

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

LA PRESCRIPCION REQUIERE EL «ANIMUS» DE LOS INTERESADOS DE ABANDONAR SUS DERECHOS (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—La acogida del instituto de la prescripción requiere, no sólo el mero acontecer del paso del tiempo, sino también el «animus» de los interesados a hacer abandono de sus derechos, lo que no sucede en la presente controversia.

Lo analizado no cabe se entienda como derogación de la institución prescriptiva, lo que sería contrario al ordenamiento jurídico (Sentencia de 22 de febrero de 1991), pues jurisprudencia de esta Sala, en nueva orientación acorde al mejor acomodo de las normas a la realidad jurídico-histórica presente, ha venido atenuando el excesivo rigor de dicho instituto jurídico, para evitar caer en el mecanismo poco judicial de su automatización. En este sentido se ha tenido en cuenta su carencia de fundamentación en justicia intrínseca, al operar fundamentalmente como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, y con incidencias que pueden ser irreparables, tratándose de prescripciones de plazos cortos.

Comentario.—En esta época de dominio creciente de la cibernética, auge de la informatización y avance desbocado del computador, bien está que se procure evitar caer en la automatización —también— del proceso judicial. Pero hay una cierta distancia entre esto y el «invento» de nuevos requisitos para dar acogida a la prescripción extintiva, que parece que ahora no tiene muy buena «prensa». El exigir el «animus» de los interesados de abandonar sus derechos, aparte de ser de difícilísima prueba, va en contra de lo claramente establecido en el artículo 1.961 del Código Civil, que dice: «Las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la Ley».

Ciertamente hay una inclinación jurisprudencial en ese sentido, que se refleja, por ejemplo, en las Sentencias de 20-10-1988 y 14-3-1989, pero el seguir rígidamente este criterio nos llevaría a la práctica derogación del instituto jurídico de la prescripción de acciones.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: NO EXISTE CUANDO HUBO CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Independientemente de cuál sea la doctrina jurisprudencial a estos efectos y la evolución experimentada por ella en orden a apuntar una cuasi objetivación de la responsabilidad civil en la llamada culpa extracontractual, a través de esa mal denominada responsabilidad objetiva (ya que no es en realidad otra cosa que una obligación legal de indemnizar), o de la inversión de la carga de la prueba, o de la responsabilidad por riesgo, etc., es lo cierto que incluso en esas modernas variantes de la responsabilidad por culpa, ésta se esfuma cuando el resultado dañoso se hubiere producido por descuido, yerro, omisión o falta de diligencia exclusivamente de la víctima del daño.

EL QUE PAGA UNA DEUDA POR CUENTA AJENA SOLO PUEDE RECLAMAR EL REEMBOLSO AL DEUDOR Y NO A LOS SUCESOSES EN LA TITULARIDAD DE LAS COSAS AFECTADAS POR LA DEUDA (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.158 del Código Civil autoriza el pago por otro, interesado o no en el cumplimiento de la obligación de las deudas ajenas, en base a la filosofía que contiene el precepto de ser fin primordial que los acreedores cobren las deudas que les afectan.

Dicha norma configura la intervención pagadora del tercero en tres vertientes: a) Que el pago tenga lugar con conocimiento del deudor principal, lo que ocasiona que este tercero asuma, con la cualidad de subrogado, la postura de acreedor frente a aquel por el que pagó para ejercitar su consecuente derecho de reembolso, surgiendo así una nueva obligación, toda vez que la originaria quedó extinguida. b) Que el pago se efectúe contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso el tercero que ha satisfecho el crédito sólo tiene derecho a reembolsarse en la medida de la utilidad efectiva de los pagos realizados, y su «ratio» deviene de evitar situaciones de enriquecimiento injusto. Y c) Que la intervención de dicho tercero, satisfaciendo la deuda, lo sea sin conocimiento del verdadero deudor obligado, que de esta manera ignora que su débito ha sido cancelado, lo que determina sólo el derecho a ser reembolsado de lo que abonó.

Los tres supuestos analizados tienen un común denominador consistente en que el obligado al reembolso es el deudor por el que se hizo el pago y no otras personas, como los sucesores en la titularidad dominical de las cosas afectadas por la deuda, a modo de cargas o gravámenes, pues el tercero que paga en las condiciones expuestas se convierte en mero gestor oficioso de los intereses y negocios de los deudores obligados.

LA RENUNCIA DE DERECHOS HA DE SER SIN CONDICIONANTE ALGUNA. LA JURISPRUDENCIA VIENE ACEPTANDO LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a

cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos, dado que todo acto de renuncia para que tenga efectividad excluye toda condicionante.

Si ciertamente, como consecuencia de la equivalencia de condicionales, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado («conditio sine qua non»), y la de causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto generador del daño es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase, dado de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto), también es de apreciar que tales doctrinas y orientación jurisprudenciales sólo afectan al módulo cuantitativo responsabilizador cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia.

LA LEY DE USURA PUEDE SER APLICABLE A LA COMPRAVENTA CON PACTO DE RETRO (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Como tiene declarado esta Sala cuando de préstamos usurarios se trata, para su configuración como tales, lo fundamental a examinar es la finalidad contractual, determinando los elementos que integran el contenido, de tal manera que procede la aplicación a la figura de la compraventa con pacto de retro de las prescripciones de la Ley de Usura de 1908 cuando se demuestre por prueba clara y terminante que envuelve una maniobra de préstamo usurario (S. de 5 de julio de 1982).

Es criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en los litigios regulados por la Ley de represión de operaciones usurarias, las apreciaciones de hecho de los Tribunales de instancia, aunque no sean intangibles son siempre respetables, de tal manera que la facultad extraordinaria que dicha Ley concede para formar libremente la convicción del juzgador no llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia que pueda resolverse desentendiéndose el Tribunal Supremo de las apreciaciones, criterios y convicciones del inferior.

LOS JUECES PUEDEN EVITAR EL USO ANTISOCIAL DE LA PERSONALIDAD POR LOS ENTES JURIDICOS (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—En el conflicto entre Seguridad Jurídica y Justicia, valores consagrados hoy en la Constitución, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe, la práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción de

forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantamiento del velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, en daño ajeno o de los derechos de los demás, es decir, del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo, de un uso antisocial de su derecho.

EN CASO DE RETROACCION DE LA QUIEBRA SON INAPLICABLES LOS ARTICULOS 33, 34 Y 37 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 878 del Código de Comercio, en su párrafo segundo dispone que «todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos», refiriéndose a los actos realizados por el quebrado. Esta norma ha sido interpretada rigurosamente por reiterada jurisprudencia de esta Sala. Por lo tanto, los actos dispositivos implicados (constitución de hipotecas, embargos y ventas de bienes inmuebles) están incursos en la sanción de nulidad radical, debiendo por ello volver las cosas a la situación en que se encontrarían si tales actos no se hubieran realizado. Tal nulidad comprende y afecta a todos los actos realizados por el deudor en aquel período de tiempo, aunque el contrato lo celebrase con terceros de buena fe; se trata de una nulidad absoluta, intrínseca y radical que se produce sin necesidad de expresa declaración judicial. En relación con los artículos 33, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria son inaplicables al caso, lo mismo que devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra, y se prescinde para declarar tal nulidad de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado, puesto que la Ley no hace distinciones.

EL CONVENIO DE SUSPENSION DE PAGOS NO IMPIDE QUE EL ACREEDOR PUEDA RECLAMAR AL FIADOR LA DEUDA (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de esta Sala que la eficacia del convenio entre acreedores y deudor en procedimiento de suspensión de pagos no impide que el acreedor pueda reclamar a los fiadores toda la deuda y en el momento oportuno, salvo que a ello hubiese renunciado, y así las SS. de 7-6-1983 y 6-10-1986 establecen que los efectos del convenio se limitan a los intervinientes en el proceso de suspensión y sólo a ellos afecta el mandato del Juez de estar y pasar por lo acordado en el convenio, sin que pueda perjudicar ni beneficiar a deudor distinto del que dio lugar al expediente, ni coartar o interferir la acción que contra alguno de ellos corresponda al acreedor para la efectividad de su crédito, ya que los pactos sobre el tiempo y forma de hacerlo sólo afectan a los «intervinientes» en dicho convenio, doctrina general que es de evidente aplicación a los supuestos en que los acreedores tienen individualmente asegurado su crédito con cualquiera de los medios que la ley permite, como el aval, el seguro o la fianza, pues precisamente la insolvencia del deudor, que se evidencia mediante el expediente de suspensión de pagos, es lo que

sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha, sin que en forma alguna pueda aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al suspenso en el convenio, con la única excepción de que el acreedor se hubiera conformado con no cobrar más que lo que le corresponda en la liquidación y repartimiento hechos en las diligencias de suspensión de pagos.

NO SE RECONOCE COMO TERCERO CIVIL AL HIJO DEL CONTRATANTE
(SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Hechos.—Se vendió una finca en documento privado que no fue liquidado. Seis años después el vendedor hace donación de la misma finca a su hijo. El comprador demanda la nulidad de la donación y el Supremo estima la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada la jurisprudencia que declara que la falta de reconocimiento del documento privado aportado a la litis no le priva íntegramente del valor que le otorga el artículo 1.225 y puede ser tomado en consideración, ponderando su grado de credibilidad atendiendo las circunstancias del debate. No puede considerarse tercero civil a los efectos de los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil a quien intervino como parte contratante frente a quien fue a su vez contratante en el anterior contrato de compraventa, aunque en este último aquel no interviniera, máxime cuando entre ambos media un vínculo de parentesco paterno-filial. De accederse al recurso, se infringirían los artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil, que no permiten que la validez y el cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, y que exige estar a las consecuencias que se deriven de lo pactado, de la buena fe, del uso y de la Ley.

EL «IUS AD REM» NO PUEDE SER PROTEGIDO POR LA TERCERÍA DE DOMINIO
(SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Hechos.—Los actores habían adquirido en documento privado unas viviendas en construcción. Sobre las mismas, inscritas todavía en el Registro a nombre del promotor, se practicó anotación de embargo. Los compradores interponen demanda de tercería de dominio, pero el Supremo, casando la sentencia de la Sala de instancia, declara que no ha lugar a la misma.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala sentenciadora se basa para dar lugar a la tercería de dominio en que los contratos de compraventa aportados por los actores fueron visados por la Delegación de la Vivienda y en que los actores eran titulares de un «ius ad rem» que debe ser protegido frente a actos dispositivos del vendedor. Ninguna de estas afirmaciones pueden equivaler a que ha existido entrega o *traditio* de las viviendas, en cuyo caso no hubiera sido procedente calificar de «ius ad rem» al derecho de los actores, porque serían auténticos propietarios, titulares de un «ius in re». El «ius ad rem» no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido. Por tanto, el fallo de la sentencia recurrida vulnera la exigencia básica de nuestro sistema de adquisición y transmisión de derechos reales por contrato, que la hace depender para su eficacia jurídica de la concurrencia del título y *traditio* (arts. 609 y 1.095 del Código Civil). El título obligatorio únicamente, sin *traditio* o entrega, no puede ser protegido por la tercería de

dominio, ya que éste sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega.

LOS CONTRATOS DE SEGURO HAN DE INTERPRETARSE DEL MODO MAS FAVORABLE AL ASEGURADO (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—El convenio de adhesión es aquél en que una de las partes adopta y mantiene una posición de prevalencia frente a la otra, reflejada en la redacción del pacto, en cuanto que las cláusulas, sobre todo las Condiciones Generales, no son producto de un previo concierto de voluntades para generarlas y expresarlas en el documento, sino que vienen prefijadas de antemano, casi siempre con carácter genérico, de tal manera que el convenio está ausente del importante acto prologal representado por la discusión de su objeto y alcance amplio. De esta manera las Pólizas de Seguros se presentan prerredactadas y al asegurado se le reserva una posición más bien pasiva y no de pleno interviniente en su confección vinculante, en cuanto se adhiere y no realmente gestiona. Su voluntad se manifiesta más bien adhesiva que decisiva, plena y deliberante.

Una jurisprudencia progresiva y en la línea del momento histórico presente impone la necesidad de que en la interpretación de esta clase de contratos se marque en la decidida dirección de evitar abusos. Por ello la doctrina de esta Sala ha venido proclamando que en materia de dicha especial forma de contratación, los problemas interpretativos han de optarse por lo más favorable al asegurado.

LAS DECLARACIONES HECHAS EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO NO PUEDEN SER CALIFICADAS COMO «ACTOS PROPIOS» (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Hechos.—Don F. M. aportó cinco millones para la campaña electoral de don L. de C. a la presidencia del Real Madrid. Don L. de C. declaró dicha cantidad en su Impuesto sobre el Patrimonio, como préstamo. Don F. M. reclama la devolución de los cinco millones, pero el Supremo desestima la demanda, interpretando que era una aportación a fondo perdido.

Doctrina de la Sentencia.—Las declaraciones del demandado relativas al Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas son documentos de carácter netamente administrativo que no resultan hábiles para fundar sobre ellos un recurso de casación.

