuencia obligada del deber jurídico que asume por razón de su aceptación del

cargo. De esta manera está obligado a la indemnización de daños y perjuicios, si constan acreditados, cuando actúa con negligencia o morosidad, con culpa o dolo, según los artículos 1.101, 1.102, 1.103 y 1.104 y de aplicada concordancia del Código Civil, pero no conforme al precepto 1.902.

Incluso cabe también atribuir responsabilidad indemnizatoria, no sólo cuando se da ejercicio incorrecto y anómalo del cargo, sino por su no ejercicio, en base a una conducta relacionada y constatada con resultados dañosos debidamente averados. Pero este no es el caso de autos y el recurso en los motivos que se estudian resulta mal y equivocadamente planteado. Efectivamente, en la demanda, que no se distingue por su claridad y acierto en las razones que aporta, se suplicó, aparte de la remoción del cargo y que como se deja dicho el Tribunal de Apelación entendió que era procedente, la condena a la indemnización de daños y perjuicios que resultan acreditados y a fijar en trámite de ejecución de sentencia.

La sentencia recurrida no refiere expresamente la procedencia de tal petición, pues resulta un tanto confusa en su exposición jurídica. Lo que viene a quedar aclarado es que en su fallo no acogió la demanda en su totalidad, sino en parte y sin referencia decidida a la indemnización de daños y perjuicios postulada, se hace condena complementaria de la extinción del albaceazgo que decide, respecto al deber que se le impone a don Joaquín Pérez de pagar el precio de la venta de la finca que enajenó y era de la propiedad del testador.

En este sentido ha quedado probado y es hecho firme que el recurrente vendió dicho inmueble, sito en la calle Estocolmo, 7, urbanización «El Rincón», de Benidorm, el día 25 de septiembre de 1981, que coincide con la del fallecimiento del causante. No se discute la validez o no de dicha enajenación y por tanto si estaba amparada en el poder que su hermano le confirió el 13 de abril de 1981 o fue un acto posterior al fallecimiento de dicho poderdante, con contravención del artículo 903 del Código Civil.

En consecuencia prescindiéndose del tema de la cobertura legal de dicha enajenación, lo que sí resulta evidente es que siendo el bien del caudal hereditario, la contrapartida correspondiente al precio percibido, también ha de integrarse en aquél y en forma alguna puede pasar a ser de la libre disponibilidad del recurrente, con notorio perjuicio de los herederos que son los únicos titulares del mismo.

Por ello, extinguido el albaceazgo, consecuencia obligada e inherente a tal situación es el reintegro de la masa hereditaria de lo que le corresponde y que el albacea retiene, máxime al no estar facultado expresamente en la disposición testamentaria para poder proceder a la cesión onerosa del chalé de referencia (Sentencias de 27 de mayo de 1915 y 5 de julio de 1947). Tal restitución constituye una efectiva y necesaria obligación por ser de aplicación analógica el artículo 1.720 del Código Civil, en relación al 902-4.º

Lo expuesto conlleva la conclusión de que tampoco resulta incongruente la sentencia objeto del recurso en relación a la cuestión analizada, sin que se dé concurrencia de estado de indefensión; y respecto a lo cual esta Sala ha declarado que no genera defecto de incongruencia el hecho de que en aplicación del principio *iura novit curia* el fallo se extiende aún a aquellos extremos que, en el supuesto de no haberse solicitado, sean consecuencia lógica de lo pedido y más cuando es obligado y actúa como complementario, habiendo sido objeto del debate, con las posibilidades impugnatorias y de práctica de prueba por la contraparte (Sentencias de 16-6-1987, 21-1-1991, 20-6-91, 3-1-1992 y 3-3-1992).

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que sostiene que la alegación o silencio de los litigantes de determinados preceptos procesales no obliga ni sujeta a los Tribunales, pues la función de juzgar no puede así limitarse, ya que están facultados para aplicar las normas que sobre la base de los supuestos fácticos y pruebas practicadas sean las procedentes. Los motivos tenidos en cuenta no proceden y acarrear la sanción de su rechazo.

