

III. Sentencias del Tribunal Supremo

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

TERCERIA DE DOMINIO: UNICA POSIBILIDAD DE RECONVENCION (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La praxis judicial ha establecido con cierta persistencia la doctrina de que en los juicios de tercería de dominio sólo es admisible la reconvencción que se enderece a obtener la declaración de nulidad del título esgrimido por el tercerista (SS de 28 de junio de 1979 y 18 de julio de 1983).

RESPONSABILIDAD POR RIESGO: DEBE RECAER SOBRE QUIEN LO HA CREADO (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Existe una responsabilidad por riesgo que no necesita fundamentarse en la culpa, puesto que las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aun lícitas y permitidas (como las de los promotores de obra), deben recaer sobre quien ha creado, a través de las mismas, riesgos y peligros para terceros. Responsabilidad por riesgo, incluíble en la esfera del artículo 1902 del Código Civil, es responder por el peligro puesto por sí mismo, es decir, imponer al que domina una fuente de peligro, representada por una empresa o explotación permitida, las consecuencias derivadas de la inminencia de producción de los daños derivados de tal empresa, o dicho de otro modo, es la imputación de un daño a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes.

MODALIDADES DE LA SUSTITUCION DEL DEUDOR EN LAS OBLIGACIONES (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La sustitución de la persona del deudor, en las relaciones contractuales, puede revestir varias modalidades: a) La conocida

como *expromisión*, con base al artículo 1.205 del Código Civil, y que consiste en que la novación subjetiva en la persona del deudor se produce mediante acuerdo directo entre el acreedor y un nuevo deudor —tercero ajeno a la obligación primitiva— el que libera al deudor originario de sus cargas. No requiere consentimiento, ni siquiera su conocimiento, ya que el nuevo actúa espontáneamente y no por delegación o con intervención del antiguo, de tal manera que se produce un efecto plano liberatorio, pues la obligación que asume el expromitente extingue la anterior; b) La delegación de pagos, que el artículo 1.206 del Código Civil, si bien no la regula, la admite, dándola por supuesta, viene representada por un convenio entre deudores mediante el cual el deudor primitivo (delegante) ordena a otra persona extraña al contrato (delegado) que recibe la orden y la acepta y la ejecuta a favor del acreedor-delegatario, el que asiente y admite este cambio en el sujeto obligado, por tanto la obligación primitiva subsiste, ya que no se ha producido su extinción, sino sólo su modificación; c) La asunción acumulativa de la deuda o refuerzo mediante la cual el deudor nuevo se introduce en la obligación para colocarse junto al deudor primitivo, en concepto de deudor solidario, sin producir efectos liberatorios para aquél; por lo tanto la aceptación por el acreedor del nuevo obligado no libera al originario y con ello no se da lugar a la novación, sino a la subsistencia de dos obligaciones idénticas en régimen de solidaridad pero con una única y similar causa, distinguiéndose de la fianza, en la que el fiador acepta la responsabilidad por la deuda ajena, que garantiza, asumiendo en consecuencia la responsabilidad de su cumplimiento por el deudor principal.

La asunción de deuda, si bien reviste caracteres de negocio atípico, es perfectamente procedente y adecuado según el artículo 1.205 del Código Civil y doctrina sostenida por esta Sala. Mediante tal institución, el deudor originario viene a ser sustituido por el posterior, que asume la deuda, en dimensión liberatoria, mediante el consentimiento del acreedor a esta mutación subjetiva en el pacto relacionante, operando, en caso de insolvencia del nuevo deudor, con los efectos que prevé el artículo 1.206 del Código Civil. De esta manera, no puede reputarse la coexistencia de dos deudores alineados en idéntica postura frente al acreedor, sino dos sujetos obligados a cumplir la obligación, en su caso, por distintos títulos y por lo que su posición no es acumulativa, sino disyuntiva, ante la relación contractual que permanece idéntica, si bien con obligados pasivos diferentes y por ello las acciones de reintegro y reembolso que asisten al acreedor han de dirigirse contra el nuevo deudor que se incorporó con posterioridad, no contra el deudor primitivo, que quedó desvinculado plenamente al darse la precisa aceptación del acreedor.

HAY DIFERENCIAS MUY IMPORTANTES ENTRE LAS ACCESIONES POR UNION Y LAS DE FRUTOS (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 353 del Código Civil que explicita, de manera harto simplificada, la doctrina sobre la accesión elaborada por los glosadores y transmitida al Código Civil francés sin las matizaciones que mostró siempre la jurisprudencia romana sobre el instituto, no impide que al tratar de las clases o modalidades de la accesión se consideren las diferencias muy importantes entre las accesiones por unión o incorporación de las referidas a los «frutos», vinculadas estrechamente al *ius fruendi*, es decir, al derecho que tiene el titular de una relación jurídica fruitiva a aprovecharse de

las rentas, productos o beneficios que produzca su objeto. Puede, por tanto, ocurrir, y así sucede con suma frecuencia, que no sea el propietario quien se aproveche de los frutos porque no tenga la facultad de goce y lo sea el usufructuario, el arrendatario o el simple poseedor de buena fe no propietario, tal como reconoce el artículo 451 del Código Civil.

PRECONTRATO: SUS CARACTERISTICAS Y DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DEFINITIVO (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—No es preciso que en el precontrato se indiquen todos los elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación ulterior y la especie del futuro contrato definitivo; en otro caso, el contrato preliminar se confundiría con el definitivo y el primero sería inútil como preliminar. Del precontrato surgen obligaciones para las partes, que se distinguen en sus efectos del contrato definitivo, ya que su contenido directo es la obligación de *unfacere*, de prestar su consentimiento; lo esencial del precontrato es la indeterminación específica de los requisitos esenciales del convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva.

El contrato preliminar, o precontrato, según Sentencia de 2 de febrero de 1960, consiste en vincular a las partes en el mismo intervinientes para la conclusión de un contrato futuro, que no se pudo o no se quiso celebrar al tiempo de suscribir el precontrato, y por ello tal contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior ha de ser definitivo ni engendra otra obligación que la de prestar a éste el consentimiento por quienes a ello se obligaron.

LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS NO ES APLICABLE A TODOS LOS SUPUESTOS DE DAÑOS (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando la postura de esta Sala es proclive a admitir que, en determinados campos del Derecho, y en virtud de la aplicación de la doctrina de los riesgos, aun sin admitirse la responsabilidad objetiva por los daños causados a terceros, puede llegarse a una inversión de la carga de la prueba que arroje sobre el causante de los mismos, la de acreditar que actuó con diligencia, cuando su producción pueda encadenarse causalmente a la puesta en escena de un mecanismo que actuando en su favor y proporcionándole beneficios, debe reputarse causa de los perjuicios sufridos por el tercero, es cierto, sin embargo, que esta postura es tan sólo aplicable a determinadas esferas de actuación, como puede ser, por ejemplo, la de los daños causados por la circulación de vehículos, pero ni puede pretenderse su indiscriminada aplicación a todos los supuestos de daños ni menos aún su vocación de regir los posibles perjuicios que al particular ocasione la falta de prosperidad de una actuación judicial, ya que de admitirse tal doctrina se produciría la inadmisable conclusión de que promovido un litigio, que normalmente concluye con la desestimación en mayor o menor grado de las pretensiones de una de las partes, las profesiones que tuviesen atribuidas la representación y defensa de los intereses de la parte que no vio atendidos sus pedimentos, se verían forzados, para evitar ser responsabilizados por los perjuicios que la falta de éxito de sus pretensiones ocasionase a su cliente a formular una dificultosa

prueba de que la causa de tal resultado no fue la negligencia en su actuación, sino la carencia de razón, con arreglo a Derecho, de la postura que ellos sostuvieron cuando parece razonable concluir que tal responsabilización, aun posible en determinados supuestos, tan sólo habrá de producirse en los casos en que, por el contrario, la parte que reclame la indemnización acredite que los daños sufridos por la falta de estimación de sus pedimentos sean causalmente atribuibles a la negligente actuación profesional de quien tenía a su cargo la tutela jurídica de los intereses de su cliente.