Es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que para que un «acto propio» pueda ser tenido como expresión del consentimiento y obligar a su autor a respetarlo, ha de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo; de ahí que la declaración realizada por el demandado al cumplimentar los trámites pertinentes para el pago del Impuesto sobre el Patrimonio no pueda ser calificado como «acto propio» en el expresado sentido, ni constituya un reconocimiento de deuda, tal como esta figura ha sido configurada por la doctrina científica y la jurisprudencia, calificándola la S. de 8 de marzo de 1956 de contrato al decir que «el reconocimiento de deuda es un contrato por el cual se considera como existente, contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba,

o querer considerar la deuda como existente contra el que la reconoce», *carácter* contractual del que carece la declaración tributaria del demandado.

ALCANCE DEL ARTICULO 76 DE LA LEY SOBRE SEGURO VOLUNTARIO DE AUTOMOVILES (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—La Ley 50/1980, en su artículo 76, además de dar consagración legal a la acción directa del perjudicado contra el asegurador en el seguro voluntario, expresamente dispone que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado»; declaración esta que ha originado una amplia polémica doctrinal en relación con el alcance concreto que deba darse a esta disposición, referida a determinadas cláusulas contractuales de exclusiones del riesgo (alcoholemia, conducción sin permiso, drogadicción, etc.). La doctrina científica más unánime y la última corriente jurisprudencial han entendido en principio que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado hay que referirla a las excepciones personales que el primero alberga contra el segundo, y no a aquéllas eminentemente objetivas emanadas de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes; así la Sentencia de 28-1-1985 excluye de la cobertura del seguro voluntario la obligación de indemnizar unos daños ocasionados a consecuencia de la conducción del vehículo por el asegurado bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

USUCAPION: ES JUSTO TITULO UN CONTRATO CUMPLIDO INCOMPLETAMENTE (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Se especula en el motivo con el argumento de que no puede haber justo título que respalde la posesión que ostenta el actor toda vez que el contrato de donde se dice dimanar el justo título no ha sido cumplido por él. Pero no pueden repercutirse contra el actor las consecuencias del incumplimiento, y de ahí que ese cumplimiento incompleto con falta de agotamiento de la finalidad causal del contrato, juegue en el sentido de constituir una deficiencia que no desvanece sin embargo la justeza y validez del título y cuya subsanación por el tiempo configura la correcta aplicación de la usucapión como idóneo modo de adquirir.

LA «TRADITIO FICTA» IMPLICA UNA PRESUNCION «IURIS TANTUM» (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Por escritura pública se entiende tanto la notarial como los supuestos de venta judicial, y el otorgamiento de aquélla inviste al adquirente de la posesión del inmueble adquirido en virtud de la «traditio ficta», de tal manera que esta figura jurídica implica una presunción «iuris tantum», ya que la «traditio ficta» no significa radicalmente la tradición real del bien objeto de la venta. Puede suceder que un tercero esté en posesión del mismo, atribuyéndose su titularidad dominical, de tal manera que ello aboca a la posibilidad de tener que admitir prueba en contrario para combatir la posible discordancia entre la tradición instrumental de matiz legalista con la realidad jurídica material existente.

LAS ARRAS PENITENCIALES HAN DE RESULTAR DE LA VOLUNTAD INDUBITADA DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Según tiene repetidamente declarado la jurisprudencia de esta Sala, el contenido del artículo 1.454 del Código Civil no tiene carácter imperativo, sino que por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, ya que en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo; tal precepto legal tiene pues un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales, de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en el sentido de que se trate de arras penitenciales, ya que en otro caso la suma recibida sirve precisamente para confirmar el contrato celebrado. Si nada se pactó expresa y claramente, las arras han de entenderse confirmatorias; sin que pueda estimarse que la entrega de cantidad como «señal» por sí sola signifique que cada parte pueda desistir del contrato a su arbitrio.

PROTECCION DEL HONOR: LA VALORACION JURIDICA DE UNA FRASE HA DE HACERSE PONDERANDO LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1991).

Hechos.—En la campaña electoral por la presidencia del Racing de Santander saltan chispas. Un candidato critica la gestión del otro (anterior presidente) y éste se querella con aquél. No prosperó la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—La valoración jurídica de una frase, para poderla conceptuar como ofensiva o atentatoria al honor de una persona, ha de hacerse ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y teniendo en cuenta, por otro lado, que es práctica habitual en todo Estado democrático y de Derecho, la de que una campaña electoral pública (aunque sea para el cargo de presidente de un Club de Fútbol) permite que los diversos aspirantes o candidatos al cargo traten de resaltar o poner de manifiesto al cuerpo de electores los aspectos que consideren negativos en la gestión anterior que su contrincante hubiera hecho del expresado cargo (siempre que dicha crítica no entrañe un ataque personal, vejatorio o difamatorio para el sujeto pasivo de la misma). La afirmación de la existencia de deudas en un Club de Fútbol, situación frecuente y casi general en las expresadas entidades, no tiene, por sí sola, por qué entrañar ataque alguno a la honorabilidad de su presidente, por muy sensible, delicado y sutil que sea su concepto del honor, el cual presidente puede, no obstante la existencia de la deuda, haber desempeñado su gestión con plena eficacia, probidad y competencia.

DOLO: DEFINICION Y CARACTERISTICAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Ha sido definido el dolo como la acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación, precisando la doctrina jurisprudencial que dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes

de la honestidad e idóneo por sí para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio, y que para la existencia del dolo no hace falta la intención de perjudicar o de dañar, bastando con infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, conscientemente, con la conciencia de que con el hecho propio se realiza un acto anti-jurídico.

No puede estimarse como acción dolosa determinante de la exigencia de daños y perjuicios el hecho de haberse promovido por el Banco demandado los dos juicios ejecutivos a que se refiere la demanda.

LOS DEFECTOS EN LA CUBIERTA DEL EDIFICIO ESTAN SOMETIDOS A LA RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina jurisprudencial la expresiva de que: a) El término ruina que utiliza el artículo 1.591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, y en tal concepto de ruina han de incluirse los graves defectos constructivos que hagan temer la pérdida del edificio o lo hagan inútil para la finalidad que le es propia; y b) Los defectos en la cubierta del edificio consistentes en humedades causadas por la defectuosa construcción de la terraza... tienen la consideración de defectos constructivos tipificables en el artículo 1.591 del Código Civil (Sentencia de 16 de febrero de 1985), y por tanto constituyen vicios de construcción incluíbles entre aquellos que dan lugar a la responsabilidad decenal impuesta en el artículo 1.591.

J. Q. S.

E) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL. VECINDAD CIVIL. SEPARACION DE HECHO. NULIDAD DE TESTAMENTO. ARTICULO 9, AP. 8, 834 Y 1.392 C.C. Y ARTICULO 148 DE LA COMPILACION CATALANA (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1992).

Don Juan C. S., que llevaba unos cuarenta años separado de hecho de su esposa doña Isabel O. D., con la que había tenido dos hijos, así como tuvo otros dos hijos extramatrimoniales, falleció habiendo otorgado sucesivamente cuatro testamentos de fechas 9 de febrero de 1966, 18 de enero y 15 de junio de 1973 y 21 de febrero de 1983, en los tres últimos de los cuales afirma ostentar la vecindad o regionalidad civil catalana por residencia. No se dice en los antecedentes cuál era el contenido patrimonial de esos testamentos, aunque puede suponerse desde el momento en que la viuda y los dos hijos matrimoniales demandan a los dos hijos extramatrimoniales interesando se declare la nulidad de los cuatro testamentos por adolecer de vicios de fondo y forma,

decretándose la apertura de la sucesión intestada al amparo del artículo 248 de la Compilación catalana en relación con el artículo 912 del Código Civil y alternativamente y en el supuesto de que debiera respetarse la «voluntas testatoris» se otorgue la adjudicación a la viuda de la mitad de los bienes gananciales del matrimonio y la cuota usufructuaria que la corresponda en relación al caudal relicto y dividir por cuartas partes los bienes pertenecientes al causante.

La hija extramatrimonial contestó a la demanda pidiendo su desestimación y que se declare ajustado a Derecho el testamento de 1983, último de don Juan C. S., y como legítimos herederos y legatarios los nombrados en el mismo. Y en cuanto al usufructo viudal, entiende que no procede el mismo por la existencia del régimen de separación de bienes.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Hospitalet de Llobregat estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad del primer testamento y la validez del último, la existencia del régimen de separación de bienes y sin que haya lugar a otorgar a la viuda la mitad de los gananciales ni la cuota usufructuaria.

Apelada la sentencia por los actores, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y declaró la validez del testamento de 1983, la existencia del régimen de gananciales con la consecuencia de que debe adjudicarse a la viuda la mitad de los bienes de tal carácter, así como que le corresponde la cuota legal usufructuaria.

Interpuesto recurso de casación por los demandados y apelados, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara haber lugar al mismo conforme a las siguientes consideraciones:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Se ampara el primer motivo del recurso en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la Reforma de 30 de abril de 1992, alegándose «que la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona no es ajustada a derecho al considerar procedente la existencia de sociedad de gananciales y adjudicarle a la viuda el 50 por 100 de los bienes por disolución de dicha sociedad», así como que «la sentencia se basa en el hecho de que uno —se entiende de los cónyuges— era natural de Lorca (Murcia) y el otro de Santiago de Arboleas (Almería)», y concluye sosteniendo que «cuando Isabel O. D. y Juan C. S. se casaron eran residentes en Palma de Mallorca, por lo que hay que establecer la presunción de que el régimen matrimonial era el del Derecho Balear y no el régimen de gananciales, máxime cuando la actora no ha aportado prueba en contrario». Los documentos invocados para demostrar el error en la apreciación de la prueba atribuido a la Sala de instancia son las certificaciones de inscripción del matrimonio celebrado entre el señor C. S. y la señora O. D. expedidos por el Registrador Civil de Palma de Mallorca.

La improcedencia de este motivo es evidente; en efecto, no se desvirtúan los hechos en que se funda la sentencia —determinación de los lugares de nacimiento de los cónyuges— sino que, con referencia a otro distinto —su residencia en Palma de Mallorca al contraer matrimonio— se pretende que el régimen matrimonial de bienes hubo de ser el correspondiente según el Derecho balear y no el de gananciales, lo cual, obviamente, no es cuestión atinente

a la valoración de la prueba y desborda el ámbito propio de un motivo fundado en el artículo 1.692-4.º, siendo de notar, además, que la sentencia impugnada no niega la residencia en Palma sino la constancia de que los cónyuges hubieran adquirido, con anterioridad a celebrarse el matrimonio, la vecindad civil balear, que es muy diferente.

SEGUNDO.—Con sede también en el artículo 1.692-4.º, se formula el motivo segundo con referencia a la omisión por la Sala de instancia del hecho, que la recurrente considera probado, de que su causante, don Juan C. S., «en el momento de la muerte había adquirido la vecindad civil catalana». Los documentos en que se basa son los testamentos otorgados por el señor C. S., respectivamente, en 18 de enero y 15 de junio de 1973 y 21 de febrero de 1983, en que afirma su «regionalidad catalana por residencia» —en los dos primeros— y su «vecindad catalana por residencia» —en el tercero—. Ello es así y, por tanto, asiste razón en este punto a la señora C. C, pues ni se ha intentado probar que lo dicho por el testador no respondiera a la verdad, por lo que ha de acogerse el motivo con las pertinentes consecuencias que se examinarán al estudiar el motivo quinto que versa sobre los derechos sucesorios de doña Isabel O. D., viuda del señor C. S.

TERCERO.—El tercer motivo se ampara, como los que siguen, en el antiguo número 5.º del artículo 1.692 y acusa infracción del artículo 14-3-4 del Código Civil en su redacción anterior a la Reforma de 15 de octubre de 1990. La argumentación de este motivo se reduce a una referencia a lo razonado en la sentencia de primera instancia (Fundamento de Derecho octavo) sin rebatir lo que propiamente constituye la base de lo afirmado, en la sentencia de apelación, en el sentido de que «el hecho de que el matrimonio se contrajera en Palma de Mallorca, sin que conste hubieran adquirido (los cónyuges) con anterioridad la vecindad balear, no altera su sujeción al régimen de derecho común, que es el de la sociedad de gananciales, toda vez que no se otorgaron capitulaciones matrimoniales», por lo que ha de decaer aquél.

CUARTO.—En el cuarto motivo del recurso se denuncia infracción de los artículos 3, 1.344, 1.347 y 1.354 del Código Civil alegándose, en síntesis, que «a Isabel O. D. no le corresponde el 50 por 100 de los bienes por la disolución de la sociedad de gananciales» porque «el matrimonio llevaba más de cuarenta años separado de hecho» y «el lucro de los gananciales sólo se justifica en función de la comunidad de vida».