COMENTARIO

Aborda esta sentencia cuestiones interesantes relativas al albaceazgo, en alguna de las cuales, quizá la de mayor interés por la escasa doctrina legal y jurisprudencial, como es la de la responsabilidad del albacea, no entra tan a fondo como fuera deseable, quizá por el presupuesto del caso contemplado. El fundamento legal de esta responsabilidad se encuentra en los artículos 1.101 a 1.104 del Código Civil. También podría invocarse el artículo 1.718 e incluso el 1.889 por analogía, ya que si incurre en responsabilidad el gestor oficioso, con mayor razón lo hará quien acepta un previo llamamiento para efectuar tales gestiones. Esta responsabilidad comprende tanto el supuesto de ejercicio defectuoso como la falta de ejercicio del cargo, supuesto que no se haya excusado legalmente. El fundamento doctrinal de la responsabilidad creo que debe moverse dentro del campo contractual, ya que aunque no exista un propio y verdadero contrato, sí hay una voluntad inicial —la del testador—, que amparada por la ley, surte efectos después de su muerte, de modo análogo a como se producen las demás disposiciones testamentarias. (Vid.: ALBALADEJO: *El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1969, págs. 413-425; GITRAMA: *La administración de la herencia en el Derecho español*, Edit. Revista Derecho Privado, Madrid, 1950, págs. 301-312; GÓMEZ YSABEL: *Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo*, Edit. Reus, Madrid, 1963, págs. 45-50 y 249-251).

PARTICION. INSTITUCION EN COSA CIERTA. ARTICULO 768 CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1993.)

El artículo 768 del Código Civil no tiene carácter imperativo, sino interpretativo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid que había estimado parcialmente la demanda, rectificando en un extremo la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Salamanca, conforme a los siguientes fundamentos de derecho:

Fundamentos de Derecho.—Primero. Promovida por los hoy recurrentes demanda en la que solicitan se declarase la nulidad o, en otro caso, la rescisión parcial de las operaciones particionales de la herencia de don Domingo V. M., practicadas por los albaceas contadores-partidores por él designados, protocolizadas en 24 de marzo de 1987, solicitud fundada en que la finca denominada «Cortina de los Caños o Peña Gorda», sita en término municipal de Lumbrerales, había sido incluida por los contadores-partidores en hecho a las demandadas por el testador en la cláusula 3.^a del testamento ológrafo por él otorgado, según la cual legaba «a mis sobrinas (sic) María Teresa, María Isabel, Gil y

María de los Angeles Vicente Barahona, el resto de todas las fincas rústicas que poseo en los términos municipales de Lumbrerales y de Hinojosa de Duero, a todos ellos por partes iguales...», siendo así que aquella finca tenía carácter de urbana y debió de ser atribuida a los actores en virtud de la cláusula testamentaria sexta del siguiente tenor literal: «Del remanente de mis bienes y derechos instituyo únicos y universales herederos a los sobrinos Luis y Angel Pierna Miguel del Corral, cuyos bienes son el Cuarto del Majadad con Chalet, enseres y demás dependencias, y la planta baja de la casa Vieja, con corral y demás dependencias, al Toral de San Cristóbal de los Mochuelos», desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia Provincial de Valladolid dictó la sentencia en grado de apelación por la que se estimó parcialmente la demanda «declarando la nulidad parcial de las operaciones particionales realizadas por los albaceas contadores-partidores en lo referente a la adjudicación de la finca número 28 del inventario a los demandados, desestimando la demanda en el resto de sus peticiones y sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias»; estima la sentencia ahora recurrida que, si bien la finca cuestionada es urbana, la misma no puede ser atribuida a los demandantes, ya que la institución hecha a su favor lo fue en cosa cierta y determinada, a la que es aplicable el artículo 768 del Código Civil.