EL FONDO NACIONAL DE GARANTIA VIENE OBLIGADO A SUPLIR LA INOPERANCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—El Fondo Nacional de Garantía nació en íntima conexión con el seguro obligatorio y para suplir la cobertura proporcionada por las entidades aseguradoras en todos aquellos supuestos en que, por cualquier causa, no tuviese efectividad la obligación indemnizatoria de las aseguradoras, y en general cuando no se produzca la asistencia o indemnización; por ello ha de entenderse que el artículo 3 del Decreto 18/1964, de 3 de octubre, al incluir entre las funciones del Fondo «el cumplimiento de las obligaciones de dichas entidades cuando se encuentren en situación de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra», no hace sino especificar uno de los supuestos incluidos dentro de la cláusula general del artículo 45 de la Ley de 1962 y en los que el Fondo Nacional de Garantía viene obligado por ley a suplir la inoperancia de las entidades aseguradoras.

En el Real Decreto legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, al ordenamiento jurídico comunitario, representado por las Directivas de la Comunidad Económica Europea, se hace referencia a la obligación de los Estados miembros de constituir o reconocer un organismo que tenga por misión la de reparar, al menos en los límites del seguro obligatorio, los daños corporales y materiales; por su parte, el Real Decreto 2641/1986, por el que se aprueba el Seguro de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, al regular el Consorcio de Compensación de Seguros dispone que el Consorcio asumirá las obligaciones de las aseguradoras cuando hubiesen sido declaradas en quiebra, suspensión de pagos, o que hallándose en una situación de insolvencia estuviesen sujetas a liquidación.

REQUISITOS PARA PODER APLICAR LA CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS» (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la que señala como premisas indispensables para poder tener en cuenta la cláusula *rebus sic stantibus*: A) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; B) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; C) Que todo ello

acontezca por la sobrevenencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y D) Que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio (SS de 6 de octubre de 1987 y 10 de diciembre de 1990, entre otras).

RESPONSABILIDAD DECENAL: EL PLAZO DE PRESCRIPCION DE LA ACCION ES DE QUINCE AÑOS (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que cuando la ruina se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la ejecución de la obra y otras a la dirección de la misma, sin posibilidad de precisar las consecuencias dañosas de cada incumplimiento, la responsabilidad de todos ellos es solidaria frente al dueño de la obra, ello sin perjuicio de las posibles acciones de repetición que puedan entablarse entre los distintos condenados en la vía que proceda (SS de 12 de marzo de 1985 y 14 de julio de 1989, entre otras).

La acción aquí ejercitada por los dueños y contratantes de la obra no es la de responsabilidad por culpa extracontractual, sino la de responsabilidad *ex lege*, conocida como decenal, que contempla el artículo 1.591 del Código Civil, acerca de la cual tiene declarado esta Sala que una vez producida la ruina o manifestado el vicio ruinógeno dentro del plazo de garantía que dicho precepto establece (diez años a contar desde la terminación de la obra) y nacida por tanto la correspondiente acción para exigir dicha responsabilidad *ex lege*, el plazo de prescripción de la misma es el de quince años (a partir de su nacimiento).

PRUEBA DE CONFESION: SE PIDE A UN LITIGANTE CONTRARIO (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Esta Sala, en reciente sentencia, ha recordado la doctrina constitucional en orden al derecho a la prueba, según la cual el artículo 24 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de utilizar los medios de prueba pertinente en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado; este derecho fundamental inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y al haber sido constitucionalizado, impone unas nuevas perspectivas y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación.

La prueba de confesión ha de subordinarse al cumplimiento del mandato del artículo 579, que impone que la misma haya sido solicitada por la parte contraria, precepto este que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido literal de que la confesión en juicio es solamente la que hace un litigante cuando así lo exigiese un contrario, declarando asimismo la Sentencia de 19 de noviembre de 1949 que según el artículo 579, para que un litigante pueda exigir la prueba de confesión en juicio, es preciso que se exija de otro litigante, es decir, de otro que sea contrario al que la pida, o sea, que sostenga tesis y formule peticiones contrarias a las de éste.

LA DEMANDA SOBRE UN BIEN GANANCIAL DEBE SER DIRIGIDA CONTRA AMBOS CONYUGES (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Aun en plena vigencia la reforma del Código Civil, respecto del título III del libro IV, operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, las sentencias de esta Sala continúan inspirándose en la jurisprudencia anterior, reacia a la admisión del litisconsorcio pasivo necesario en problemas litigiosos relacionados con contratos sobre disposición de bienes gananciales; sin embargo, esta línea jurisprudencial empezó a quebrar a partir de algunas sentencias dictadas en 1988. Concretamente la de 6 de junio de 1988, sobre resolución de un contrato de compraventa de un bien ganancial, establece la consecuencia estimatoria de la situación de litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que el bien se adquirió para la sociedad de gananciales. Entre las razones que abonan la favorable acogida del litisconsorcio se incluye la consideración de que la facultad que el párrafo segundo del artículo 1.385 del Código Civil concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes no significa nada más que cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar en exclusividad el ejercicio de una acción que por afectar a ambos debió ser dirigida contra los dos.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA DARSE LA «ACCESION INVERTIDA» EN LA CONSTRUCCION EXTRALIMITADA (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Para el supuesto de construcciones extralimitadas, carente de regulación específica en nuestro sistema, esta Sala ha rechazado la rígida aplicación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada accesión invertida y constituyendo un cuerpo de doctrina que arranca de la Sentencia de 31 de mayo de 1949 y continúa con las de 16 de marzo de 1959 y 2 de julio de 1960, siendo el invariable supuesto de aplicación de esta doctrina el identificable a través de los tres siguientes rasgos: que la construcción o edificación invada terreno aledaño, que esa inmisión se efectúe de buena fe, siendo indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente, y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido.

COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO: DIFERENCIA CON EL ARRENDAMIENTO CON OPCION DE COMPRA (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La Sentencia de 18 de septiembre de 1985 afirma que el desplazamiento posesorio de un bien fijando precio definitivo de su transmisión, con entrega efectiva de parte de él y aplazamiento de abono del resto, en manera alguna puede entenderse significativo de opción de compra, sino de real compraventa con parte del precio aplazado; y dice que no puede entenderse alterado el vínculo jurídico de compraventa por la circunstancia de que conjuntamente con la entrega de parte del precio establecido

se hubiera asignado también una determinada cantidad con causa arrendaticia, puesto que claramente está poniendo de manifiesto que dicha cantidad asignada a renta no responde a un real vínculo arrendaticio, sino a una garantía del vendedor para resarcirse del comprador, por la posesión que hubiera mantenido, de la parte de precio aplazado en el caso de no entregarse éste en su día y quedase por su causa resuelto el contrato de compraventa concertado y, por tanto, sin base de que se hubiese convenido efectiva relación arrendaticia.