La sentencia impugnada reconoce que los cónyuges don Juan C. y doña Isabel O. llevaban «separados de hecho bastantes años», pero sostiene que ello «no afecta al derecho de la esposa a la mitad de los gananciales porque el Código exige en el número 3 del artículo 1.392 que la separación de los cónyuges haya sido decretada judicialmente, circunstancia que no se da, así como tampoco ha habido ninguna decisión judicial declarando confusa la sociedad de gananciales en base a la separación de hecho existente». La imprecisión sobre los años de separación, en que incurre la sentencia, ha de salvarse concretando que la absolución de las respectivas posiciones primeras en la confesión judicial de los actores don Juan C. O. y doña Isabel O. permite afirmar que la separación duró al menos cuarenta años, en los que los cónyuges vivieron con independencia, habiendo formado el marido una nueva familia extramatrimonial, en la que tuvo dos hijos —los demandados en este proceso—. Sobre esta base fáctica, ha de recordarse la doctrina jurisprudencial (SS. de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987 y 17 de junio de 1988) expresiva de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la

sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (art. 3.º-I del Código Civil), por todo lo cual ha de estimarse el motivo examinado.

QUINTO.—En el último motivo del recurso se invoca infracción de los artículos 9-8 y 834 del C.C. y 148 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

Establecida la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento (12 de noviembre de 1983), consecuentemente su sucesión ha de regirse por el Derecho civil especial de Cataluña, incluso invocado en la demanda, con referencia la preterición y a la sucesión intestada, citando expresamente los artículos 141-3 y 248 de la Compilación y, por tanto, la pretensión ejercitada por los señores C. O. y la señora O. D. de que se declare el derecho de la viuda a la «cuota usufructuaria», que parece referirse a la establecida en el artículo 834 del Código Civil, no podía prosperar, dado que habría de estarse a lo dispuesto en los artículos 147 y ss. de la Compilación de 21 de julio de 1960, sobre la cuarta marital, en relación a cuya procedencia y requisitos nada se ha alegado por los actores. En conclusión, como el Tribunal «a quo» declaró indebidamente el derecho de la viuda doña Isabel O. al usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834 del C.C), ha de prosperar también este motivo.

COMENTARIO.—Se contienen en esta sentencia dos afirmaciones de gran interés, relativa la primera a que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social. Y la otra es la de conceder pleno poder probatorio a la declaración testamentaria de gozar el testador de la vecindad civil catalana.

En cuanto a la primera, la separación, lo mismo que la llamada unión de hecho («ménage de fait»), constituyen una manifestación de que el Derecho no puede desconocer la realidad y, por tanto, los hechos deben producir consecuencias jurídicas. Ciertamente tal reconocimiento o trascendencia del hecho en el Derecho viene de antiguo, siendo acaso el instituto más llamativo el caso de la prescripción. El tema ha adquirido tal importancia que ha sido objeto de coloquios y congresos internacionales, tales como los de Varna (11-18 de mayo de 1975), Upsala (junio de 1979), Berkeley (agosto de 1980), Mesina (julio de 1981), Luxemburgo (julio de 1982) y las recomendaciones y propuestas de los Organismos europeos, como el del Consejo de Europa de 25 de septiembre de 1987. La separación de hecho, en sentido amplio, tiene lugar cuando se interrumpe la convivencia de la pareja por cualquier causa, legítima o no, dependiente o independiente de la voluntad del hombre o de la mujer, por tiempo determinado o indeterminado. En sentido estricto, se limita a la interrupción continuada y duradera de la convivencia de la pareja por la voluntad de ambos miembros o de uno de ellos sin oposición del otro, debida a la desaparición de la «afectio» o sentimiento que determinó la unión y sin que haya intervenido la autoridad. En efecto, la separación ha de revestir cierta duración ininterrumpida para que tenga trascendencia jurídica; en el presente caso, el

plazo de cuarenta años es más que razonable. Esta separación puede provenir de la voluntad de ambos cónyuges (separación «amistosa» o convencional), de modo expreso o tácito pero siempre bilateral, o bien, ser producto de la voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja. Parece que en este último caso debe exigirse que no haya mediado oposición formal del otro, pues de concederle pleno valor y efectos en este supuesto equivaldría a constituir un medio fácil para desligarse de los deberes que la unión impone. Parece que el calificativo de «libre» utilizado en la sentencia alude a este requisito. Nuestro Código Civil alude a la separación de hecho determinando sus efectos en varios preceptos (v. gr.: arts. 82, 5.^a, 86, 87) y la misma cabe dentro del amplio término «separado» del actual artículo 834, frente a la anterior exigencia de que mediase divorcio. Ello tiene la trascendencia de que basta con que el testador manifieste que se encuentra separado de su cónyuge desde hace «X» tiempo para que éste carezca ya, en principio, del derecho a legítima, con independencia de que concurra o no causa de desheredación. La consecuencia puede ser, sin embargo, excesiva, cuando el cónyuge se encuentra en precaria situación económica. Por eso merece plácemes la sentencia al ligar el relieve jurídico de la separación de hecho a los conceptos de buena fe y del abuso del derecho.

También acierta la sentencia al conceder efectos probatorios a la declaración testamentaria de ostentar la vecindad civil catalana. Así lo exige el principio general de que toda persona debe presumirse dice la verdad mientras no se pruebe lo contrario y la solemnidad del acto en que tal declaración se efectúa, pues en el testamento se tiene siempre presente el final de la vida, lo que constriñe a sopesar las manifestaciones y cláusulas del mismo poniendo especial cuidado en todas ellas.

REPUDIACION DE HERENCIA. ARTICULO 1.008 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1992).

El documento auténtico del artículo 1.008 del Código Civil no es sinónimo de documento público, sino de documento que indubitadamente procede del renunciante (Sentencia de 16 de junio de 1955).

INTERPRETACION DEL TESTAMENTO. ARTICULO 675 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1992).

El término «muebles» no comprende los cuadros.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado sustancialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 8 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Un solo problema jurídico constituye la materia planteada en el presente recurso: el alcance e interpretación que deba darse al contenido del

artículo 675 del Código Civil, puesto en relación o referido al caso de autos. La Jurisprudencia de esta Sala al respecto es constante y reiterada, orientándose en dos sentidos: el primero referido a la misma función interpretativa, que es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desembogue en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional; y una segunda orientación aclarando que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a describir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa (Sentencias de 6-4-1992 y las que en ella se citan de 5-6-1978; 8-2-1980; 4-1-1981; 9-3-1984; 9-6-1987; 28-4-1989; 30-11-1990; 18-7-1991, etc.).

En el testamento que nos ocupa, fechado en 24 de mayo de 1965, doña Concepción indica en su disposición: «que lega en pleno dominio... a) a su hermana doña Dolores M., todos los muebles que le correspondan»; literalidad que los recurrentes pretenden remitir al concepto legal de los «bienes muebles» que figura en el artículo 335, siguientes y concordantes del Código Civil, cuya asimilación es necesario someter a interpretación, pues ni en el documento testamentario se utiliza la expresión legal «bienes muebles», ni consta que la señora testadora fuera una conocedora experta del alcance y contenido de los términos jurídicos. La expresión vulgar de «mueble» no se identifica exactamente con la definición y el alcance que nuestro código presta al concepto de «bienes muebles», bastando para comprobarlo tener en cuenta, por ejemplo, el contenido de los números 4.º, 5.º y 7.º del artículo 534 y del artículo 336, todos del Código Civil; en una locución normal, tampoco se equiparan los «muebles» de una casa, con los cuadros o las obras de arte que decoran la misma; conjunto de circunstancias que obligan a excluir a la disposición testamentaria que analizamos de la condición de absoluta claridad, que haría innecesaria cualquier clase de interpretación sobre la misma, en relación con la verdadera intención de la testadora. Resulta por tanto obligado investigar si la voluntad de doña Concepción fue donar a su hermana el pleno dominio de todos los muebles, enseres, cuadros y demás objetos existentes en la casa, o si más bien este legado iba únicamente referido a lo que vulgarmente se conoce con el nombre de «muebles o mobiliario», separando e incluyendo los cuadros que aquí se discuten en la rúbrica general de «El resto de todos sus bienes, derechos y acciones» que reservaba para la institución de los herederos universales.

Como la Sala de apelación acertadamente interpreta, para descubrir la verdadera voluntad de la testadora, nada mejor que examinar el anterior testamento por ella derogado, pero en el que ciertamente consta el sentido y el alcance que doña Concepción atribuía al concepto de «muebles». Allí aparece

una cláusula que es el reflejo literal de la que aquí examinamos: «Lega en pleno dominio... a) A su hermana doña Dolores M., todos los muebles que le correspondan»; pero a renglón seguido, en los siguientes apartados c), d), e), f), g), h), e i), dispone, también por medio de legados, de todos y cada uno de los cuadros que aquí se discuten en favor de diferentes familiares, lo que evidencia que para la testadora en la expresión «todos los muebles que le correspondan» no estaban incluidos los cuadros, los cuales constituían bienes diferentes, al igual que las alhajas también legadas; y podían, sin contradicción alguna, ser objeto estos cuadros de transferencias específicas, o de incluirse en el conjunto del haber hereditario, si no se quería hacer una especial disposición sobre los mismos.

COMENTARIO.—Reitera esta sentencia el criterio esencialmente voluntarista y subjetivo en materia de interpretación testamentaria, de acuerdo el término empleado con lo que resulta de otro testamento anterior, el cual, aunque revocado, no puede decirse que carezca de todo valor, pues ha servido para indagar cuál es el sentido que la testadora atribuye al escueto término «muebles», sin más calificativos (v.gr.: no dice «los muebles de cualquier clase»). Sabido es que las apetencias fiscales obligan a decir a veces menos de lo que realmente se quiere y así son pocos los testadores que aluden expresamente a cuadros, joyas y objetos artísticos. Misión de quien redacta el testamento es asesorarles debidamente para evitar quede incumplida su verdadera voluntad.

REPUDIACION DE HERENCIA.—SUSTITUCION VULGAR.—ACCION DE PETICION DE HERENCIA (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1992).

La acción de petición de herencia es de carácter real y prescribe a los treinta años.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara no haber lugar a los recursos interpuestos, en base a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—En demanda tramitada en juicio declarativo de Menor Cuan-tía, se pretende por el actor, nacido don Germán José S. P., y de nombre don Germán José S. A., se declare es heredero de su abuelo don Germán Petroni-lo S. A., por sustitución de su padre por naturaleza don José Luis S. G., habida cuenta la renuncia de éste efectuada y de la cláusula de sustitución vulgar que contiene el testamento de aquél, asimismo se pide «la nulidad e inexistencia de todo acto o contrato de disposición, enajenación, gravamen o transmisión efectuado sin su intervención, con cuantas consecuencias y derechos proceda derivado de tales pedimentos», demanda que se ejercita contra los codeman-dados que constan, los cuales se opusieron a la demanda; tramitado el pleito, se resolvió por Sentencia del Juez de Primera Instancia número 1 de Gijón, de 10 de julio de 1989, en donde se estimó la excepción de la litispendencia prevista en el artículo 533-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esgrimida por la parte demandada, con lo que se absolvió a los codemandados en las preten-

siones contenidas en la demanda, y todo ello, porque, en los autos del Juicio de menor cuantía 587/87, tramitados por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de esta Villa, se dictó Sentencia por la Audiencia Provincial, Sección Cuarta, el 17 de abril de 1989, frente a la cual se opuso por las partes litigantes, Recurso de Casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, y en cuyo pleito, se resuelve extremos también planteados en el presente procedimiento; apelada esta decisión por la parte demandante, se resolvió el recurso por Sentencia de 24 de abril de 1990, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en cuya parte dispositiva se acogió el mismo y con estimación parcial de la demanda, se declara que el actor es heredero de su abuelo por sustitución de su padre por naturaleza, habida cuenta la repudiación efectuada por el mismo, así como la nulidad de la cesión de los derechos hereditarios correspondientes a don José Luis S. en la herencia de su padre, hecha por aquél a favor de su hermana doña Aquilina S. G., casada con don Luis M. P., en la citada herencia, con las demás consecuencias derivadas, razonándose al punto que frente a la apreciación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de la litispendencia, se indica en su Fundamento Jurídico Primero, que ello no es procedente y que debe examinarse el fondo del asunto, porque, si bien, en ese proceso y en el presente, a que se refiere la sentencia dictada, las partes son las mismas en uno y otro, la causa de pedir son distintas, con lo que no se produce la litispendencia que tutela y previene la cosa juzgada, aspecto este que al no haber sido objeto de recurso (y además de que se acomoda a la disciplina legal la tesis que sustenta la Sala «a quo») deviene firme; y en cuanto al fondo del asunto, se especifica en el F.J. 2.º que se tienen que ventilar dos cuestiones fundamentales; la primera de ellas es lo relativo a la prescripción de la acción alegada por los demandados, por entender se ejercita una acción personal sujeta al plazo de quince años, previsto en el artículo 1.964 C.C., contados desde el fallecimiento del testador en el año 1966, y la segunda, en cuanto al contenido y alcance de la repudiación de la herencia, en relación con las estipulaciones añadidas a la institución del heredero, en el testamento notarial otorgado por don Germán S. A., abuelo y padre, respectivamente, del actor y del codemandado don José Luis S., el día 8 de marzo de 1957, el cual falleció el 17 de marzo de 1966, y cuyo tenor es el siguiente: «En el resto de sus derechos, bienes y acciones, instituye herederos a todos sus hijos a partes iguales, sustituidos por los descendientes legítimos si a ello hubiera lugar», argumentándose en el F.J. 3.º, en cuanto a la prescripción, se trata de dilucidar si el plazo de prescripción es el propio de las acciones personales de quince años, o el de las acciones reales de treinta años, y en este sentido, según la jurisprudencia que cita, hay que concluir, que la acción relativa a la petición de herencia es una acción de carácter real en base al carácter universal de la misma, o lo que es lo mismo, en la consideración de la petición de herencia como una «vindictio hereditatis», por lo que debe entenderse que es una acción de naturaleza real, que debe estimarse referida su prescripción al plazo de treinta años, previsto en el artículo 1.963 C.C.; en cuanto al segundo problema —F.J. 4.º— éste es, la interpretación que merezca el negocio jurídico testamentario, y si el llamamiento del testador comporta una sustitución vulgar o un supuesto de representación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 675 C.C., en cuanto a la interpretación de las disposiciones testamentarias, se concluye, que aún cuando la representación pueda ser consecuencia de la voluntad del testador, reconocer que en dicha cláusula se incluye tal institución, supone forzar a límites no lógicos la inter-