Segundo. La cuestión suscitada en el recurso, articulado en un solo motivo en el que, por el cauce procesal correcto, se denuncia infracción del artículo 675 del Código Civil, gira en torno a la interpretación de la transcrita cláusula sexta del testamento ológrafo otorgado por don Domingo Vim. Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la intervención de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo que las mismas puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley y si bien, de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando ésta se expresa de modo oscuro. En el presente caso, la literalidad de la cláusula sexta del testamento no permite alcanzar cuál fue la voluntad del testador, pues si bien instituye a los recurrentes como únicos y universales herederos del remanente de todos sus bienes y derechos, seguidamente concreta esos bienes a los que se relacionan en la misma cláusula, lo que hace necesario acudir a la norma contenida en el artículo 768 del Código Civil, según el cual «el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario»; en la actualidad, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, no puede atribuirse al artículo 768 citado un carácter imperativo sino interpretativo, ofreciéndose en él criterios hermenéuticos que ha de utilizar el Juzgador en su tarea de búsqueda de la verdadera voluntad del testador cuando para ello no sea bastante el sentido literal de la disposición testamentaria; dicho precepto tiene, por otra parte, carácter presuntivo en cuanto en él se contiene una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual si a una persona se le deja una cosa determinada se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero. De acuerdo con ello y aunque la sentencia recurrida parece inclinarse, aunque no de modo claro, por el sentido imperativo del artículo 768, su interpretación de la disposición testamentaria contenida en la citada cláusula sexta no puede calificarse como de ilógica o contraria a la voluntad del testador o a la ley, ya

que los medios probatorios obrantes en autos no acreditan que la voluntad del testador, al designar cuáles eran los bienes que constituían el remanente de su herencia después de ordenar los legales que establecía, fuese otra que la de concretar la herencia de los hoy recurrentes a los bienes que en la citada cláusula se establecen por lo que las personas instituidas en dicha disposición testamentaria han de ser consideradas como legatarias de tales bienes, no obstante, su designación como herederos, lo que hace decaer el motivo; no obstante y a mayor abundamiento, aunque se acepte que los recurrentes fueron designados como herederos a título universal del causante, la designación en la institución de bienes concretos y determinados, ha de interpretarse en el sentido de que el testador, haciendo uso de la facultad que le reconoce el artículo 1.056 del Código Civil de realizar él mismo, por actos *inter vivos* o en última voluntad, la partición de sus bienes por la que han de estar y pasar los herederos, ha fijado el activo hereditario correspondiente a tales herederos en los bienes concretamente especificados. Sin que a ello se oponga el que el testador no haya dispuesto por el testamento de todos sus bienes, dada la compatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada que permite el artículo 658, párrafo tercero, de Código Civil, lo que conduce a la misma solución a que llega la sentencia de instancia.

COMENTARIO

Precisamente en relación con el artículo 768, se plantea la cuestión del sistema seguido por nuestro Código. Según el sistema romano es heredero el designado como tal, prevaleciendo el *nomen heredis* sobre la *assignatio*, al contrario de lo que ocurre en el sistema germano, conforme al cual sólo es heredero —propriadamente legatario universal—, el llamado al todo o a una parte alícuota de la herencia, haya sido o no designado como heredero. En suma, existen tres posibles criterios, objetivo, subjetivo y mixto. Según el criterio objetivo, es heredero el llamado a toda la herencia o a una cuota parte de la misma por el testador. La distinción entre heredero —sucesor a título universal— y legatario —sucesor a título particular— no puede ser desvirtuada ni ignorada por la voluntad del testador, que sólo es soberana dentro de los límites marcados por el Código, que el testador no puede alterar (FERRARA, OSSORIO MORALES). Según el criterio subjetivo, es heredero el llamado por el testador como tal, incluso aunque no haya usado materialmente esta palabra, si su voluntad está clara, con independencia de que sea llamado a toda la herencia, a una cuota de la misma o a una cosa determinada. El artículo 768 no es un obstáculo insalvable, pues sólo expresa que «será considerado como legatario», no que efectivamente sea legatario. Y la consideración como tal legatario (v. gr.: a efectos de la limitación de responsabilidad por las deudas hereditarias) es perfectamente compatible con su cualidad de heredero. El Código se limita a establecer una presunción *iuris tantum* que no excluye, además, otra formas de llamar al heredero (LACRUZ BERDEJO). Y conforme a un criterio mixto o acumulativo, para que el sucesor sea heredero es preciso que sea instituido a título universal y querido efectivamente como heredero. Y cuando el sucesor es instituido a título universal, pero no es querido como heredero, estamos ante el legatario de parte alícuota (cfr. Sentencia 22-1-1963).