NATURALEZA DEL CONTRATO DE RENTA VITALICIA: NO ENMARCA DENTRO DE LA DONACIÓN (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—En el supuesto de transmisión del pleno dominio de una finca, en contraprestación de la obligación de prestar alimentos con la extensión que determinan los artículos 142 y siguientes del Código Civil por toda la vida del alimentista, nos encontraremos en presencia de un contrato vitalicio de naturaleza atípica, que si participa en parte de la naturaleza de la renta vitalicia, aunque no asimilable a ella, que en la técnica francesa se denomina *bail de nourriture*, por virtud del cual se hace una cesión de bienes a cambio del compromiso, por el que los recibe, de dar al cedente alimentos y asistencia durante su vida, no enmarca dentro del ámbito jurídico de la donación y, por tanto, no son de aplicación los artículos 619 y 633 del Código Civil, que a ella exclusivamente se contraen.

LA SIMULACION CONTRACTUAL SE PRODUCE CUANDO NO EXISTE LA CAUSA QUE EXPRESA EL CONTRATO (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público. La simulación es un vicio de la voluntad consistente en que una parte, de acuerdo con la otra, manifiesta una voluntad aparente y, en caso de simulación absoluta, por no querer concertar acto alguno. La consignación en la escritura de un precio confesado no implica simulación de precio, ya que el documento en que consta, si bien para terceros da fe del hecho y de la fecha, en cuanto a las partes hace prueba las declaraciones que en ella hubiesen hecho los contratantes (art. 1.218 Código Civil) en el caso discutido, el precio confesado obliga al que hizo esa declaración.

PRELACION DE CREDITOS: LAS DEUDAS QUE CONSTEN EN ESCRITURA PUBLICA HAN DE ESTAR DETERMINADAS (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—El Código Civil, en su artículo 1.924, apartado A) de su número 3.º, concede preferencia entre sí por el orden de antigüedad de sus fechas a los créditos que, sin privilegio especial, consten en escritura

pública, siendo de añadir, que según reiterada doctrina legal, las pólizas intervenidas por Agente de Cambio y Bolsa o Corredores Colegiados de Comercio están asimiladas a las escrituras. Ahora bien, la indicada preferencia es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, como por ejemplo cuando la cantidad figurada es entregada al tiempo de su suscripción, pero no ocurre lo mismo en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisan de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, y en tales casos la preferencia viene referida a la fecha de esa operación de determinación.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LOS EXTRAÑOS NO PUEDEN DEBATIR SI UNOS ELEMENTOS SON DE PROPIEDAD COMUN O PRIVADA (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—No puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos componentes físicos de la entidad jurídica que es la comunidad de propietarios, con semejanzas en su propia naturaleza con los llamados «actos de conjunto», son de titularidad dominical privada o común, pues aquello queda reservado a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa comunidad, tanto más cuanto que la Junta acordó que el presidente entablara cuantas acciones fueran precisas para obtener la enmienda de las deficiencias constructivas detectadas en los edificios de la comunidad.

AVAL PRESTADO POR MUJER CASADA: PUEDE SER COMPELIDA A PAGAR CON SU PORCION DE GANANCIALES (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—En principio un aval prestado por mujer casada ni estaba prohibido por la ley ni entrañaba por sí mismo acto de disposición de bienes gananciales. Sólo cuando la obligación avalada vence, es exigida y se persiguen bienes para hacerla efectiva, puede plantearse si la afección de bienes para su pago es o no permitida por el régimen matrimonial sin consentimiento del marido o de la mujer, porque ambos cónyuges son iguales a dichos efectos según el artículo 65 (hoy a todos, como proclama el art. 66, redacción de 1981).

No cabe ignorar que si la esposa pudo obligarse y se obligó, contrajo desde entonces, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el artículo 1.911 del Código Civil, el deber de pagar con todos sus bienes presentes y futuros. Como aún no ha pagado, su deber subsiste, y modificado desde 1981 el derecho matrimonial, ha de tenerse presente que actualmente cuando un cónyuge contrae obligaciones personales que no cabe satisfacer con sus bienes privativos, puede ser compelido a pagar con su porción de gananciales, llegando incluso a la disolución de la sociedad conyugal (art. 1.373).

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS INTERVINIENTES EN LA CONSTRUCCIÓN(SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es regla general la institución de la solidaridad en atención a concurrencia causal única, ha de precisarse que dicha regla no es ni puede ser exclusiva, fija y menos automática, cuando es factible definir y delimitar las actividades culposas o exculporias de los intervinientes en la ejecución de una obra.

La función dinámica negocial de la construcción cada vez ofrece más complejidades, en atención a todas aquellas personas físicas y jurídicas que, en posiciones distintas, cooperan y se convierten en coautores de dicho negocio que, precisamente, no cuenta con el ordenamiento jurídico debidamente detallado y adaptado a la realidad histórica presente.

En este sentido se puede establecer un amplio arco de intervinientes en las actividades de la construcción de inmuebles; desde los propietarios del solar, que constituye el soporte material necesario para levantar la edificación, los dueños de la obra, que pueden coincidir con aquéllos y con la figura del promotor-vendedor, entendiéndose por tal el que centra toda la actividad constructora, protagonizándola en primer plano, en razón a sus funciones de ideación, planificación, coordinación, organización, acometida, financiación y control del programa de construcción inmobiliaria que pretende llevar a cabo, de tal manera que su actividad se profesionaliza cada vez más y culmina con la comercialización de lo edificado. El referido promotor puede asimismo actuar como constructor o contratar la labor edificativa con quien reúne esta condición. En todo caso, la actividad constructiva requiere la necesaria dirección y controles técnicos, lo que supone la aparición de otros intervinientes en el negocio, cuáles son los Arquitectos-directores de obra a los que la doctrina jurisprudencial exige mayor grado de diligencia atendida la garantía técnica y profesional de sus conocimientos, y los Arquitectos técnicos o Aparejadores, como profesionales encargados de la ordenación y dirección de su ejecución materializada, ya que asumen su control práctico. Se completa el abanico de intervinientes constructivos por las posibles incidencias y consiguientes vinculaciones indemnizatorias a cargo de los fabricantes de los materiales empleados en la edificación y de las aseguradoras que hayan suscrito las diversas modalidades que abarca el campo de los seguros de este particular ramo.

La responsabilidad solidaria que sobre la base fáctica precisada contiene la sentencia de apelación, resulta la procedente y concorde con la doctrina de esta Sala en casos análogos, ante la ausencia de conductas ilícitas civiles determinadas y concretas, pues a la responsabilidad *ex lege* del artículo 1.591, en los supuestos de ruina acreditada, se le agrega la presunción *inris tantum* de que aquella situación plenamente negativa ha sido debida a las personas que intervinieron en el proceso constructivo.

En todo caso, la buena fe contractual ha de ser relevante como buena fe de la construcción y el principio general que disciplina los contratos.

COSA JUZGADA: ENTRAÑA LA IMPOSIBILIDAD DE DECIDIR DE MANERA DISTINTA AL FALLO PRECEDENTE (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La situación de cosa juzgada material entraña la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de

decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza; la concurrencia de las identidades ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso, para apreciar una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos. La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal, de suerte que la declaración positiva de un derecho comporta la acción de declaración negativa del antagónico, a partir de lo cual no puede ignorarse la esencial identidad de contenido entre dos procesos cuando, ejercitada en el primero la acción positiva, el otro litigante deduzca en el subsiguiente la correspondiente acción negativa.