pretación del contenido de tal disposición, y que con la debida integración con otros datos significativos respecto a la voluntad del testador, como las palabras empleadas, es evidente, según el Fundamento Jurídico 5.º, que la naturaleza de la institución encaja perfectamente en el concepto de la «sustitución vulgar», como institución condicionante de herederos, relativo a una sustitución simple y sin expresión de causas, y por tanto comprende todos aquellos en los cuales, el primer heredero llamado, no pueda suceder o no llegue a serlo, tanto por no querer —repudiación—, como por no poder —premorienza, incapacidad, etc.—; en el razonamiento jurídico 6.º se hace constar que en el trámite de las alegaciones, se adujo como cuestión nueva, la relativa a la ruptura de los vínculos jurídicos existentes entre el actor y su familia biológica, por su adopción plena, por su tío don Valeriano S., el día 13 de agosto de 1984, por lo que, conforme el artículo 178 C.C., ello le privaría del derecho sucesorio legitimario; que tal solución no puede ser de recibo, por cuanto la adopción plena se produce con posterioridad al hecho del fallecimiento del testador y de la repudiación, y la legislación aplicada debe ser la vigente en ese momento; por último, en cuanto a las consecuencias que origina tal repudiación, irrevocable, según lo dispuesto en el artículo 997 C.C. —F.J. 7.º—, en cuanto los actos posteriores a la misma, y realizados por don José Luis S., cuya nulidad se reclama genéricamente en el súplico de la demanda, es preciso integrar dicha petición con el contenido de los fundamentos de hecho y derecho que lo sostienen, para entender que la nulidad se postula tan sólo respecto a los actos de cesión de los derechos hereditarios, hecha por el citado don José Luis a favor de su hermana doña Aquilina, casada con don Luis M. P., mediante escritura pública de 19 de abril de 1985 y de la posterior compraventa efectuada por dicho matrimonio a la entidad «RODIMAR, S. L.», de la casa de la calle Garcilaso de la Vega en Gijón, así como de la constitución de la comunidad de bienes efectuada por doña Josefina G. F., en cuanto la explotación de un lavadero de carbón, sito en Santa Marina-Figaredo Turón; de tales pretensiones, tan sólo la primera puede viabilizarse, en el sentido de que se trata de la cesión de unos derechos hereditarios que no le correspondían al cedente, por tratarse entonces de un nuevo acto jurídico inexistente al faltar el consentimiento de quien legalmente podía prestarlo, esto es, el actor y porque dicho cedente había repudiado ya tales derechos; y sobre las otras dos peticiones no es posible resolver en la forma solicitada, al no haberse dirigido la demanda contra todos los interesados en la nulidad de los actos en cuestión, como es el caso de «Construcciones Rodimar, S. L.» y de don José S. A., siendo así que fueron personas ligadas por un litisconsorcio pasivo necesario, por lo cual, en definitiva procede, acogiendo el recurso de apelación, revocar la sentencia de Primera Instancia, estimando la demanda y declarando cuanto se ha transcrito; contra cuya sentencia se interponen dos recursos de Casación, el primero de la parte actora y el segundo el de los codemandados, que se examinan a continuación.

SEGUNDO.—Ahora bien, la Sala, dada la complejidad del asunto y la indiscutible relación que tiene el recurso de Casación número 822/90, interpuesto frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo de 17 de abril de 1989, en relación con los autos 587/87, a que se refiere el Fundamento Jurídico Primero de la sentencia hoy recurrida, y aunque el fundamento y causas de pedir difieren, en uno y otro proceso, siendo las mismas las partes litigantes en las de este recurso, reproduce los antecedentes significativos del litigio en lo atinente al presente recurso, de la constancia del F.J. 4.º de su

Sentencia 23 de septiembre de 1992, recaído en aquél, número 822/90: «... La Sala, antes de calificar los distintos motivos de este segundo recurso, debe precisar los debidos antecedentes del litigio, que se concretan en los siguientes términos: 1.º El actor don Germán José S. P., nacido en 5 de abril de 1964 —fol. 445-autos—, es hijo biológico del matrimonio formado por don José Luis S. G., codemandado en este pleito, y doña Mercedes P., y cuyo demandante fue adoptado plenamente por su tío-abuelo don José Valeriano S. A., con derecho a utilizar los apellidos S. A., todo ello según Auto de adopción plena de 27 de julio de 1984 —fol. 445-autos—; 2.º Que la codemandada doña Aquilina S. G. es hermana de ese primer codemandado, don José Luis S. G., casada con el codemandado asimismo, don Luis M. P., por lo cual es tía carnal paterna del actor; que don José Valeriano y don Germán Petronilo S. A., causantes de los litigantes son hijos de don Valeriano S. A. y doña Aquilina A. y herederos universales de éstos; que el primero don José Valeriano S. A., tío-abuelo del demandante y padre adoptante del mismo, falleció sin testamento el 8-1-86, y por Auto de 13 de mayo de 1986 se declaró como heredero único y universal del mismo al actor; que don Germán Petronilo, hermano de don José Valeriano fue el padre de don José Luis S. G., esto es, abuelo del actor, así como de la citada codemandada doña Aquilina S. G. que, a su vez, contrajo matrimonio con la también codemandada doña Josefina G. F., esto es, abuela por parte paterna del demandante; 3.º Que por escritura de 19 de abril de 1985, a los folios 516-autos, el padre del actor codemandado, don José Luis S. G., cede a su hermana Aquilina S. G., por el precio de CINCUENTA MIL PESETAS (50.000 ptas.), cuantos derechos le correspondan en la herencia causada por su padre don Germán Petronilo S. A., el cual, asimismo, había fallecido en Gijón el 17 de marzo de 1966, casado en únicas nupcias con doña Josefa G. F., dejando dos únicos hijos, José Luis y Aquilina S. G.; que el fallecido había otorgado testamento abierto en 8 de marzo de 1957, fol. 316-autos, en cuyo testamento se hacía constar que legaba a su esposa el usufructo vitalicio del tercio de libre disposición y que "en el resto de sus bienes, derechos y acciones instituye herederos a todos sus hijos a partes iguales, sustituidos por sus descendientes legítimos si a ello hubiese lugar"; que por escritura de 28 de junio de 1985 —fol. 212-autos—, los citados codemandados procedieron a la venta del inmueble, que se especificó en la misma, a la también codemandada "RODIMAR, S. L."; 4.º que por convenio de 4 de marzo de 1985 —fol. 135-autos—, constituyeron Comunidad de bienes de carácter privado para la explotación de un lavadero de carbón entre la codemandada doña Josefina G. F. y el padre adoptante del recurrente, don José Valeriano S. A., que en escritura pública 3324, de 10 de diciembre de 1968, donde se hace constar que don José Luis S. G., con capacidad para otorgar, repudia la herencia de su padre don Germán Petronilo S. A., fallecido en 17 de marzo de 1966, con testamento de 8 de marzo de 1957, ante don José Soto Suárez, Notario de León, mandando el usufructo universal a su esposa que está en posesión de la herencia; 5.º En la actualidad sobrevive aún el padre del recurrente, don José Luis, codemandado en este pleito, y que asimismo, la adopción plena efectuada del actor y que se ha indicado anteriormente, lo fue por la resolución judicial de 27 de julio de 1984 —fol. 445-autos—...»; que, asimismo en esa sentencia, como aspecto significativo de su parte dispositiva, se declaró la nulidad de la cesión de derechos efectuada el 19 de abril de 1985, con sus efectos derivados.

TERCERO.—En el recurso interpuesto por la parte actora, se articulan los

siete motivos que la integran, de los cuales el segundo y tercero fueron inadmitidos en el trámite correspondiente, procediéndose a considerar los restantes: *En el motivo primero*, al amparo del apartado 3 del artículo 1.692 L.E.C., se denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, al haber incurrido la Sala de Instancia en incongruencia, y ello, según se razona, porque solicitándose en la pretensión la nulidad de los actos realizados por los codemandados, pese a la existencia de esa repudiación o renuncia, la Sala concreta y afirma que debe declararse sólo la nulidad de la cesión de los derechos hereditarios realizada en escritura pública de 19 de abril de 1985, por lo que incurre en la incongruencia indicada al no decretar, como también era obligado, la nulidad de la escritura de adjudicación y aceptación parcial de herencia de 20 de mayo de 1985, y que asimismo la incongruencia reaparece al no adecuar el fallo a las peticiones de esta parte y de los hechos en que se fundamenta, ya que no se decretó también la nulidad de la comunidad de bienes efectuada por doña Josefina G. F., en cuanto a la explotación de un lavadero de carbón situado en Santa Marina-Figaredo Turón, por entender que se debía demandar a don José S. A., sin que se percate la Sala de que don José S. A. no es otro que el hijo de don Valeriano S. R. y de doña Aquilina A. R., y que fue, precisamente, el padre adoptante del hoy actor y recurrente, y que a consecuencia del fallecimiento de don José S. A., padre adoptante del actor, en 8 de enero de 1986, se dictó Auto, en que se declaraba heredero universal del mismo de 13 de mayo de 1986, al hoy recurrente; el motivo, aparte de que no impugna la decisión sobre la adquisición del inmueble por la entidad Rodimar, S. L., que también la Sala contempla en su citado F.J. 7.º, por lo que no cabe ahora su consideración, con independencia de lo resuelto al punto en la citada sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1992, ha de fracasar, ya que inexistente el desvío de incongruencia imputado en el mismo a la sentencia, conforme lo dispuesto en el artículo 359 de la L.E.C., porque la Sala actúa correctamente en cuanto que de las diversas pretensiones de nulidad de los actos jurídicos derivados, pese a la existencia de esa renuncia o repudiación controvertida, sólo decreta en su Sentencia de 24 de abril de 1990, la nulidad de la cesión realizada en la escritura pública de 9 de abril de 1985 (por lo demás, confirmada esa nulidad por la referida sentencia de esta Sala en la fecha antes anotada de 23 de septiembre de 1992 y con independencia de lo ahora resuelto, al no replantearse la litisdependencia, y de la autonomía funcional de los órganos ejecutivos en razón a la fecha y el trámite en que se acordaron las citadas resoluciones), ya que la denuncia de no haberse acordado también la nulidad de la escritura de adjudicación parcial de herencia de 20 de mayo de 1985, tal y como se replantea en éste y en los posteriores motivos, es una cuestión nueva, no contemplada por la Sala de Apelación al delimitar estrictamente el alcance de la petición de nulidad en su Fundamento Jurídico número 7, y por lo que respecta a la reproducida incongruencia, al no haber decretado la nulidad de la constitución de la comunidad de bienes de doña Josefina G. F., en cuanto a la explotación del lavadero de carbón, y al margen de que tampoco proceda, se subraya que tratándose el problema en el motivo 7.º, será objeto de consideración entonces, por lo que el motivo ha de rehusarse. *En el motivo cuarto* del recurso, se denuncia por la vía del anterior número 5.º del artículo 1.692 L.E.C., la violación del artículo 1.261 en relación con el 774 del C.C. *El motivo quinto*, por la misma vía, ahora se denuncia la violación del artículo 1.255 del mismo Texto legal. Y *en el motivo sexto* se