En el presente caso, el Tribunal Supremo toma como elemento decisivo para decidir el supuesto debatido, precisamente la voluntad del testador, que

interpreta en el sentido de que la especificación hecha por el testador de determinados bienes en la institución de heredero, no implica que su voluntad fuese considerar a los instituidos como legatarios de tales bienes, sino que dentro de dicha institución —«el remanente», frase que no goza de mis simpatías— se comprenden todos los demás bienes de los que particularmente no haya dispuesto el testador.

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS. LEGISLACION APLICABLE. LEY 2.^a, TITULO 14, PARTIDA 2.^a LEY 40 DE TORO. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1993.)

En la sucesión de títulos nobiliarios se admite la representación sin límites en las líneas descendente y colateral, siempre que estén dentro de la descendencia del fundador.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora, apelante y recurrente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había desestimado el recurso interpuesto contra la del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Madrid, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de Derecho.—Primero. Son hechos en los que las partes están de acuerdo: que el 5 de septiembre de 1689 se creó la merced nobiliaria de Marqués de Villar de Tajo a favor de don Antonio Zamudio de los Infantes, para sí y sus sucesores, sin que conste que tuviera otros poseedores, y fue suprimido el 18 de noviembre de 1855; el 7 de marzo de 1921 fue rehabilitado en favor de don Jerónimo Villalón-Daoiz y Halcón, pariente colateral, como descendiente de los octavos abuelos de don Antonio Zamudio, primer favorecido con la merced. Vínculo de pariente colateral del primer Marqués de Villar de Tajo tiene también el demandante y hoy recurrente por descender del matrimonio formado por don Fernando Halcón Mendoza y doña María Carmen Sáinz de Tejada con grado de biznieto (nieto de don Fernando Halcón y Sáinz de Tejada e hijo de don Fernando Halcón-Villalón). El demandado, don Manuel Halcón Villalón-Daoiz es nieto de don Fernando Halcón Mendoza y hermano del padre del actor. El rehabilitante, don Jerónimo Villalón-Daoiz y Halcón, era igualmente nieto de don Fernando Halcón Mendoza a través de su madre, doña Ana María Halcón Sáinz de Tejada, hermana del padre del demandado don Manuel.

A la muerte de don Jerónimo litigaron por el mejor derecho al título el hoy actor, su tío, hoy demandado don Manuel, y un hijo adoptivo de don Jerónimo. El pleito terminó sin dar lugar ni a la demanda ni a la reconvención, en las que respectivamente pedían la declaración de su mejor derecho por no haber probado ninguno su enlace genealógico con el primer Marqués de Villar de Tajo a través de los veinticinco enlaces que existen en el árbol genealógico presentado.

Expedida por el Ministerio de Justicia Carta de Sucesión de 1983, a favor de don Manuel Halcón, el actor plantea nuevo litigio alegando su mejor derecho con relación al concesionario y también frente al rehabilitante del título, don Jerónimo. Desestimada en ambas instancias la existencia de cosa juzgada, se desestimó también el fondo de la demanda por entender que don Manuel es pariente más propincuo, tanto del rehabilitante don Jerónimo como del

primer Marqués de Villar de Tajo y que, según el Código Civil, la sucesión de colaterales se da a favor del pariente más próximo, y que el actor tenía reconocido en el pleito anterior a don Jerónimo como poseedor legítimo y no puede desconocer sus actos propios.