DONACION DISIMULADA: PARA SU VALIDEZ HA DE CONSTAR LA ACEPTACION DE LA DONACION (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Tampoco es válido el negocio disimulado subyacente, cual es el de la donación, por deficiencias trascendentes en orden no a la forma *strictu sensu*, que por ser escrituras públicas se acomodan al mandato del artículo 633 del Código Civil, sino a la aceptación por la donataria expresada inequívocamente, ya que ha de referirse tal manifestación al negocio disimulado, es decir, a la donación misma, porque lo que no puede pretenderse es —como dice la Sentencia de 3 de marzo de 1932—, que valga para el caso la aceptación de la compra que figura en la escritura, es decir, que la escritura ha de incorporar la aceptación de la donación o por lo menos que haya constancia de tal aceptación en otro instrumento público similar a tenor del artículo 633, segundo párrafo, del Código Civil. Así lo vienen determinando actualmente en forma consolidada Sentencias como la de 16 de noviembre de 1956 y 9 de diciembre de 1960, en las que se insiste en la observancia de esta doctrina rigurosa, porque de lo contrario habría posibilidad de burlar aquellos requisitos formales con las graves consecuencias que puede determinar el *fraudem legis*.

Comentario.—La doctrina de esta Sentencia contradice la mantenida por la de 23 de septiembre de 1989, que citando a la de 9 de mayo de 1988, dice que «si bajo el negocio simulado existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado...» y decretaba la validez de la donación disimulada bajo la apariencia de la compraventa.

Y realmente parece que es pedir demasiado el exigir que en la escritura de compraventa figure la aceptación de la donación, que se enmascara tras ella; de este modo poca simulación habría en el negocio.

LA JURISPRUDENCIA EQUIPARA EL PROMOTOR AL CONTRATISTA A EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Tanto la doctrina científica como la jurisprudencial han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insufi-

ciencia de este artículo 1.591, para regular el fenómeno moderno de la construcción. Ante esta insuficiencia de la normativa civil, la jurisprudencia ha tenido la necesidad de adecuar y matizar la figura, recientemente aparecida, del promotor, equiparándola con la del contratista-constructor. Esta figura del promotor reúne generalmente en una misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo; lo que no impide que para la realización y ejecución del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material.

A esta figura compleja se le ha contrapuesto la del simple promotor-mediador, cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, supuesto en el que podrían estar incluidas ciertas cooperativas, dedicadas exclusivamente a procurar viviendas a sus socios.

La realidad fáctica hizo necesario concretar la responsabilidad del promotor frente a supuestos de insolvencia o desaparición de las entidades contratadas por él para la realización de la obra; supuestos que colocaban a los compradores de pisos en difíciles situaciones, cuando los defectos ruinógenos se manifestaban transcurrida buena parte del plazo de garantía. La doctrina de esta Sala fue desde el principio unánime equiparando la figura del promotor con la del contratista, a efectos de incluirlo en la responsabilidad decenal establecida en el artículo 1.591 del Código Civil; y las razones que motivaron este criterio fueron las siguientes: A) Que la obra se realiza en su beneficio; B) Que se encamina a la venta a terceros; C) Que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; D) Que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; E) Que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción.

Esta absoluta equiparación sólo quiebra en aquellos supuestos de la existencia de la figura que hemos llamado promotor-mediador, en la que la ausencia de intención lucrativa en su mediación lo aparta del concepto general de la figura que estudiamos del promotor-constructor.

LOS SINDICOS DE LA QUIEBRA NO SOLO REPRESENTAN LOS ACREEDORES, SINO TAMBIEN ACTUAN EN BENEFICIO DEL DEUDOR (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—Sin entrar en la ardua y controvertida cuestión doctrinal sobre la naturaleza de la Sindicatura, es lo cierto que, según los cometidos que nuestras leyes asignan a los Síndicos, éstos no representan sólo el interés de los acreedores, aunque la intervención de ellos sea decisiva en sus nombramientos, sino también, en cuanto administradores legales de la masa de bienes, gestores que deben llevar a cabo con la diligencia de ordenados comerciantes, las actividades necesarias y convenientes para la conservación y beneficio de los bienes, actuando, cuando así resulte justificado, en sustitución procesal de la quebrada, lo que en definitiva supone actuar también en beneficio del comerciante deudor, hasta el punto que si se produce la situación, por otra parte infrecuente, originada por cambio de los valores económicos, por eficacia de la administración, o por cualquier otra causa, de que al

final se produzca un activo remanente, éste obviamente ha de entregarse al deudor.

LICITUD DEL PACTO DE PAGAR EN MONEDA EXTRANJERA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1991).

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida al condenar a la entidad demandada a devolver el importe del préstamo en francos belgas ha dado cumplimiento al artículo 1.170 del Código Civil, con arreglo al cual el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, que en el caso que nos ocupa fue en dicha clase de moneda, ello sin perjuicio de que luego el pago pueda realizarse en dicha especie monetaria, si se trata de moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial y la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente o, en otro caso, deba realizarse en su equivalente en pesetas, con observancia de todos los requisitos exigidos por el régimen jurídico del control de cambios.

J. Q. S.

c) ARRENDAMIENTOS

Arrendamientos rústicos

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

APARCERÍA. AL PRESENTAR LA DEMANDA HABIA TRANSCURRIDO CON EXCESO DEL PLAZO DE UN AÑO PARA EL PREAVISO EXIGIDO POR LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, REVELANDO QUE LA APARCERÍA SE HABIA EXTINGUIDO CONFORME AL ARTICULO 135 DE LA REFERIDA LEY (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1989).

El Juzgado de Alcázar de San Juan estimó la demanda y confirma la Audiencia de Albacete.

No prospera la casación. Es posible la acumulación de las dos acciones: resolución del contrato de aparcería y la reclamación de daños y perjuicios, como se deduce del contexto del artículo 131 LAR, a tenor de lo prevenido en los artículos 153 y siguientes LEC, en relación con el número 2 del artículo 127 LAR, al corresponder al Juez que inició la tramitación del juicio en cuestión el conocimiento de las dos referidas acciones. La demandante notificó y requirió notarialmente en 1983 al demandado para que dejase la finca libre el día 1 de noviembre de dicho año, dándole ese preaviso ya que el contrato de aparcería se había extinguido y puesto que la demanda fue presentada el 1 de abril de 1985, con lo que se da cumplimiento al artículo 109 LAR, al haber transcurrido con exceso el plazo de preaviso en forma fehaciente con un año de antelación, al menos, a la fecha en que se solicita por la demandante la entrega de la finca ocupada por el aparcero, y más si se considera que la

prórroga, vigente al hacerse la notificación, había transcurrido con exceso y tal notificación revela que el cedente da por extinguida la aparcería, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 135 LAR que autoriza a plantear la acción inmediatamente con el fin de sustanciar el litigio antes de la fecha en que debe alcanzar efecto el pronunciamiento, aun cuando no se ejecute hasta que la misma llegue.

EXTINCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO DE 1973 SUPONE UNA NOVACIÓN DE LOS ANTERIORES DE 1960 Y DE 1963, POR LO QUE LA DURACIÓN DEL CONTRATO Y DE SUS PRORROGAS DEBE PROLONGARSE VEINTIUN AÑOS, DESDE EL REFERIDO AÑO 1973 (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1989).

El Juzgado número 1 de Córdoba estimó la demanda, confirmando la misma doctrina la Audiencia de Sevilla.