denuncia, por el mismo camino, la infracción por inaplicación del artículo 997 del C.C., en relación con el 774 del mismo, y en todos ellos, pretendiendo que, en base a la declaración de nulidad de la cesión de los derechos hereditarios a consecuencia de la repudiación operada en 1968, y la operatividad de la cláusula de sustitución vulgar de los descendientes en la escritura de 20 de mayo de 1985, de aceptación y adjudicación parcial de herencias, se realizó entre personas que no podían prestar su consentimiento para realizar dicho contrato, por lo que ese contrato efectuado por los codemandados, que se plasmó en la escritura de 20 de mayo de 1985 atenta a los límites de la libertad contractual, así que, se insiste, la nulidad de tal cesión lleva aparejada, la de repetida escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia; que igualmente se produce esa nulidad porque a consecuencia de la del contrato causal de 19 de abril de 1985, debe derivarse la de todos los actos jurídicos contraídos a consecuencia del mismo, y es justamente en el pormenor del desarrollo del cuarto motivo donde se especifica que todo ello procede porque la Sala de Instancia sólo entendió que existían tres actos posteriores, sobre los cuales contempla su «ratio decidendi», olvidando la existencia de un cuarto que es el aquí aludido, referente a la escritura precitada de 20 de mayo de 1985 (documento 31 aportado), y que la falta de tan primordial requisito obliga a casar por este concepto la sentencia: *Procede rehusar todos* y cada uno de los motivos indicados, ya que, en efecto, aún cuando, en hipótesis fuese cierto el olvido de la Sala de Instancia de ese cuarto acto, lo cierto es que, el tema, en concreto, de la nulidad de la escritura de 20 de mayo de 1985 no se plantea de forma específica en las instancias precedentes y como, expresamente, indica el F.J. 7.º, de la recurrida la nulidad de las consecuencias derivadas de la repudiación y de la posterior cesión de derechos hereditarios, se plantea genéricamente en el *súplico* de la demanda, por lo que se precisa integrar con el contenido de los Fundamentos de Hecho y de Derecho que lo contienen, para entender que la nulidad se postula tan sólo: primero, respecto a los actos de cesión (escritura de 19 de abril de 1985), en segundo lugar, la posterior compraventa por la entidad «Rodimar, S. L.», de la casa de la calle Garcilaso de la Vega. En tercer lugar, la de la constitución de la comunidad de bienes efectuada por doña Josefina G. F., sobre el lavadero de carbón y por lo tanto, es evidente, pues, que no se plantea expresamente la nulidad de la escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia de 20 de mayo de 1985, por lo que no es posible en este trámite de recurso extraordinario, replantearlo de forma específica, ya que sería una cuestión nueva, no examinada por la Sala sentenciadora, lo cual conduce al *rehúse* de los motivos en cuestión. *En el séptimo y último motivo* se denuncia, por el antiguo número 5 del artículo 1.692, la infracción por inaplicación del artículo 997 C.C., en relación con el 774 y, de nuevo se plantea que, a consecuencia de la repudiación de derechos del codemandado don José Luis S. G., en la herencia de su padre y la existencia de la repetida cláusula de sustitución procede declarar, en concreto, la nulidad del contrato de constitución de la comunidad de bienes efectuada por doña Josefina G. F., relativa a la explotación de un lavadero de carbón sito en Santa Marina-Figaredo Turón el día 4 de marzo de 1965, al haber fallecido don José S. A. y ser el recurrente el único heredero como hijo adoptivo del mismo, por lo que procede dicha nulidad, máxime cuando doña Josefina se autotitula en este contrato de constitución de comunidad de bienes, como dueña del mismo, cuando sólo podía ser usufructuaria, por ser la viuda del hermano de don José Valeriano, en concreto, don Germán Petronilo S. A., y

por todo ello ese contrato y constitución carecería de eficacia, a lo que ha de agregarse la denuncia del motivo primero —de que se expuso— al considerar inconsistente la sentencia esa petición, según razona en su FJ. 7.º, «in fine» por no haber sido demandado don José S. A., pues estaban ligados los interesados en un auténtico litis-consorcio pasivo necesario, al no haberse percatado la Sala de que dicha persona es el padre adoptante del recurrente y que, por su fallecimiento en 8 de enero de 1986 y según Auto de 13 de mayo de 1986, el único heredero del mismo es su hijo adoptivo, hoy recurrente, Germán S. A.; otra vez *el motivo* debidamente ilustrado por lo que respecta a la referencia al primero, tampoco puede aceptarse, por cuanto que, si bien es cierto, que no es válido el fundamento del *rehúse* de esa pretensión de nulidad, por el defecto formal de la falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandado don José S. A., el cual, como dice en el motivo, realmente ha fallecido en la fecha calendada, siendo su heredero el recurrente en virtud del Auto a que antes se ha hecho mención (lo que de suyo, implica que no es posible demandar a persona fallecida, máxime cuando su causahabiente es el continuador en todos sus bienes y derechos) no obstante, examinando el fondo del asunto —actuando a tenor del artículo 1.715 L.E.C.—, tampoco se puede culminar en la petición de nulidad porque, en razón al contenido de dicha escritura de constitución (el día 4 de marzo de 1985, al f. 136), es evidente que, al fallecimiento de uno de los comuneros, como era el padre del recurrente, y en virtud del citado auto que se declara heredero universal al mismo, la situación, en su valoración jurídica, es que, tras ese fallecimiento y esa declaración de herederos, en principio, el hoy recurrente, como titular de esos derechos hereditarios, es un continuador en la situación *jurídico-patrimonial* de su causante y de consiguiente no procede exigir por esa eventualidad de su óbito se declare la nulidad e ineficacia de dicho contrato de sociedad, sino, en todo caso, al amparo de lo dispuesto en los artículos 400 y siguientes del C.C. y, en relación con lo así dispuesto en la condición undécima de este contrato de 4 de marzo de 1985, puede o pudo ejercitar perfectamente, tras acreditar su calidad hereditaria, indiscutida en caso alguno, la «*actio commune dividundo*», es decir, pedir la división de dicha comunidad y la correspondiente disolución de la misma, porque no cabe estimar ser una causa de nulidad alguna de cualquier comunidad civil, la mera circunstancia de que uno de los comuneros haya fallecido cuando, precisamente, subsisten los causahabientes herederos universales del mismo, los cuales podrán, previo acreditamiento de su cualidad hereditaria, continuar en el mantenimiento de dicha comunidad o bien —se repite— ejercitar los derechos de división o de disolución correspondientes, por lo que, en cuanto al resto del motivo, habrá de desestimarse asimismo, al no trascender la apreciación de la inexistencia del defecto formal denunciado, con lo que procede la desestimación del recurso.

CUARTO.—*En el segundo recurso*, interpuesto por los codemandados, se plantean las siguientes denuncias frente a la sentencia recurrida: *en el primer motivo*, al amparo del antiguo número 5 del artículo 1.692 L.E.C, se denuncia la no aplicación del artículo 1.964 C.C, en relación con la petición de que se declare prescrita la acción ejercitada por ser de carácter personal, y su plazo de prescripción es de quince años, habida cuenta que la fecha de la repudiación de la herencia es de 16 de diciembre de 1968 y hasta la fecha de presentación de la demanda, pidiendo la declaración de heredero, 2 de enero de 1989, pasaron más de veinte años, insistiendo que la acción ejercitada es una acción de carácter personal y declarativa, con lo que en virtud del artícu-

lo 1.964 estaba prescrita cuando se ejercitó la acción, aunque el actor no adquiriría la mayoría de edad hasta el año 1982, puesto que la pudo haber ejercitado su representante legal; *el motivo tampoco es de recibo*, ya que hace supuesto de la cuestión, como es, afirmar que la acción ejercitada —auténtica acción de petición de herencia, de declaración de heredero— es una acción de carácter personal, en cuyo caso, el plazo de prescripción es el genérico de quince años del artículo 1.964, lo que es un criterio no sostenible (aún cuando se reconozca que el actor no adquirió la mayoría de edad hasta el año 1982, porque no es posible jugar con esa circunstancia a efectos relevantes, por no regir en nuestro derecho el axioma «contra non valentem agere non currit praescriptio», en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.932), porque, habida cuenta, las características de esa acción, es evidente que la naturaleza de la misma sobre si es personal o real, dependerá directamente del alcance u objetivo que se persiga con su pretensión, siendo elemental afirmar que en una acción de petición de herencia o declaración de heredero, «per se» es una acción de carácter universal cuyo contenido no solo se integró por el ejercicio de derechos personales sino también de derechos reales, y que, indiscutiblemente, persigue, por su identidad con la auténtica «petitio hereditatis» incorporar o pretender la conjunción de relaciones jurídicas que integran el concepto de la herencia de una persona (que, por propia definición del art. 659, cuando dice que la herencia comprende todos los bienes o derechos u obligaciones de una persona, que no se extinguen con su muerte) por lo que es obvio que el objetivo de dicha acción de petición de herencia comprenderá justamente todas estas clases de elementos patrimoniales incluidos en su concepto legal, en cuanto a bienes, derechos y obligaciones, en donde hay que admitir la concurrencia o complejidad tanto de derechos personales como de derechos reales dentro del patrimonio relicto, todo lo cual conduce a descartar se trate, pues, sin más, de una acción personal, sino de una acción que, por su universalidad y por comprender justamente los bienes, derechos y obligaciones del citado artículo 659, ha de subsumirse a efectos de prescripción, en la normativa contenida en el artículo 1.962, en la idea del 1.963, por lo que sin poder excluir de antemano lo relativo a los derechos sobre bienes inmuebles, el plazo será el de treinta años, por lo que el motivo ha de rehusarse. En *el segundo motivo* del recurso, se denuncia por la misma vía jurídica, la no aplicación de ese artículo 923, 921, 928, 929 y 931 del C.C., en cuanto que el contenido de la cláusula tercera del testamento otorgado, a que antes se ha hecho referencia (8 de marzo de 1957), acoge un auténtico derecho de representación y no un derecho de sustitución, razonándose en el motivo que si el testador instituyó a sus hijos es lo normal que quiera repartir la sucesión entre los mismos, sus hijos y por consecuencia, si luego en el futuro, si uno instituido renuncia a la herencia, lo normal es que se pierda también para su estirpe, la cual no quiso él, pues ni siquiera la había en el momento que otorgó el testamento; cosa distinta sería que el instituido no pudiera recibir la herencia porque en este caso, por el artículo 929 le sucederían sus descendientes, por lo que se afirma «que no hay representación en los casos de desheredación y de incapacidad, más si la hay, si se produce la repudiación, en cuya circunstancia al entrar en juego tal expediente hereda la hermana y no el que se titula sustituto, y que ha de ceder ante la representación, porque cuando se hizo el testamento el actor no existía»; por otra parte, se añade, cuando el testador desea la suplen- cia, aunque emplee la palabra sustitución de los sustituidos, es significativo que no quiera ésta para sí, el instituido la repudia porque en tal caso, normal-

mente quiere que el instituido pierda lo que le dejó y no sea llamada a ella su stirpe. *El motivo* aparte, de mezclar una serie de argumentos y obtener conclusiones bien particulares integradoras de cuál fue la voluntad del testador (en la idea en la que se hubiese tenido en cuenta la repudiación de su herencia, no hubiese querido, tampoco, que la stirpe del repudiado entrara en su sucesión, lo cual desde luego es bien discutible) pretende a toda costa, encontrar en dicha cláusula la existencia del mecanismo representativo que, como es sabido, en nuestro derecho positivo, a la vista de lo dispuesto en los artículos 924 y ss. C.C., acoge el criterio, tan falto de equidad, del «vivi nulla representatio», esto es, que en los casos de repudiación del primer llamado, no puedan suceder sus hijos o stirpe en la herencia de su ascendiente, conforme a la definición nuclear del artículo 924 C.C., en donde sólo se admite dicho mecanismo para que los parientes de una persona puedan suceder a otra en los derechos que ésta tuviese, si viviese y hubiese podido heredar, en la herencia de su ascendiente, y no pues, en el supuesto de renuncia cuando no ha querido suceder; mas esta «ius repraesentationes» no es aplicable al caso de autos, pues, aparte de lo que es inconcuso que en nuestro Derecho este derecho sólo opera en la sucesión intestada, que no es, pues la de autos, la propia literalidad de la cláusula controvertida, sin lugar a dudas, deriva en la existencia de una sucesión vulgar por su inespecificación de casos, por devenir evidente que esa es la letra y esa es la voluntad del testador, cuando se dice que en el resto de sus bienes heredan todos sus hijos a partes iguales, sustituidos por sus descendientes legítimos, si a ello hubiere lugar; la expresión de la voz sustitución es diáfana acerca del acaecimiento de esa sustitución y la no especificación de casos, como afirma la sentencia recurrida, canaliza el juego de la sustitución vulgar en términos genéricos prevenidos en el artículo 774, por la cual el motivo ha de rehusarse. En *el tercero y último motivo* del recurso, se denuncia por igual vía la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el número 1 del artículo 178 C.C. porque, se dice, que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, que la retroactividad de las leyes de adopción provoca que ésta se rija por la ley vigente al morir el causante y no por la que estuviese vigente al realizarse la adopción, y que como el padre por naturaleza, no ha fallecido, es indudable que cuando ese evento se produzca surta efecto el número 1.º del artículo 178 C.C. y por ello, no tenga el actor ningún derecho con relación a él, lo que, se deduce por analogía con el artículo 657 y el número 9-8 en que la sucesión se rige por la ley vigente en el momento del causante: *Motivo* que también ha de rehusarse y para eso sería suficiente reproducir los argumentos expuestos en el apartado *b)* del F.J. 5.º de la sentencia, anterior Sentencia de 23 de septiembre de 1992, «... *b)* Que asimismo resplandece el dato bien significativo que el actor fuera adoptado plenamente, como se ha dicho, según Auto de 27 de julio de 1984 —fol. 445— en cuya fecha regía la ley primitiva de adopción de 4 de julio de 1970, cuyo artículo 179, únicamente en su segundo párrafo, eliminaba de los derechos por ministerio de la ley a los parientes por naturaleza, en la herencia del adoptado, con lo cual no cabía entender el efecto a la inversa, esto es, que el propio adoptado careciera de derechos en la herencia de los parientes por naturaleza; más, cuando esto se produzca, con la muerte del padre biológico, no obstante, hay que tener en cuenta que como pervive dicho padre biológico y, en la actualidad rige la nueva legalidad de la Ley 11 de noviembre de 1987, con los efectos jurídicos previstos en el artículo 178.1, de cualquier forma, estos derechos supuestos hereditarios habrán de valorarse