Segundo. Contra dicha sentencia se plantea este recurso de casación por el actor, compuesto de tres motivos, todos por infracción de ley o doctrina legal al amparo del número 5.º del artículo 1.692, tendentes a demostrar que yerra la Audiencia al aplicar la doctrina de los actos propios por contrariar la jurisprudencia sobre dicha materia; que el Código Civil no es aplicable a las sucesiones de títulos nobiliarios y que en esta sucesión la Ley XL de Toro admite la representación de los transversales y, en consecuencia, que el actor por derecho de representación de su padre, nacido en 1894, y de su abuelo, tenía mejor derecho que el rehabilitante don Jerónimo, nieto por línea de la segunda hija de don Fernando Halcón Mendoza.

Los términos del recurso aconsejan analizar la naturaleza de los títulos nobiliarios, la legislación aplicable a la sucesión y, determinada ésta, decidir si se da o no el derecho de representación en línea colateral.

Aconseja también recordar que el engarce de todos los litigantes se produce porque del matrimonio de don Fernando Halcón Mendoza y doña María Sáenz de Tejada nacieron un hijo, Fernando, y una hija, Ana María. El varón se casó con doña Aurora Villalón y tuvieron dos hijos, don Fernando, nacido en 1894, y don Manuel, nacido en 1900. La hembra se casó con don Andrés Villalón-Daoiz y de su matrimonio nació don Jerónimo.

El litigio se plantea por sobrino frente a tío carnal, don Manuel Halcón Villalón-Daoiz, poseedor de título, y frente a los descendientes de don Jerónimo, rehabilitante del título, de quien era pariente de quinto grado el actor. Ambos, don Manuel y don Jerónimo, son descendientes de segundo grado de don Fernando Halcón Mendoza, mientras el actor lo es de tercero grado.

Tercero. Los títulos nobiliarios participan de la naturaleza de los mayorazgos, que surgieron con el debilitamiento del feudalismo y constituyen una especie de vinculación como reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de diciembre de 1914, 4 de junio de 1955, 19 de noviembre de 1955, 17 de junio de 1930, 10 de abril de 1961 y 21 de abril de 1961).

De ellos surge un nexo entre unos bienes y una persona, unos honores y una persona, atribuidos por quien tiene poder para ello y que sujeta los mismos a un orden de llamamientos contenido en el acta de constitución. Son caracteres genuinos que el título fija en la ley sucesoria y que los tenedores no suceden al inmediato anterior sino al primer instituido y por derecho de sangre, no por aplicación de las normas de la sucesión, de modo que cuando fallece el primer beneficiario se abre la sucesión regida por la sola voluntad y múltiples llamamientos sucesivos que la han de respetar. La muerte es la causa del llamamiento y lo dejado tiene carácter rigurosamente indivisible.

Cuarto. La sucesión se produce también por la muerte, desde cuyo momento se traspasa la posesión civil y la natural (SSTS 4 de julio de 1955, 19 de noviembre de 1955), sin que la Real Carta de Sucesión tenga otro carácter que el de cédula posesoria (STS 25 de junio de 1952).

El orden de suceder viene marcado por la Ley de 1948 que al restaurar las mercedes respetó la naturaleza de éstas, así como el rango de primera norma a lo establecido por la voluntad del instituyente, que puede fijar el orden de la sucesión incluso con irregularidades tales como los saltuarios, llamamientos de segundo-genitura, de femineidad, etc., y sólo en su defecto debe acudir

para regular la sucesión al orden tradicional seguido en la materia. Aquí radica la cuestión medular del pleito: determinar cuál sea el orden tradicional en la materia, si el de la Corona, recogido en las Partidas o en el de los Mayorazgos, establecido en las Leyes de Toro.