Triunfa el recurso de casación. Debe admitirse la realidad del contrato de 12 de abril de 1973, que no es meramente modificativo de los arrendamientos concertados en 1960 y en 1963, sino novatorio y extintivo de aquéllos, de conformidad con el artículo 1.204 del Código Civil, puesto que se produce el cambio de la persona arrendataria, produciéndose una incompatibilidad entre ambos contratos, al pretender la eficacia de lo convenido por una persona en relación con otro de igual naturaleza concertado por otras personas, aunque una de ellas sea la misma, ya que se altera un elemento tan esencial en el contrato como son los sujetos en él intervinientes. En consecuencia, de acuerdo con la disposición transitoria 1.ª, regla 1.ª, LAR, en relación con el artículo 25 del citado ordenamiento jurídico, procede una duración máxima de veintiún años, contados desde 1973, es decir, hasta 1994 (seis de contrato más quince de prórrogas legales). En nada obsta a ello el documento de 1982, en que se fijó 1984 para finalizar las prórrogas, partiendo del contrato de 1963, ya que no es válido renunciar a un contrato cuando no era él el que regía, sino otro pactado anteriormente, como el de 1973, que daba posibilidad a la vida de mayor ámbito temporal en las prórrogas, como hemos visto antes.

Arrendamientos urbanos

NULIDAD DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—NO SE HA PROBADO LA FALSEDAD DEL ACTA DE LA REUNIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA ENTIDAD ARRENDADORA EN LA QUE SE ACORDA LA CONSTITUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1989).

El Juzgado número 2 de Cartagena desestimó la demanda y declaró legal el arrendamiento de industria, lo que confirmó la Audiencia.

No prospera la casación. No hay un sólo documento que de modo directo condene las afirmaciones de la resolución impugnada, no habiéndose probado la falsedad por simulación del acta del Consejo de Administración de la entidad arrendadora, que autorizaba tal contrato. Los juzgadores de instancia llegan a la conclusión de que los defectos de convocatoria fueron subsanados por telegrama del consejero que se dice mal citado, sin apreciación de indicios

de falsedad en tal comunicación, y por manifestación posterior al contrato por parte del consejero al que se atribuye una firma en blanco, sin que se haya intentado demostrar el supuesto perjuicio por el acto impugnado en la demanda.

DECLARACION DE DERECHOS.—LA EXISTENCIA DE CONSTRUCCIONES DEPORTIVAS DE CARACTER MAS O MENOS PERMANENTE NO DESVIRTUAN EL CARACTER DE SOLAR DE LAS PARCELAS ARRENDADAS, EXCLUIDAS POR LO TANTO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1989).

El Juzgado número 2 de Santa Coloma de Farnés desestimó la demanda y la Audiencia lo confirma.

No tiene éxito la casación. El contrato de 1980 no supone una novación extintiva, sino modificativa del de 1973, ya que en ningún momento se llegó a hacer entrega a la propiedad de las fincas integrantes de un complejo deportivo y los arrendatarios no cesaron en la posesión fáctica, disfrutando de la misma sin interrupción, por lo que supone una prórroga del anterior, lo que indica que las partes tuvieron la concorde voluntad de introducir una mera modificación en el ámbito de sus respectivas prestaciones, siendo facultad de la Sala la de interceptar el contrato y a cuyo criterio hay que estar, de ser lógico. El contrato de 1980 habla de «parcela de terreno», lo que no sería admisible de haber pasado a la propiedad las obras y construcciones a que se obligaron los arrendatarios, por lo que el juzgador entiende que el arrendamiento era de un solar no edificado, cuyas construcciones más o menos permanentes, de carácter deportivo, no desvirtúan el carácter de solar de las parcelas arrendadas, excluidas de la LAU.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—NO SE HA PROBADO EL CIERRE POR MAS DE SEIS MESES DEL LOCAL ARRENDADO YA QUE, AUTORIZADO EL SUBARRIENDO PARA CUALQUIER ACTIVIDAD LICITA, NO ES NECESARIO QUE EL USO DEL LOCAL SEA EFECTUADO PERSONALMENTE POR EL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1989).

El Juzgado número 11 de Barcelona desestimó la demanda, pero revocó la anterior la Audiencia de la misma capital.

Triunfa la casación. Durante el período en que el demandante alega haber estado cerrado el local, el demandado lo destinó a otras actividades, según reconoce la sentencia recurrida, lo que revela que tal cierre no se ha producido, siendo intrascendente que tales actividades no fueran continuadas pues el cierre legal no está determinado por la disminución de la actividad, sino por el cese de ésta, ya que está abierto al público aunque no sea de forma continuada, y si en algún período se aprecia abandono del local, no significa que en todo tiempo se diera así, y menos durante el período de seis meses que exige la Ley. Admitido el subarriendo para cualquier actividad lícita, la Dirección General del Juego de la Generalitat de Catalunya ordenó un cierre previo del bingo por cinco meses, prorrogable por tres meses más, poniendo de manifiesto que no existe constancia de la fecha en que realmente había de tener a su disposición el local y a partir de la cual habría de iniciarse

el cómputo de los seis meses a que se remite el artículo 62 LAU, y, de ser así, no puede entenderse producido el transcurso de dichos seis meses, ya que la demanda se presentó el 10 de enero de 1987, o sea dos días antes de que se extinga la prórroga del cierre provisional del bingo, que había sido concedida a la entidad subarrendataria, revelando que, en tanto no se extinguieran las prórrogas, no había devuelto el subarrendatario al arrendatario el local y, por tanto, éste no lo tenía a su disposición para considerar el cierre del mismo. Dada la amplitud de facultades subarrendaticias que le concedió la arrendadora, la posesión del arrendatario no era de exclusivo uso personal, sino que lo podían hacer terceros por vía subarrendaticia, y no puede negarse, aunque se destine a actividades culturales o políticas, ya que ello conlleva para el arrendatario demandado una compensación económica de otra clase. Lo que da el carácter de actividad de local de negocio, según el artículo 1.º LAU, es la actividad del arrendatario que concede la utilización del local a terceros mediante la lógica contraprestación, de cualquier naturaleza que sea ésta.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—CASADA LA PRIMITIVA ARRENDATARIA DEL LOCAL EN 1969 Y ARRENDADO UN LOCAL COLINDANTE AL MARIDO EN 1970, A PARTIR DE CUYA FECHA SE REALIZO EN AMBOS UNA ACTIVIDAD UNITARIA, HABIA TRANSCURRIDO CON EXCESO EL PLAZO DE PRESCRIPCION DE QUINCE AÑOS CUANDO SE PRESENTO LA DEMANDA DE RESOLUCION EN 1985 (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1989).

Tanto el Juzgado número 3 de Madrid como la Audiencia estimaron la demanda.

Prospera la casación. La arrendataria concertó el arrendamiento siendo soltera, habiendo contraído matrimonio con posterioridad. Pactada la separación de bienes del matrimonio, en la escritura de capitulaciones entienden que el derecho de arrendamiento y de traspaso del local era ganancial cuando no lo era, sino que tenía carácter privativo, adjudicándose al marido, lo que se ocultó a la arrendadora, desestimándose la falta de «litisconsorcio» pasivo ya que, según reiterada jurisprudencia, siendo el cesionario del arrendamiento extraño al contrato, es innecesario dirigir la demanda contra él, ya que el problema a dilucidar es entre arrendador y arrendatario. Contraído matrimonio en 1969, el marido pasó a utilizar el local para el ejercicio de su actividad industrial, en asociación de aprovechamiento común, como unidad de destino, con el local colindante, que arrendó en 1970 él mismo, lo que no puede entenderse desvirtuado por las capitulaciones matrimoniales hechas en 1975, ya que éstas lo único que revelan es el reconocimiento de la existencia de tal situación arrendaticia a raíz del matrimonio. En consecuencia procede la aplicación del artículo 1.964 CC, que establece el plazo de quince años para el ejercicio de las acciones personales que no tengan señalado término especial, ya que ha transcurrido con exceso el plazo cuando se interpone la demanda en 1985, sin que obste el contenido del artículo 1.969 CC, referido a que el cómputo se inicia el día en que la acción pudo ejercitarse, ya que, conocido el matrimonio de los arrendatarios, se produjo la posibilidad de ejercitar desde entonces la acción o, por lo menos, desde la fecha del contrato de arrendamiento del local colindante, ya que se sabía que el arrendatario estaba casado con la otra arrendataria y en cuyos locales se desarrolló conjuntamente una actividad

industrial, ya que lo normal es que quien arrienda locales tenga adecuado conocimiento de la actividad desarrollada en ellos.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTE UNA SENTENCIA FIRME DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE REVOCA LA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL Y EL ACUERDO DENEGATORIO DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID DE LA DECLARACION DE RUINA, POR LO QUE PROCEDE LA APLICACION DE LA CAUSA DECIMA DEL ARTICULO 114 LAU (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1989).