a la luz del Derecho que esté vigente en esa fecha del fallecimiento del padre biológico y, cuyas expectativas sucesorias son las que pretenden esgrimir con visos de actualidad por la pretensión del actor...», y sobre todo, confirmar al respecto lo que indica la Sala «a quo» en su F.J. 6.º, esto es, que la tesis del motivo no es de recibo, por cuanto que cuando se produce la adopción plena del actor, lo es con posterioridad al hecho del fallecimiento del testador, así como de la repudiación y, sobre todo, que la cualidad hereditaria que se declara a favor del actor sobre la herencia de su abuelo don Germán Petronilo S. A., no proviene o se funda «ad hoc» de una relación de parentesco con su padre biológico o por naturaleza don José Luis S. G., cuando aquél ya había sido adoptado plenamente, sino, como se dice, y recoge expresamente en la parte dispositiva de la sentencia apelada, aquella cualidad proviene por la repudiación que ese padre efectúa y el juego de la analizada cláusula de sustitución vulgar contenida en el testamento de su abuelo, actos, como se dice, en unión de la muerte del causante, producidos cuando aún no se había llevado a cabo la adopción; luego se trata de derechos adquiridos por persona aún no adoptada que en nada quedarán afectos por esa adopción posteriormente realizada, cualquiera que sea la legislación por que se rija.

COLACION. VALORACION DE LOS BIENES COLACIONABLES. ARTICULO 1.045 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1992).

La alteración del valor producida en la finca colacionable a consecuencia de la recalificación del terreno que pasa de rústico a urbano, corre a cargo y beneficio de la masa partible.

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 en base a las siguientes consideraciones:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El Derecho en sí y en particular las sentencias judiciales, que son ley que los Tribunales establecen para las partes, se avivan, adquieren propio contenido realizador y alcanzan la culminación postulada, cuando efectivamente se hacen ejecutorias, superando así las críticas tanto del conceptualismo como de esoterismo jurídico. Entonces se produce una auténtica vitalización de las resoluciones, se incorporan a la realidad histórico-social y vienen a ser instrumentos efectivos que sitúan definitivamente las divergencias que conformaron el debate procesal en el lugar que los jueces señalan. Se concreta lo abstracto y se hace plenamente próxima a los ciudadanos la actividad juzgadora en cuanto no sólo interpreta el Derecho —que debe ser el objeto de la Jurisprudencia—, sino que también lo hace cumplir.

En el caso presente, el único motivo articulado dirige su impugnación casacional contra el auto del Tribunal de Apelación, dictado el 31 de mayo de 1990, al declarar, entre otros pronunciamientos, que en la partición rectificadora «se incluirán los bienes colacionables por el valor que los mismos tuvieran al tiempo de realizar su tasación y como se especifica en el cuarto de los razonamientos jurídicos de esta resolución, debiendo de incorporarse a los bienes hereditarios de don Jesús G. R. y al hacerse la partición rectificadora por muer-

te del mismo, las cantidades respectivamente adeudadas por los demandados de 3.750.000 pesetas y cincuenta millones de pesetas».

La clave de la controversia, por insistirse en la misma, es la determinación del tiempo en que debe efectuarse la evaluación de los bienes colacionables y concretamente la finca denominada «Huerta de San José», que fue donada al padre del recurrente, don Jesús G. R. (fallecido el 5 de junio de 1980), por su madre doña Victoria R. M. en escritura de 1 de agosto de 1931.

La cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala mediante Sentencia de 28 de abril de 1988, en la que se declaró que las frases contenidas en la resolución firme que se ejecuta (dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Granada el 16 de enero de 1984) y que dicen «por el valor al tiempo de practicar la valoración actualizada» y «valor actualizado», han de referirse necesariamente al momento en que se practique la tasación, en el cual se determinará el valor de dichos bienes, objeto de la colación hereditaria en contienda, es decir, se hace referencia tanto a un tiempo futuro, como al acto —práctica de la tasación—, en el cual ha de producirse la concreción de dicho tiempo, al contarse entonces con una fecha precisada.

El mandato de la Sala es imperativo y ley obligada para las partes y juzgadores de la instancia, por lo que la tramitación ejecutoria debe cumplir en todo caso y con la debida lealtad jurídico-procesal dicha declaración.

En el presente recurso se plantea una variación que se aportó como novedosa en apelación y respecto a lo que se discutió y decidió en el proceso contencioso. Consiste en presentar la cuestión desde la óptica de haberse producido mutación en la finca donada, toda vez que se argumenta que la misma pasó de ser rústica a tener naturaleza urbana, con el consiguiente incremento de su valor económico y, en consecuencia, la tasación actualizada debería de referirse al estado de la finca en el momento en que tuvo lugar su donación, respetándose la naturaleza y características que tenía entonces.

La sentencia referenciada de esta Sala de 28 de abril de 1988, contiene una declaración bien precisa, terminante y clara, en cuanto dice «los bienes», en términos generales y amplios, sin matización o especificación alguna por razón de su destino actual, es decir, en relación a los que debe de proyectarse la colación decretada y con total independencia al estado que presentaban al tiempo en que fueron cedidos gratuitamente.

El artículo 1.045 del Código Civil, en su párrafo segundo, establece la particularidad que de producirse aumento o deterioro físico posterior a la donación y aún su pérdida total casual o culpable, será de cargo y riesgo o beneficio del donatario en su caso. Esta normativa fue introducida por la reforma del precepto llevada a cabo por Ley de 13 de mayo de 1981.

Resulta bien clara en cuanto sólo prevé las circunstancias físicas posteriores, no ninguna otra y por tanto no incluye los incrementos económicos o de valor de cualquier tipo que puedan afectar a los bienes donados, como pueden ser los plusvalores derivados de procesos urbanísticos, recalificación de terrenos, creación de infraestructuras revalorizadoras, modificaciones sustanciales en el entorno o cese de actividades agrarias, residenciales o de simple recreo y su sustitución por otras, industriales o de cualquier tipo más rentable, en las que en todo caso el bien permanece con la misma identidad física. El legislador de 1981 no fue previsor, seguramente consciente de estas situaciones, por lo que el mandato de la norma, al resultar bien explícito, no precisa de interpretación o de la necesidad de acudir al proceso analógico para captar su contenido.

En estos casos el citado párrafo segundo del artículo 1.045 y todas estas

circunstancias coyunturales, por no ser precisamente aumentos o deterioros físicos, han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad decisiva, exclusiva y determinante del recurrente.

Lo anteriormente analizado se refuerza teniendo en cuenta que nuestro Código Civil rechaza la colación «in natura», salvo pacto entre los coherederos, a favor de la colación por imputación que consiste en adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado, conforme a lo ya expuesto y deferida a favor de los herederos legitimarios (Sentencia de 17 de marzo de 1989), produciéndose de esta forma un incremento en el activo a repartir, con la consecuencia de una «toma de menos» en el mismo por parte del donatario que colaciona, conforme al artículo 1.047, lo que tiene su complemento con la procura de lograr una situación de equivalencia para los coherederos, en cuanto estos, y de ser posible, han de percibir, integrando su cuota hereditaria-particional, bienes de la misma naturaleza, especie y calidad de los que fueron objeto de la donación, así se adecua la filosofía del Derecho Sucesorio en cuanto se ha de buscar la obtención de igualaciones cuantitativas y cualitativas que el Código Civil decreta en su precepto 1.061.

La decisión de la Sala resulta acorde con la sentencia que se ejecuta en este marco de operatividad, pues de esta manera, el recurrente don Jesús M.G., como sucesor del primitivo donatario, ha de recibir una participación menor en el caudal hereditario, concorde y en conformidad a lo que se anticipó a su causante, incrementándose consecuentemente los derechos de los demás herederos no donatarios, por el acrecentamiento que así experimente el caudal hereditario a consecuencia de la efectividad de la adjudicación compensatoria que se ha de realizar.

PARTICION. CONTADORES PARTIDORES: PLAZO Y FORMA DE ACTUACION. RESCISION POR LESION. HERENCIA: ACEPTACION TACITA. DERECHO DE TRANSMISION. ARTICULOS 898, 904, 910, 991, 1.006 Y 1.074 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1992).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las dos partes litigantes conforme a los siguientes fundamentos, de los que se desprenden con toda claridad los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El proceso a que este recurso se refiere fue promovido por don Marcelino B. P. contra sus hermanos don Enrique y doña María (aparte de otros demandados que no se estima necesario relacionar aquí), en el que postuló, con carácter principal, la declaración de nulidad de la partición de la herencia del padre de dichos litigantes, don Marcelino B. V. (practicada por el contador-partidor don Antonio A. P.) y, con carácter subsidiario, la declaración de rescisión de la referida partición por lesión en más de la cuarta parte. En dicho proceso, en su grado de apelación, recayó sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, por la que, confirmando la de primera instancia, desestima el referido pedimento principal de

la demanda y, estimando el subsidiario, declara la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte y, en consecuencia, condena a los demandados (a virtud de la correspondiente opción hecha por éstos para dicho supuesto de rescisión) a que indemnicen al actor en la cantidad de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez pesetas. Contra la referida sentencia de la Audiencia interponen sendos recursos de casación, por este orden de formalización, los demandados don Enrique y doña María (con un motivo) y el demandante don Marcelino (con tres motivos). Los dos referidos recursos habrán de ser estudiados y resueltos por orden inverso al cronológico en el que fueron formalizados (que es en el que anteriormente han sido relacionados), pues si el interpuesto por el demandante (que viene a combatir el pronunciamiento desestimatorio del pedimento principal de la demanda acerca de la nulidad de la partición) hubiera de ser estimado, se produciría el decaimiento automático del formulado por los demandados (con el que sólo impugnan el pronunciamiento estimatorio del pedimento subsidiario de la demanda referente a la rescisión de la partición).

SEGUNDO.—La petición de nulidad de la partición trató de sustentarla el demandante don Marcelino en el siguiente doble orden de cuestiones: a) que la partición había sido practicada por el contador-partidor don Antonio después de caducado el plazo legal y la prórroga concedida por el causante en su testamento; b) que en dicha partición se habían incluido, como formando parte del caudal hereditario del causante, los bienes que éste había heredado de su hermana doña Adela B. V., cuando el causante, dice el demandante, había fallecido antes de haber aceptado la herencia de su referida hermana.

TERCERO.—Para la adecuada comprensión y subsiguiente resolución de la primera de las apuntadas cuestiones, han de dejarse consignados los siguientes presupuestos fácticos: 1.º El día 28 de agosto de 1962 y bajo la fe del notario de Vigo D. ... (número 2.688 de su protocolo), don Marcelino (padre de los aquí litigantes) otorgó testamento abierto, en el que desheredó a su hijo don Marcelino B. P. e instituyó herederos universales y únicos de todos sus bienes, por partes iguales, a sus otros dos hijos, don Enrique y doña María B. P. Además de ello, el expresado testamento contenía la siguiente cláusula: «Sexta: Ejecución testamentaria. Expresa su deseo de que la autoridad judicial no intervenga en los asuntos de su testamentaría y nombra comisarios contadores partidores, mancomunadamente, para que dos de ellos por el orden en que son designados, realicen las operaciones particionales, a don Rafael A. P., abogado de Pontevedra; don Alfonso M. M., Procurador de Vigo; don Arturo E. P. y don Carlos C. R., abogados de Vigo, y don Antonio A. P., Procurador de los Tribunales, de Vigo. Les faculta para que, conjuntamente, dos de ellos —según ya se expresó— efectúen las operaciones de inventario, avalúo, colación, liquidación, división y adjudicación de la herencia y la entrega de los legados, y para que intervengan en la liquidación de la sociedad de gananciales. Les amplía el plazo legal por dos años, contados a partir de la fecha en que para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados. Hace esta designación sin perjuicio de que los herederos, antes del aludido requerimiento para que desempeñen su función, por acuerdo unánime decidan practicar ellos mismos las operaciones de partición, sin la intervención de los comisarios. Estos se sustituirán y suplirán caso de fallecimiento o renuncia, por el orden en que quedan designados y, en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente». Bajo el referido testamento (último de los por él otorgados), don Marcelino B. V. falleció el día 10 de enero de 1971. 2.º Su hijo

don Marcelino B. P. promovió juicio sobre nulidad del expresado testamento y otros extremos, en cuyo procesó, en grado de apelación, recayó Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, de fecha 25 de junio de 1974, por la que dejó sin efecto la desheredación de don Marcelino B. P. y declaró el derecho de éste a la legítima estricta en la herencia de su padre. En casación, dicha sentencia de la Audiencia fue confirmada por otra de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 9 de octubre de 1975. 3.º Tras la no aceptación por parte de los dos primeros contadores-partidores (don Rafael A. P. y don A. M. M.), aceptaron (en 1978) los dos siguientes en el orden de su nombramiento (don Arturo E. P. y don Carlos C. R.), los cuales, sin haber cumplido su encargo manifestaron (en el requerimiento notarial que, al efecto, les hicieron los herederos don Enrique y doña María) que estaban conformes en que le fuera encomendado el cumplimiento del encargo testamentario a la persona que corresponda, según el contenido del testamento de don Marcelino B. V. (folio 223 de los autos). Ante ello, los referidos herederos (en 1982) requirieron, al objeto indicado, al contador-partidor designado por el testador en último lugar, don Antonio A. P., quien en 1983 realizó la partición que aquí se impugna.