La Ley 2.^a del Título XV de la Partida II establece para el caso de muerte de todos los descendientes que debe heredar «el Reyno el mas propincuo pariente que oviesse, seyendo orne para ello, non aviendo fecho cosa, porque lo deviesse perder». Y este régimen sucesorio de la Corona se suele entender aplicable a «los grandes señores de la tierra que la han de mantener en justicia y libertad», pues a ellos se refiere toda la Partida II y la Ley XII, que habla del poder que «han los señores sobredichos que han señorío de las tierras por heredamiento» junto a otros pasajes de las Partidas.

La diferencia entre la sucesión a la Corona y a los mayorazgos pretende derivarse de la Ley XL de Toro, según la cual nacidos éstos de la autonomía de la voluntad como acto de ejercicio de una prerrogativa real, puede quien lo instituye establecer el régimen sucesorio y sólo cuando no se establezcan reglas se aplicarán las disposiciones contenidas en dicho precepto, cuyo tenor permite afirmar que la representación se aplica incluso «en la sucesión de los transversales».

Estos diversos preceptos han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de cuyas sentencias cabe destacar la de 8 de marzo de 1919, que reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral, siempre que estén dentro de la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes. Igual criterio sustenta la de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales «sucederá el más propincuo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia» (Ley 2.^a del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra» (Ley 5.^a, Título I, Libro III). Ratifican este criterio las Sentencias de 16 de noviembre de 1961 y 28 de octubre de 1971, debiendo añadirse que la propincuidad se mide con referencia al último poseedor y no con el fundador (SSTS 5 de julio de 1960 y 4 de junio de 1963), si bien en el caso de autos, la propincuidad del demandado es mayor, tanto respecto del rehabilitante como del primer Marqués de Villar de Tajo.

La Sentencia de 17 de octubre de 1984, además de reiterar el criterio, disipa todas las dudas al prescindir de aplicar la Ley XL de Toro y la Pragmática de 5 de abril de 1615 de Felipe III, que entró en la Ley IX del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación, pero que fue derogada por Felipe V en 1713.

Como última razón puede añadirse que si la representación se diera en la línea colateral, carecería de sentido por innecesaria la misma norma que establece la propincuidad en defecto de descendientes, puesto que en nada variaría el régimen de llamamientos que se resolvería por la preferencia de líneas.

Por todo lo anterior debe mantenerse el criterio jurisprudencial antes expuesto, que no ha sido alterado por la Sentencia de 20 de junio de 1987, única que se aparta frontalmente de éste y aplica la representación en la línea colateral como *ratio decidendi* de la cuestión allí planteada.

Quinto. Aplicando esta doctrina al caso de autos decaen los tres motivos

planteados. La solución dada al litigio coincide con la de la sentencia recurrida, bien que por otros fundamentos, puesto que para declarar la preferencia de los demandados al goce de la merced no hay que acudir a la doctrina de los actos propios, pues reconocido o no el mejor derecho del rehabilitante del título en 1921 en el pleito anterior, es evidente que don Jerónimo era pariente más próximo del último tenedor y primer beneficiario del título, y es evidente también que don Manuel, a cuyo favor expidió Carta de Sucesión el Ministerio de Justicia, era más propincuo tanto respecto al rehabilitante como al primer instituido, lo que no significa que fuera necesariamente el pariente de mejor derecho, pues ni las cartas de sucesión ni los litigios deciden la cuestión en favor del óptimo sucesor como en una ocasión dijo esa Sala (vid. Sentencia 9 de junio de 1964).

La fundamentación de la sentencia tampoco puede estar en la aplicación del Código Civil que establece que la representación en línea colateral se da sólo en favor de los hijos de hermanos y que no hay sucesión legítima más allá del cuarto grado colateral, pues a los títulos nobiliarios no pueden aplicarse normas sucesorias del Código Civil.