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

No triunfa la casación. Declara la ruina de la finca por sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que revocó la de la Audiencia Territorial y el acuerdo denegatorio del Ayuntamiento de Madrid de la declaración de ruina, procede la aplicación de la causa décima del artículo 114 LAU. El recurso contencioso se interpuso con una resolución recaída en un expediente de tal carácter y la Sala de la Audiencia reclamó el expediente tramitado, siendo obvio que no pudo dictar su decisión sin tener a la vista el expediente y la resolución en él recaída, dejando constancia la sentencia recurrida de que existe una notificación del Ayuntamiento, afirmación que no ha sido combatida por la recurrente adecuadamente. Por otra parte, el Tribunal Constitucional denegó el amparo a uno de los recurrentes en Sentencia de 22 de diciembre de 1987 y de esta sentencia se deduce que éste tuvo intervención en el expediente tramitado ante la autoridad municipal y declaró no infringido el artículo 24 de la Constitución, por lo que esta declaración del Tribunal Constitucional adquiere la virtud de cosa juzgada. Está fuera de duda que el expediente administrativo existió, puesto que la resolución de la autoridad municipal fue recurrida en vía contencioso-administrativa. De los datos aportados por el Ayuntamiento es dable deducir que se practicó la citación de los arrendatarios para ser oídos y en este expediente se hicieron por el recurrente las alegaciones, a que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE POR EXISTIR UN SUBARRIENDO PARCIAL SIN AUTORIZACION DEL ARRENDADOR. LA OCUPACION DEL LOCAL NO LO FUE SOLO POR UN CORTO ESPACIO DE TIEMPO, SINO DE FORMA PERMANENTE (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1989).

El Juzgado número 3 de Pamplona estimó la demanda, desestimando la apelación la Audiencia.

No procede la casación. Se probó que se había realizado un subarriendo parcial de la finca arrendada a un colindante por parte del arrendatario sin autorización del arrendador. Toda introducción de un tercero en el local contraviene el contrato y, tras sentar que en el presente caso no está probado que la ocupación de un sector del patio por un acopio de hierros y estructuras a la nave industrial se debiera a un favor temporal, respondiendo a una necesidad propia y no eventual de este tercer ocupante, así como el tener abierta una puerta metálica con la finalidad de comunicar ambos espacios, concluye que todo ello denota una transgresión de la LAU y de los derechos del arrendador,

ya que la ocupación no lo fue sólo por un corto espacio de tiempo sino de forma permanente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EN LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES NO SE INCLUYO EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO CONTRATADO POR EL MARIDO VIGENTE DICHA SOCIEDAD, POR LO QUE NO TIENE EL CARACTER DE PRIVATIVO DE LA MUJER (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1989)

El Juzgado número 1 de Elche estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Territorial de Valencia.

No procede la casación. El marido demandado, vigente el régimen económico de gananciales, celebró en 1976 un contrato de arrendamiento y en 1979 se pactó la separación de bienes, sin que en la liquidación de la sociedad conyugal se incluyera el arrendamiento ni el negocio explotado en el local arrendado, sin que después de las capitulaciones se haya efectuado formal adjudicación de este derecho de arrendamiento. Sólo podría ser considerado privativo de la esposa si en la escritura de capitulaciones o después se le hubiese asignado este carácter, lo que no se demuestra en absoluto, ni por dicha escritura ni por las certificaciones de la Delegación de Hacienda y del Ayuntamiento de Elche, que no desvirtúan el contenido de aquel documento público, limitándose el recurrente a dar una nueva interpretación de la referida escritura, lo que no puede admitirse en casación.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA ARRENDATARIA PUEDE REALIZAR LAS OBRAS QUE LE HAN SIDO REQUERIDAS POR VIA ADMINISTRATIVA, SIN QUE SEA NECESARIO ENTABLAR UN LITIGIO CON LA ARRENDADORA PARA QUE SE DECLARE SU DERECHO A EJECUTARLAS (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1989).

El Juzgado número 18 de Madrid desestimó la demanda y lo mismo hizo la Audiencia de la capital.

No procede la casación. El Tribunal de instancia ha estimado probado el requerimiento administrativo hecho a la arrendataria para realizar las obras y la comunicación del requerimiento a la arrendadora sin que ésta desarrollase actividad ninguna para acondicionar el local para el uso pactado. La situación que se contempla no es la de una simple mejora en interés del inquilino, sino de la conservación del contrato, por lo que constituye su finalidad esencial, siendo aplicable el artículo 110 LAU y no el 114 de causa 7.^a, tal como se reconoce por esta Sala en Sentencia de 14 de febrero de 1985, sin que sea requisito necesario para emprender las obras de adaptación del local entablar un litigio para que se declare el derecho del arrendatario a ejecutarlas, hipótesis que sería contraria a la buena fe, según el artículo 1.258 CC, que obliga en el desarrollo del cumplimiento de todo contrato.

DESAHUCIO.—LA OCULTACION DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO CONSTITUYE UN CASO DE MAQUINACION FRAUDULENTA QUE DA LUGAR A LA REVISION (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1989).

Se interpone recurso de revisión contra la sentencia del Juzgado de Distrito número 25 de Madrid, declarando el desahucio por falta de pago de la inquilina.

Triunfa el recurso. Como puso de relieve el Ministerio Fiscal en su dictamen, la demandada ocupaba el piso arrendado que era objeto del desahucio durante el procedimiento, corroborando la diligencia de lanzamiento esa ocupación, atendido el número y calidad de los objetos hallados en él, unido a que la iniciación y seguimiento de dicho pleito se hubiese producido en tiempo de vacaciones escolares, lo que pudo dar lugar a la ignorancia de la demandada de la existencia del proceso, y todo permite entender que la designación de domicilio desconocido de la arrendataria lo ha sido por la idea de impedir su audiencia y defensa en el relacionado proceso de desahucio, generando un caso de maquinación fraudulenta determinante de la revisión, de conformidad con el artículo 1.796 LEC y como reconocen las Sentencias de 6 de noviembre de 1979 y de 15 de agosto de 1983, constituyendo tal maquinación la ocultación del domicilio cuando, como reconoce la de 18 de mayo de 1981, una mínima diligencia, haciendo adecuadas gestiones, posibilitaría localizar al demandado.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA LECTURA DEL CONTADOR DEL AGUA QUE ARROJA UN CONSUMO NULO DURANTE MAS DE UN AÑO DETERMINA LA PRUEBA DEL CIERRE DEL LOCAL DURANTE ESE PERIODO DE TIEMPO (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Se interpone recurso de revisión contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, que dio lugar a la resolución del contrato de arrendamiento.