CUARTO.—La sentencia recurrida, en plena coincidencia con la de primer grado, con respecto al primero de los expresados temas, que es el que ahora nos ocupa, declara que «no ofrece duda que en el supuesto que se enjuicia medió un nombramiento sucesivo de contadores-partidores, y a la vez mancomunado, dos a dos, para los cuatro primeros, que determinaba que el último de los nombrados no pudiese actuar sino en defecto de los preferentes y, al no haber éstos renunciado a su cargo hasta que transcurrió el plazo de que disponían para desempeñarlo». A combatir dicha tesis resolutoria de la sentencia impugnada se orienta el primer motivo de este recurso (el interpuesto por el demandante don Marcelino B. P.), con apoyo procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente), por el que, denunciando infracción del artículo 675 del Código Civil, acusa a la sentencia recurrida de errónea interpretación de la cláusula sexta del testamento de don Marcelino B. V., al entender que el plazo (el legal más los dos años de prórroga) para el ejercicio del cargo de contador-partidor había de contarse a partir de que los anteriormente nombrados (en el orden de sucesivos nombramientos) renunciara el cargo o, habiéndolo aceptado, dejaran transcurrir el plazo sin cumplir su encargo, cuando el referido plazo, parece decir el recurrente, había sido señalado por el testador de forma común para todos ellos, los cuales, además, sólo podían sucederse o sustituirse, agrega, en caso de fallecimiento o renuncia de los anteriormente nombrados. Partiendo, por un lado, de que la finalidad de la interpretación testamentaria es la de conocer la verdadera intención o voluntad del testador (artículo 675 del Código Civil), que es la ley de la sucesión, y teniendo en cuenta, por otro lado, que la interpretación de los testamentos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador (Sentencias de esta Sala de 17 de junio de 1988, 28 de abril de 1989, 7 de mayo de 1990, 18 de julio de 1991), el motivo ha de ser desestimado, dada la correcta interpretación testamentaria hecha por las coincidentes sentencias de la instancia, ya que la indudable voluntad del testador, expresada en la cláusula sexta de su testamento (que ha sido transcrita literalmente en el Fundamento Jurídico anterior de esta resolución)

fue la de que la partición de su herencia (respecto de la que prohibió expresamente toda intervención judicial) fuera necesariamente practicada por dos de los cinco contadores-partidores por él nombrados (actuando los dos en forma mancomunada), estableciendo un orden sucesivo de nombramientos, para el caso de renuncia o fallecimiento de los nombrados en primer lugar, permitiendo incluso que, en último extremo, la practicara uno sólo, lo que lógicamente implicaba que mientras no constara la renuncia de los anteriores, no podía entrar a ejercer su cargo el siguiente o siguientes, cuyo plazo de cumplimiento (el legal más los dos años de prórroga) había de empezar a contarse desde que «para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados» (según dice expresamente el testador en la referida cláusula sexta), que es lo ocurrido en el caso que nos ocupa, en el que hasta que no se produjo la renuncia de los dos únicos (tercero y cuarto en el orden de nombramientos sucesivos) que, en principio, habían aceptado, pero luego no cumplieron su encargo, no pudo darse entrada al último, a virtud del requerimiento que, al efecto, le hicieron los interesados, según la expresa e indudable voluntad del testador, la cual ha sido correctamente interpretada por las coincidentes sentencias de la instancia, por lo que el motivo ha de fenecer, como ya se tiene dicho.

QUINTO.—Con la misma sede procesal que el anterior, aparece formulado el motivo segundo, por el que, denunciando haberse infringido, por violación, el artículo 910 del Código Civil, en relación con los artículos 894, párrafo segundo, 898 y 904 del Código Civil, el recurrente viene a sostener, según parece deducirse del alegato que integra su desarrollo, que en el nombramiento de contadores-partidores sucesivos, el plazo señalado por el testador (el legal más los dos años de prórroga) debe entenderse común para todos ellos, a lo que agrega que en el presente caso el nombramiento de los sucesivos contadores-partidores lo hizo el testador para el supuesto de fallecimiento o renuncia de los anteriores, pero no para cuando éstos agotaran el plazo sin cumplir el encargo. Partiendo de la premisa previa de que el testador puede nombrar contadores-partidores en forma sucesiva (para que los posteriores, en el orden señalado, desempeñen el cargo, si no lo hacen los anteriores), cuya permisividad tiene su apoyo legal en el artículo 894.2 del Código Civil que, aunque referido a los albaceas, se considera aplicable también a los contadores-partidores (dada la carencia de regulación de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, que sólo se limita a admitirla en el artículo 1.057 del citado Cuerpo legal), parece evidente que el plazo para el desempeño del cargo no puede ser común para todos ellos, sino que dicho plazo para los nombrados en posterior lugar (por no desempeño del cargo por los anteriores) habrá de contarse a partir de que aquéllos sean requeridos para ello (y acepten), como en el caso que nos ocupa fue la voluntad del testador (que es a la que, en todo caso, ha de atenderse), cuando dice expresamente que «les amplía el plazo legal por dos años, a partir de la fecha en que para ello sean requeridos por cualquiera de los interesados». Por otro lado, como la entrada en el cargo de los posteriormente nombrados se halla condicionada también expresamente por el testador al «caso de fallecimiento o renuncia (de los anteriores), por el orden en que quedan designados, y, en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente», entendemos que dicha renuncia no ha de producirse forzosamente en el momento del requerimiento, sino que también es viable cuando, después de haber aceptado el cargo, decidan no desempeñarlo, lo que indudablemente entraña también un supuesto de renuncia, que fue lo ocurrido

en el presente caso, en que habiendo aceptado el cargo los nombrados en tercero y cuarto lugar (los dos primeros no lo habían hecho), luego manifestaron (a virtud del requerimiento que les fue hecho) que estaban conformes en que le fuera encomendado el cumplimiento del encargo testamentario a la persona que correspondiera, según el contenido del testamento, ante lo cual los dos herederos instituidos como tales (don Enrique y doña María) requirieron para el desempeño del cargo al nombrado en último lugar (don Antonio A. P.), pues de no haberlo hecho así habían dejado de cumplir la voluntad del testador, quien tenía ordenado que «en último extremo, podrá actuar uno solo de ellos, individualmente», el cual, obviamente, habría de desempeñar el cargo dentro del plazo correspondiente (el legal más los dos años de prórroga), contado a partir de la fecha en que fuera requerido para ello, como ocurrió en el caso que nos ocupa. Por todo lo cual, el presente motivo también ha de fenecer.

SEXTO.—Antes de entrar en el examen de la segunda cuestión, han de dejarse consignados los siguientes presupuestos fácticos: 1.º Doña Adela B. V. (hermana de don Marcelino B. V.) estaba judicialmente declarada incapaz, siendo su tutor su referido hermano. 2.º El día 28 de septiembre de 1964, doña Adela B. V. (ante el notario de Vigo, don...), otorgó testamento abierto, cuya única disposición testamentaria es del siguiente tenor literal: «OTORGA: que es su deseo, que su hermano y tutor, don Marcelino B. V. no perciba beneficio alguno de la testadora, ni que sea llamado, bajo ningún aspecto, a recibir bienes de su herencia, de la que lo aparta en absoluto. Y ello, por razón del abandono en que la tiene». 3.º Doña Adela B. V., en estado de soltera, falleció el día 12 de agosto de 1967. 4.º Don Marcelino B. V. promovió juicio de mayor cuantía, en el que impugnó la validez del referido testamento de su hermana doña Adela B. V. y solicitó su declaración como único heredero abintestato de la misma. En dicho juicio, recayó Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número dos de Vigo, de fecha 28 de noviembre de 1969, por la que declaró nulo e ineficaz el expresado testamento y a don Marcelino B. V. único y universal heredero abintestato de su hermana doña Adela B. V. En el recurso de apelación que contra dicha sentencia interpuso don Marcelino B. P., la misma fue confirmada por Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, de fecha 10 de abril de 1971, y ésta, a su vez (en el correspondiente recurso de casación), fue confirmada por Sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 8 de marzo de 1972. 5.º Don Marcelino B. V. falleció el día 10 de enero de 1971, o sea, después de haber sido dictada la referida Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (de fecha 28 de noviembre de 1969) y antes de que lo fueran las ya mencionadas de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña (de fecha 10 de abril de 1971) y de esta Sala Primera del Tribunal Supremo (de fecha 8 de marzo de 1972), confirmatorias de la de primera instancia.

SEPTIMO.—Como ya se tiene dicho en el apartado b) del Fundamento Jurídico segundo de esta resolución, el actor don Marcelino B. P. basó también su pretensión de nulidad de la partición hecha por el contador-partidor don Antonio A. P. en la alegación de que en dicha partición se habían incluido, como formando parte del caudal hereditario del causante don Marcelino B. V., los bienes que éste había heredado de su hermana doña Adela B. V., cuando dicho causante, dice el actor, había fallecido antes de haber aceptado la herencia de su referida hermana. La expresada pretensión anulatoria también fue desestimada por la sentencia recurrida, por entender, en plena coin-

cidencia con la de primer grado, que don Marcelino B. V., antes de fallecer en 10 de enero de 1971, ya había aceptado la herencia de su hermana doña Adela. La aludida tesis resolutoria de las coincidentes sentencias de la instancia aparece impugnada en el motivo tercero y último del recurso de don Marcelino B. P., con la misma apoyatura procesal que los dos anteriores, por el que, denunciando violación del artículo 991, en relación con el 1.006, ambos del Código Civil, el recurrente viene a sostener, en esencia, que don Marcelino B. V. falleció sin haber aceptado la herencia de su hermana doña Adela, al haber ocurrido dicho fallecimiento antes de que quedara firme la sentencia por la que se declaró nulo e ineficaz el testamento de doña Adela y se declaró también al señor B. V. único y universal heredero abintestato de su referida hermana. Partiendo del supuesto de que, declarada la nulidad e ineficacia del testamento de doña Adela, con la eficacia «ex tunc» que corresponde a toda nulidad radical o absoluta, la vocación «ex lege» (artículos 657, 912.1.º y 946 del Código Civil) de don Marcelino B. V. a la herencia de su hermana doña Adela, ha de entenderse producida desde el momento del fallecimiento de ésta, a partir de cuya fecha podía aceptarla, el motivo ha de ser desestimado, ya que toda herencia puede ser aceptada de forma tácita, una de cuyas manifestaciones es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptarla (artículo 999 del Código Civil), es decir, por actos concluyentes que revelen de forma inequívoca la intención de adir la herencia, o sea, aquellos actos que, por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como herederos; de actos que revelen la idea de hacer propia la herencia o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia (Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1982). La expresada calificación de aceptación tácita ha de atribuirse, sin duda alguna, a la conducta de don Marcelino B. V. al impugnar la validez del testamento de su hermana doña Adela, cuya única disposición testamentaria (ya transcrita en el Fundamento Jurídico anterior de esta resolución) se limitaba únicamente a excluirle de participar en su herencia y cuyo proceso impugnatorio (en el que, al mismo tiempo, pidió se le declarara único y universal heredero abintestato de su referida hermana), terminó por sentencia estimatoria de sus pretensiones, dictada en primera instancia con fecha (28 de noviembre de 1969) anterior a su fallecimiento, aunque la firmeza de la misma, a virtud de los sucesivos recursos (de apelación y casación) interpuestos por su hijo don Marcelino B. P. (aquí recurrente) se produjera después de su muerte, antes de la cual había dejado patentizada ya, de modo concluyente e inequívoco, como acaba de decirse, su aceptación de la expresada herencia de su hermana, por lo que la sentencia recurrida no sólo no ha incurrido en la denunciada infracción de los preceptos invocados por el recurrente, sino que ha hecho una correcta aplicación del artículo 999 del Código Civil, en cuanto viabilizador de la aceptación tácita de la herencia, que se produjo en el caso aquí enjuiciado, lo que ha de comportar, como ya se tiene dicho, también el fenecimiento de este motivo y, por tanto, la desestimación del recurso interpuesto por don Marcelino B. P. con expresa imposición a éste de las costas causadas con el mismo y la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal que corresponda.