TESTAMENTO. NULIDAD. INCAPACIDAD DE TESTIGO. EMPLEADO DEL NOTARIO. (SENTENCIAS DE 10 DE MARZO DE 1993.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora y apelante, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado íntegramente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de Derecho.—Primero. El primer motivo del recurso se ampara en el artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la Reforma de 30 de abril de 1992, y, como documentos en que se basa el error en la apreciación de la prueba atribuido a la Sala de instancia, se señalan el acta notarial de requerimiento, de fecha 6 de julio de 1982, en que consta la manifestación de don Juan Pérez Castillo de «que trabajó de una manera esporádica, por tanto, fuera de Censo y Seguridad Social», ello con referencia a la Notaría de don Juan José Gerona Almech, en que fue testigo del testamento otorgado por don Marino Jiménez García el día 21 de mayo de 1966, y la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción número 6 de Madrid, de fecha 1 de marzo de 1987, en cuyos «hechos probados» consta que dicho señor Pérez «de manera esporádica y dada la relación parental con su primo, había prestado sus servicios en dicha Notaría, realizando protestos, por cuya actividad percibía gratificaciones», sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial.

El motivo no debe prosperar porque: a) Según reiterada doctrina jurisprudencial —así, Sentencia de 20 de marzo de 1991— las actas notariales no tienen el carácter de documento a efectos casacionales y, en cualquier caso, su alcance probatorio no sería otro, en el caso presente, que acreditar que el señor Pérez Castillo hizo las manifestaciones que constan en el acta, pero no pueden ser valoradas como prueba testifical, y b) Tampoco las sentencias judiciales son documento idóneo para basar en las mismas un motivo amparado en el antiguo artículo 1.692-4.º (Sentencias de 3 y 16 de febrero y 2 de

abril de 1990), cuanto menos si, como aquí sucede, se trata de una sentencia revocada por la Audiencia Provincial.

Segundo. En el segundo motivo y por la vía procesal del antiguo número 5.º del artículo 1.692, se acusa «infracción de las reglas valorativas de prueba del artículo 1.218 del Código Civil», y ello con referencia a los mismos documentos examinados en el anterior. Es claro que ya de lo dicho se sigue la desestimación del ahora estudiado, pues la sentencia penal revocada carece de virtualidad alguna y, en cuanto al acta notarial de requerimiento, la Sala de instancia no niega que se formularan las manifestaciones que en ella constan, y, en definitiva, como ya se ha dicho, la eficacia probatoria del acta se contrae al hecho que fueron hechas por el señor Pérez en los términos como aparecen reflejadas en el acta, mas no a su exactitud y veracidad intrínseca (Sentencia de 7 de julio de 1989), debiendo advertirse nuevamente que carecen de valor como prueba testifical, cuya apreciación, además, sería facultad privativa de la Sala de instancia, no sujeta al control casacional.

Tercero. El tercer motivo del recurso, residenciado en el antiguo número 4.º del artículo 1.692, se plantea «por infracción del artículo 1.249 del Código Civil relativo a las presunciones». Hace referencia este motivo a que el Tribunal *a quo* estimó que «parece razonable entender que se ha acreditado» que el señor Pérez Castillo era «administrador de fincas, al menos administrador sindical, en el tiempo de otorgamientos del testamento», de donde deduce que «su manifestación de que no trabajaba esporádicamente "en la Notaría" sino "con la Notaría" adquiere indudable verosimilitud». Para demostrar el error en la apreciación de la prueba en cuando al hecho básico de la presunción invocan los recurrentes lo que consta en el acta notarial de requerimiento y en la sentencia del Juzgado de Instrucción, que ya se ha razonado carecen de virtualidad al fin propuesto, así como las declaraciones testificales del propio señor Pérez, quien dijo ser administrador de fincas colegiado en 1965, no obstante, haberse aportado a los autos un oficio del Colegio de Administradores de Fincas de Madrid expresivo de que se creó en 1968 y de que el señor Pérez Castillo no figura afiliado, pero sucede que este documento fue tenido en cuenta por la Sala de instancia (Fundamento de Derecho cuarto) y relacionado con otras pruebas (informe de detectives, manifestaciones del Ministerio Fiscal en el proceso penal) llegó a la conclusión de que más bien parece que era administrador sindical, por todo lo cual ha de perecer también este motivo.