No prospera. La lectura del contador de agua de la vivienda acredita que la recurrente no gastó absolutamente nada en el año 1984 y primer trimestre de 1985, deduciéndose la desocupación de la misma y decretando la resolución del arrendamiento, no pretendiendo la demanda de revisión otra cosa que revisar los hechos ya debatidos en la instancia y concretamente este del consumo del agua en que la Sala sentenciadora apoya la presunción de la desocupación de la vivienda, con lo que se limita a proponer un nuevo examen de cuestiones, ya debatidas en la instancia, en las que pretende incidir con base en documentos que pudo obtener y presentar en el momento procesal oportuno.

C. R. R.

e) SUCESIONES

POR FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION HEREDITARIA.—ARTICULO 0.061 CC (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1992).

Si en la escritura pública de partición no se hace manifestación ni reserva alguna respecto a la subsistencia de documento privado anterior, ha de entenderse que éste fue totalmente sustituido por aquélla.

La igualdad particional que proclama el artículo 1.061 del CC es una igualdad meramente cualitativa, que no es exigible cuando los herederos mayores de edad distribuyen por unanimidad la herencia del modo que tengan por conveniente.

PARTICION HEREDITARIA.—RESCISION POR LESION. ARTICULO 1.076 CC
(SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1992).

La acción rescisoria del artículo 1.076, como la más genérica del artículo 1.299, ambas del CC, señalan plazos de caducidad, no de prescripción, y por ello no son susceptibles de interrupción.

PARTICION HEREDITARIA.—MODO DE REALIZARSE. ALCANCE DE LA INTERVENCION DEL CONTADOR PARTIDOR (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1992).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, conforme a los siguientes fundamentos:

Fundamentos.—Aparece probado en el proceso, y nadie lo cuestiona, que salvo Alfonso y Avelino, los cinco restantes hermanos S. C. son (o eran) conocidos en su ambiente familiar y social por los siguientes seudónimos: José, por «Piño»; Feliciano, por «Tainas»; Angel, por «Lito»; Manuel, por «Lolo», y Juan Benito, por «Pilas». Hecha la necesaria aclaración anterior, se estima imprescindible (como antes ya se ha anunciado) transcribir literalmente el documento privado que los siete hermanos S. C. pactaron y suscribieron el día 31 de diciembre de 1972 (o sea, cuatro meses después del fallecimiento de su madre; como ya se tiene dicho, el padre falleció en 1960), cuyo documento es del siguiente tenor literal: «Reunidos en Verín, a treinta y uno de diciembre del mil novecientos setenta y dos, los hermanos Avelino, Alfonso, Piño, Lito, Tainas, Lolo y Pilas, en expresión de libérrima voluntad y conformes de toda conformidad, convienen: Primero. Mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia recibida de sus padres, por período de diez años, sucesivamente prorrogable. Segundo. La explotación, dirección y administración de los negocios Hotel-Café y de los demás bienes de la herencia corresponderá a los hermanos Alfonso, Piño y Tainas, y todo cuanto ellos hicieren en uso de esas facultades de administración será obligatorio para todos los hermanos, quienes, con la firma de este convenio, así lo admiten sin reservas; pero para vender y comprar, salvando la gestión de los negocios, necesitarán el acuerdo unánime de todos los hermanos. Tercero. Las ganancias que anualmente se obtengan de la explotación de los negocios serán repartidas de la siguiente forma: la mitad a repartir en tres partes iguales para los hermanos Alfonso, Piño y Tainas; y la otra mitad en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos. Cuarto. Para atender a sus necesidades, que se conta-

bilizarán a final de cada año, Alfonso podrá retirar mensualmente la cantidad de dieciséis mil quinientas pesetas, y Piño y Tainas, doce mil quinientas pesetas cada uno, garantizándose un sueldo anual a Alfonso de doscientas mil pesetas y ciento cincuenta mil pesetas a Piño y a Tainas, aun cuando la mitad de las ganancias no llegara a esa suma de quinientas mil pesetas, en cuyo caso el exceso de las quinientas mil pesetas será repartido en siete partes iguales para cada uno de los siete hermanos; y si las ganancias no llegaran a quinientas mil pesetas anuales, Alfonso, Piño y Tainas cobrarán sus sueldos garantizados con los productos de los capitales puestos a rendimiento en lo que faltare, garantía que no alcanzará a los que retiren sus ganancias anuales. Quinto. En el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor en venta de los negocios y demás bienes lo recibirá en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas. Sexto. Las cuentas bancarias figurarán a nombre de Alfonso, Piño y Tainas, y los talones y cheques contra las mismas serán firmados, indistintamente, por dos de ellos. Séptimo. Alfonso queda saldado de sus cuentas, compensándole sus deudas con la parte de las ganancias que le corresponden en los ahorros habidos —cuatro millones y medio de pesetas— hasta la fecha, cantidad que en dinero recibe en el día de hoy. Octavo. Los gastos del Colegio de Chano, hasta que cumpla los veintiún años de edad, por expresa voluntad y deseo de nuestros padres, será a cargo de la comunidad, que se computarán en gastos generales. Así lo convienen y firman.»

A través del motivo segundo (que es el primero de admitidos, como ya se ha dicho), con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y diciendo, en su encabezamiento, denunciar infracción, por inaplicación, del artículo 1.058 del Código Civil, aunque invocando, también, en el desarrollo del mismo, los artículos 1.281, 1.282 y 1.289 de dicho Cuerpo legal, el recurrente viene, en esencia, a plantear dos cuestiones distintas, aunque parece relacionarlas entre sí, al sostener, por un lado, que mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972 (que ha sido transcrito literalmente en el fundamento jurídico anterior de esta resolución) los siete hermanos S. C. no realizaron la partición de las herencias de sus padres y, por otro lado, que aunque así hubiera sido, dicha participación sería radicalmente nula por haber sido hecha la misma sin la intervención de los contadores-partidores nombrados por los testadores (padres de los hermanos litigantes) y con infracción, por tanto, dice el recurrente, de lo preceptuado en el artículo 1.058 del Código Civil. Las expresadas cuestiones, aunque en el desarrollo del motivo aparecen planteadas en orden inverso, creemos que, por razones de lógica jurídica, deben ser examinadas en el que aquí las hemos enumerado, pues si respecto de la primera de ellas hubiera de aceptarse la tesis del recurrente (no realización de la partición de las herencias mediante dicho documento privado), devendría innecesario el examen de la segunda (denunciada nulidad de dicha partición), debiendo dejarse constatado también que, dada la atípica forma en que, como ya se ha dicho en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, la sentencia recurrida ha resuelto la cuestión litigiosa, esta Sala de casación habrá de examinar prácticamente *ex novo* las dos mencionadas cuestiones, salvo la conclusión a que, modo de *obiter dictum* y en «un somero análisis» del referido documento privado parece llegar el Tribunal de apelación en la primera parte del fundamento de derecho quinto de su sentencia (que ya ha sido transcrito literalmente con anterioridad).