OCTAVO.—La desestimación que acaba de hacerse del recurso interpuesto por el demandado don Marcelino B. P. nos lleva necesariamente al estudio y resolución del formulado por los demandados don Enrique y doña María B. P., que se orienta, como ya se dijo en el Fundamento Jurídico primero de

esta resolución, a combatir el pronunciamiento de la sentencia recurrida, por el que, estimando el pedimento subsidiario de la demanda, declara la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte y les condena a indemnizar al actor en la cantidad de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez (4.802.910) pesetas. El motivo único, integrador del expresado recurso, formulado al amparo del ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción del artículo 359 de la misma Ley, en atención a que, a juicio de los recurrentes, la petición contenida en el punto séptimo de la demanda envuelve la cuantificación del valor de su derecho hereditario en quince millones de pesetas, por lo que la Sala de instancia, al conceder al demandante una indemnización de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez pesetas, que añadidas a las adjudicaciones en partición, cifradas en diez millones setecientos veinticuatro mil ochocientos cuatro (10.724.804) pesetas, proyectan una suma total de quince millones quinientas veintisiete mil setecientos catorce (15.527.714) pesetas, lo que implica, dicen los recurrentes, una plus concesión a lo pedido, que entraña incongruencia. El motivo fracasa, porque parte de un supuesto inexacto, ya que la pretensión de la demanda, en el punto séptimo del «suplico», lo que cuantifica en quince millones no es el valor de su derecho hereditario, sino el daño producido en la adjudicación para el pago de su cuota hereditaria, que es la correspondiente a su legítima estricta y, por ello, en la duda de que no llegue a esa cantidad el daño, añade —significativamente en orden a su intención y voluntad de pedir— el párrafo siguiente: «o, y que se determine en período de prueba»; y la evidencia de que con esta postulación se refería al daño o minoración en la adjudicación que le había sido hecha en el cuaderno particional y no al valor de su cuota hereditaria, como certeramente se dice en las dos sentencias de la instancia, es que tal petición está en correcta correspondencia con el dictado del artículo 1.074 del Código Civil, en que la lesión en más de la cuarta parte entraña una confrontación aritmética entre el valor de lo adjudicado y el caudal relicto, obviamente en función de la cuota hereditaria, que se simboliza en una fracción determinada, por lo que no hay plus concesión en la sentencia impugnada, lo que hace decaer el motivo. En definitiva, y haciendo caso omiso del juego de palabras que los recurrentes emplean, el daño cuya indemnización se pide es la diferencia entre el valor absoluto del caudal hereditario, proclamado en la sentencia combatida, y el correspondiente a la adjudicación real de bienes al demandante, según la participación fraccionaria que de aquel valor absoluto le correspondería, por lo que si, a tenor de lo expuesto, su cuota de valor hereditario era de quince millones quinientas veintisiete mil setecientos catorce (15.527.714) pesetas, novena parte (legítima estricta) del valor absoluto del caudal, ascendente a ciento treinta y nueve millones setecientos cuarenta y nueve mil cuatrocientas treinta y cuatro (139.749.434) pesetas, y sólo se han adjudicado bienes valorados, según los mismos parámetros, en diez millones setecientos veinticuatro mil ochocientos cuatro (10.724.804) pesetas, es evidente que el daño, por defecto de adjudicación, consiste en la diferencia de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez (4.802.910) pesetas, que es muy inferior al tope de los quince millones en que establecía el demandante el máximo de dicho perjuicio que, en todo caso, sometía a su especificación en período de prueba, habiendo los demandados, aquí recurrentes, optado en el proceso por hacer efectiva la referida indemnización de cuatro millones ochocientos dos mil novecientos diez pesetas, a virtud de la facultad que les concede el artículo 1.077 del Código Civil. El decaimiento de este único motivo

del presente recurso ha de llevar aparejada también la desestimación del mismo.

INSTITUCION CONDICIONAL DE HEREDERO. SUSTITUCION «SINE LIBERIS DECESSERIT». ARTICULOS 759, 774, 789, 790 Y 791 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1992).

La interpretación del testamento es función de los Tribunales de instancia, a menos que sea manifiestamente errónea o contradiga con toda claridad la voluntad del testador.

El heredero que muere antes de que la condición se cumpla no adquiere derecho alguno y, por tanto, no puede transmitirlo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lugo, conforme a los siguientes fundamentos:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Don Abel G. G. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña María Josefa Gumersinda G. G., don Eduardo R. G. y doña Videla F. (esposos entre sí), don Isidro G. P., doña Carmen y doña María G. P., las personas que sean herederas u ostenten derechos sobre la herencia de doña Sofía G. P. y el Ministerio Fiscal, sobre declaración de herederos y otros extremos, en cuyo procedimiento se estimaron acreditados los siguientes hechos: a) Don Manuel G. G. estuvo casado con doña Generosa G. G., habiendo de tal matrimonio tres hijos: José, Angel y María Josefa Gumersinda G. G. b) Si bien doña Generosa falleció el 7 de octubre de 1913, hizo testamento, en el que, tras decir que «deja por hijos a José, Angel y María Josefa Gumersinda», deja «al José dos tercios de todos sus bienes, quedando lo restante para repartir entre todos» y que «también declara que si el José muere sin dejar herederos pase la mejora al que le sigue, y que si alguno de ellos no tiene capacidad legal para regir y administrar, le sucede en la mejora el siguiente». c) Posteriormente, el viudo don Manuel G. G. casó con doña Brígida P. G., habiendo de tal matrimonio cuatro hijos: Carmen, Sofía, María e Isidro G. P. d) Don Manuel G. G. falleció en 23 de junio de 1923 y su segunda esposa Brígida, murió en 9 de abril de 1961; la hija de ambos, Sofía, murió el 24 de mayo de 1955. e) Respecto a los tres hijos de don Manuel G. G. y de doña Generosa G., consta: que Angel murió soltero, sin descendencia y sin testar, el día 18 de febrero de 1931; que José murió soltero, sin descendencia y con testamento hecho el 30 de diciembre de 1959, el día 12 de febrero de 1964, y que en tal testamento instituyó universal heredero a su sobrino carnal, don Abel, y f) La herencia de doña Generosa permanece todavía indivisa. La cuestión más esencial planteada en la litis fue la del alcance y significación que merecía la cláusula testamentaria otorgada por doña Generosa, cuestión a la que se circunscribe el presente recurso de casación, y sobre la cual, discreparon las sentencias recaídas en primera y segunda instancia, pues en tanto el

Juzgado entendió que la mejora concedida por doña Generosa a su hijo José, pasó íntegramente a su hijo Angel por haber fallecido José sin descendencia, la Audiencia estimó, por el contrario, que el derecho a la mejora se consolidó en José, desde el momento en que Angel premurió a su hermano.

SEGUNDO.—En el segundo motivo del recurso, único a estudiar, como ya se dijo, se denuncia la infracción, por no aplicación de los artículos 774, 789, 790 y 791 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de 30 de abril de 1913 y 16 de enero de 1915, reduciéndose la argumentación de la parte recurrente a que la voluntad de la causante doña Generosa está claramente expresada en su testamento, pues de la lectura de su disposición testamentaria a favor de su hijo José, al haber fallecido éste sin sucesión, pasó al siguiente hijo, es decir, a doña María Josefa Gumersinda, que era la única hija que le sobrevivía, dado que José y Angel habían fallecido sin sucesión. Está fuera de discusión que *la interpretación de los testamentos es función de los Tribunales de instancia, a menos que sea manifiestamente errónea o contradija con toda claridad la voluntad del testador*, como así ha venido siendo declarado en doctrina consolidada de la Sala, que por ser de general conocimiento excusa la cita de las sentencias en que figura reconocida, y de ello, que el tema planteado por el recurso consista en determinar si la labor interpretativa del Tribunal «a quo» respecto a la disposición testamentaria de que se hizo mención, fue correcta o, por el contrario, desconoció la voluntad e intención de la testadora.

TERCERO.—Atendiendo a la literalidad de los términos de expresión de la cláusula testamentaria, primer elemento interpretativo, aparece evidente que la testadora, doña Generosa, estableció un llamamiento condicional respecto al destino de la mejora, que se proyecta en la frase de «si el José muere sin dejar herederos» y la clave del beneficiario de dicho llamamiento está en la frase que se enlaza a continuación: «pase la mejora al que le sigue», esto es, a Angel, con lo cual, aquel llamamiento se viene a configurar como único y cuasi nominal, y vino a suponer una especie de sustitución «sine liberis». Siguiendo con la hermenéutica literal, es evidente que la condición no aconteció, en cuanto que José falleció con testamento otorgado, en el que se instituyó como heredero testamentario a su sobrino carnal Abel, y como consecuencia de ese incumplimiento de la condición, hay que entender que en José se consolidó la mejora, pero, por otro lado, la premoriencia de Angel respecto a José vino a significar la imposibilidad de que Angel hubiera llegado a adquirir un derecho sobre la mejora y la imposibilidad, por tanto, de transmitir tal derecho a sus herederos, en armonía con lo dispuesto en el artículo 759 del Código Civil. La aludida doble imposibilidad produce, a su vez, la consecuencia de resultar indiferente al caso la circunstancia de haber sido intención de la testadora identificar la palabra «herederos» con la de «descendientes», pues, en cualquier caso, Angel por su premoriencia, no pudo transmitir derecho alguno sobre la mejora. Por último, debe puntualizarse que al entender que fue Angel el único y exclusivo beneficiario del llamamiento, la sustitución no podía haber alcanzado nunca a la hermana María Josefa Gumersinda.

COMENTARIO.—El supuesto que motiva esta sentencia es vivo ejemplo del cuidado con que deben redactarse las cláusulas testamentarias, ya que la contenida en el testamento de doña Generosa es lo suficientemente oscura para originar dos distintas interpretaciones por el Juzgado y por la Audiencia. Aun dando por buena la tesis de esta última, como lo hace el Tribunal Supremo,

en razón al fundamental hecho de que el hijo Angel —segundo llamado— fallecido después que su madre, doña Generosa, premurió a su hermano José —primer llamado— falleciendo ambos sin descendencia, por lo que al morir antes de que se cumpliera la condición de que José falleciera sin «herederos», no pudo adquirir ni, por ende, transmitir derecho alguno, quedan en pie numerosas dudas y son discutibles las afirmaciones que a modo de «obiter dicta» se expresan en la sentencia. Las cuestiones que no aparecen claras son principalmente:

1.^a La palabra *herederos* debe interpretarse en sentido técnico estricto, comprendiendo a cualesquiera sucesores a título universal, incluso herederos voluntarios extraños o, por el contrario, equivale a *descendientes*, interpretación esta última que está más acorde con el fundamento y finalidad del fideicomiso o sustitución «sine liberis».

2.^a El «pase la mejora al que le sigue» quiere significar que la voluntad de la testadora era la de llamar únicamente al siguiente hijo Angel o debe entenderse que deben agotarse todos los llamamientos a favor de los tres hijos que enumera en la misma cláusula y por ello después de Angel vendría la hija María Josefa Gumersinda si sobrevive al primer llamado y muere con descendencia. Solución esta última que es más conforme con la finalidad de esta sustitución, que es mantener los bienes dentro de los descendientes directos o en línea recta descendente de la testadora. Por eso debiera haberse expresado «pase la mejora al que le sigue en orden sucesivo», o mejor, «pase la mejora al que le sigue y así sucesivamente» y ya, para mayor claridad, «pase la mejora a Angel y, en su defecto, a María Josefa Gumersinda». Esta interpretación que se propone parece que tiene a su favor el argumento de que si la testadora llama a los tres para el caso de que alguno de ellos careciese de capacidad legal para regir y administrar, esto es, en este supuesto es llamada también la hija, la misma solución deberá aplicarse en el caso de que el segundo llamado no puede adquirir por premoriencia, ya que también en este caso puede decirse que carece de capacidad. Por esto no aparece tan claro que sea Angel el único y exclusivo beneficiario del llamamiento, sin que la sustitución pudiera alcanzar nunca a la hija de la testadora, ya que ésta no la limita a los hijos varones.

Sobre el particular puede consultarse, entre otros:

ROCA SASTRE: *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, Barcelona, 1948. *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» en el Código Civil*, Madrid, 1956. VALLET: «Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula «si sine liberis decesserit» en el Derecho de Castilla y en el Código Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, XIV-1, pp. 783-860. PUIG FERRIOL: «Sustitución fideicomisaria si sine liberis decesserit en Mallorca (Sentencia de 24 de octubre de 1964)», en *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 139-140.

F. C. L.