Cuarto. Al amparo, como los que le siguen, del artículo 1.692-5.º, se formula el motivo cuarto por infracción del artículo 1.253 del Código Civil y se alega, en esencia, que la Sala de instancia niega que el señor Pérez fuera auxiliar de Notario porque era a la sazón administrador de fincas y falta en esta declaración el «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», que, según el artículo 1.253, es indispensable para apreciar la presunción. En realidad, lo sostenido en la sentencia es que «no se ha realizado por la parte apelante una completa justificación del extremo esencial para su pretensión de nulidad testamentaria, no cabiendo elevar a la categoría de prueba suficiente de tal extremo (la relación de dependencia) la existencia de menos indicios o sospechas al respecto», por lo que el hecho de que fuera o no administrador de fincas el señor Pérez no resulta decisivo, sino que lo esencial es la falta de prueba del determinante de la causa de nulidad testamentaria, como es la relación de dependencia del testigo respecto al Notario, y lo cierto es que esta apreciación de la Sala es correcta; por otra parte, no resulta ilógico

afirmar, como se hace en la sentencia recurrida, que si el señor Pérez se dedicaba a la administración de fincas, ello le llevara a trabajar «con la Notaría», aunque, ha de insistirse, lo fundamental no es esta circunstancia, sino que no se haya demostrado convincentemente su relación con el Notario en cualquiera de los supuestos especificados en el artículo 681-7.º del Código Civil en la redacción vigente al otorgarse el testamento de que se trata; procede, por tanto, el rechazo de este motivo.

Quinto. Se acusa en el motivo quinto la infracción del artículo 681-7.º en relación con el artículo 687, ambos del Código Civil. Parte este motivo de que se ha probado la relación de «dependencia» del señor Pérez respecto al Notario autorizante del testamento, lo cual ya se ha dicho que no es así, por lo que obviamente ha de decaer, si bien cabe añadir que: *a)* El hecho reconocido en la sentencia de que el señor Pérez «intervino como testigo en diversos instrumentos notariales» nada significa para inferir su cualidad de oficial, auxiliar, copista, subalterno o criado del Notario; *b)* Se ha declarado por esta Sala (Sentencia de 4 de abril de 1967) que goza de idoneidad para ser testigo testamentario la persona que presta servicios esporádicos y desinteresados al Notario, y no hay, en este caso, prueba alguna mínimamente convincente de que las actuaciones del señor Pérez excedieran aquel carácter discontinuo y no asalariado sin dar lugar a una dependencia significativa, y *c)* No obstante, el carácter rigurosamente formal del testamento, el principio de seguridad jurídica lleva a exigir a quien pretende su nulidad una cumplida demostración del defecto de forma que se alegue (Sentencia de 7 de enero de 1975), demostración que no se ha producido.

Sexto. Por último, tampoco puede prosperar el motivo sexto en que, con citas jurisprudenciales, vienen a sostener los recurrentes que la inidoneidad para ser testigo testamentario alcanza «a los que sin cumplir las condiciones de afiliación laboral reglamentarias, de hecho, mantienen con el Notario tal relación» y que es igualmente aplicable «aún cuando no pudiera dudarse racionalmente de que el testamento reflejaba, con fidelidad, la voluntad del testador». Pues bien, a este respecto sólo es preciso decir que: *a)* No se trata en este caso de que existiera una relación de «hecho» similar a la laboral formalizada, sino de que no se ha probado relación alguna generadora de dependencia que pudiera ser contraria a la dignidad de la función notarial si se admitía la actuación como testigo testamentario de quien, aún «de facto», se encontrara en alguna de las situaciones previstas en el artículo 681-7.º, y *b)* La sentencia impugnada no se ha basado en absoluto en que debiera obviarse el defecto formal alegado por no ofrecer duda que se reflejó fielmente la voluntad del testador, sino que se ha negado la existencia del defecto y admitido la idoneidad del testigo, señor Pérez Castillo, por no haberse probado que se hallara incurso en el citado artículo 681-7.º del Código Civil.

F. C. L.