La primera de las enunciadas cuestiones, de índole estrictamente hermenéutica, es la atinente a conocer y concretar la verdadera intención que tuvieron los siete hermanos S. C. (únicos herederos de sus padres) al pactar entre ellos, de mutuo acuerdo, lo que aparece reflejado en el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, que redactaron y firmaron cuatro meses después de la muerte del último de sus progenitores (la madre). Para dicha indagación exegética ha de partirse, por un lado, de la incuestionable premisa de que los herederos mayores de edad, que tengan la libre administración y disposición de sus bienes, puedan, por acuerdo unánime de todos ellos (*nemine discrepante*), partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento y creando una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla (Sentencias de esta Sala de 21 de enero de 1907, 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949, 28 de enero de 1964, 25 de febrero de 1966) y ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la copropiedad de los concretos bienes de herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero, como tiene reconocido esta Sala cuando declara: «no pudiendo sostenerse seriamente que, por adjudicarse bienes en régimen de copropiedad y por cuotas indivisas, la partición no se llevara a efecto» (Sentencia de 20 de febrero de 1984). Sobre la base de la doctrina anteriormente expuesta, ha de llegarse a la conclusión de que mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, pese a no ser el mismo un paradigma de precisión técnico-jurídica, los siete hermanos S. C. (únicos herederos de su padres y todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes) y entre los que, obviamente, figuraban Alfonso, José («Piño») y Feliciano («Tainas»), que, además de herederos, eran los beneficiados (por terceras partes indivisas) con el legado (mejor, prelegado) litigioso, llevaron a efecto, con acuerdo unánime («en expresión de libérrima voluntad y conformes de toda conformidad», se dice en el referido documento privado), la partición de las herencias de sus padres y se atribuyeron el condominio ordinario, por séptimas partes iguales e indivisas, de todos los bienes integrantes de dichas herencias, al mismo tiempo que pactaron mantener la indivisión de los bienes durante diez años, pues ése es el único sentido que puede atribuirse a la cláusula primera, en la que convinieron «mantener en estado de proindivisión la totalidad de la herencia de sus padres por período de diez años, sucesivamente prorrogable», en íntima relación con la cláusula quinta, en la que acordaron que «en el improbable supuesto de que alguno de los hermanos quisiera abandonar la comunidad antes del plazo de los diez años, podrá hacerlo y la séptima parte del valor en venta de los negocios y demás bienes lo recibiría en un período de cinco años, sin devengar intereses las cantidades aplazadas». Entre los mencionados bienes también incluyeron expresamente (cláusula segunda) los negocios Hotel-Café, que eran el objeto específico y único del prelegado (el negocio de «Muebles Aurora» había desaparecido con mucha anterioridad), cuyas ganancias acordaron repartir por séptimas partes iguales (cláusula tercera), lo que indudablemente patentiza que los tres beneficiados con el prelegado (Alfonso, José y Feliciano), a los que se confió «la explotación, dirección y administración de los negocios Hotel-Café y de los demás bienes de la herencia» y por cuya actividad se les señaló un sueldo (cláusula cuarta), estaban plenamente de acuerdo en que el referido

prelegado se refundiera en la masa de la herencia y, junto con los demás bienes del caudal hereditario, se repartiera entre los siete hermanos por séptimas partes iguales, pues si no hubiera sido así, carecería de todo sentido el pactado reparto igualitario de las ganancias o productos de los negocios de Hotel-Café (aparte de los referidos sueldos), cuyos productos o ganancias, de haberse querido mantener la subsistencia del prelegado, habrían correspondido exclusivamente a los tres legatarios (art. 882 del Código Civil), a lo que ha de agregarse, además, que el propio don Alfonso (único demandante) se declaró saldado de sus cuentas mediante la recepción de cuatro millones y medio de pesetas que le entregaron sus seis hermanos el mismo día de la firma del documento privado (cláusula séptima), cuyo saldo de cuentas resulta inconcebible si no es bajo la perspectiva ya dicha de que, junto con don José y don Feliciano (que reconocen haber sido ésa la intención que tuvieron al suscribir el meritado documento), don Alfonso prestó su expreso consentimiento a que el prelegado (del que los tres eran los beneficiarios) quedara refundido en la masa de la herencia para dividir ésta en siete partes iguales. No es aceptable el argumento aducido por el recurrente en el desarrollo del motivo de que en el acto de conciliación celebrado el día 20 de marzo de 1985 (ya referido en el apartado 5.º del fundamento jurídico primero de esta resolución), al que él no asistió, fueron sus hermanos don José y don Feliciano los que renunciaron a su parte en el prelegado, con base en lo cual don Alfonso reclama (por derecho de acrecer) la totalidad del mismo, pues donde los tres prelegatarios, en unión de sus otros cuatro hermanos, verdaderamente pactaron la refundición del prelegado en la masa de la herencia y el reparto de la misma en siete partes iguales fue en el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, como antes se ha dicho. Asimismo, carece de consistencia jurídica, aunque no de originalidad, la alegación que, en el desarrollo del mismo motivo, también hace el recurrente de que lo estipulado en la cláusula quinta (ya inscrita anteriormente) de dicho documento privado fue una cláusula penal, pues en la misma lo único que se estipula es el reconocimiento a cualquiera de los siete hermanos de la facultad de no respetar el pacto de indivisión durante diez años, en cuyo supuesto se le consiente salir de la comunidad y (sin penalización alguna) percibir la parte que verdaderamente le corresponde («la séptima parte del valor en venta de los negocios y demás bienes»), cuyo pacto de indivisión, por otra parte, ha sido respetado por los siete hermanos y durante su vigencia se han repartido entre ellos las ganancias de los negocios por séptimas partes iguales (o penden de su liquidación), y, además, don Alfonso ha venido percibiendo el sueldo que se le señaló (cláusulas tercera y cuarta) por «la explotación, dirección y administración de los negocios Hotel-Café y de los demás bienes de la herencia», por lo que la pretensión que, después de transcurridos más de doce años de respetar dicha situación, ahora deduce en este proceso, no sólo choca frontalmente con lo que «en expresión de libérrima voluntad», pactó con sus seis hermanos (todos «conformes de toda conformidad») en el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, sino que se halla en abierta contradicción con sus propios y continuados actos posteriores al mismo (artículo 1.282 del Código Civil). En consecuencia, y como resumen de todo lo anteriormente razonado, esta Sala entiende que el prelegado litigioso quedó extinguido, pues fue voluntad de los tres legatarios (don Alfonso, don José y don Feliciano), concorde con la de sus otros cuatro hermanos, que el mismo quedara refundido en la masa hereditaria, cuya partición hicieron mediante el repetido documento privado

y se adjudicaron en condominio ordinario (arts. 392 y siguientes del Código Civil), por séptimas partes indivisas, la propiedad de todos y cada uno de los bienes de la herencia (incluido el prelegado), a cuya conclusión, aunque a modo de mero *obiter dictum* tras «un somero análisis de dicho documento», parece que llega también la sentencia aquí recurrida (primera parte de su quinto fundamento de derecho).

La segunda de las ya enunciadas cuestiones la plantea también el recurrente en el alegato del mismo motivo segundo, en cuyo estudio aún nos hallamos, al sostener que, aun cuando se admitiera que los siete hermanos S. C. llevaron a efecto la partición de las herencias de sus padres mediante el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, dicha partición, dice el recurrente, sería radicalmente nula, al haber sido hecha sin la intervención de ninguno de los dos contadores-partidores que, con carácter solidario, habían nombrado los causantes en sus respectivos testamentos. Aunque no se trata de una cuestión doctrinalmente pacífica, pues algún autor opina en sentido contrario a lo que a continuación se expone, el más amplio sector de la doctrina sostiene el criterio de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad, que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime (*nemine discrepante*), pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente, cuyo mayoritario criterio doctrinal lo comparte esta Sala por las consideraciones siguientes: a) Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales (existencia de algún interesado en la partición que necesite de una protección especial), el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos (y excluida, por tanto, dicha posible litigiosidad), deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor. b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, según reiterada doctrina de esta Sala, que hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior de esta resolución, es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente). c) Este es el criterio legislativo que siguen aquellos ordenamientos forales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia. Así la Ley 344 del Fuero de Navarra (tanto en su redacción originaria como en la coincidente en ese extremo, que luego ha dado la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril) y el artículo 57 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por la Ley de la Generalidad 40/1991, de 30 de diciembre (coincidente el referido artículo, en cuanto al extremo que aquí nos ocupa, con lo que antes establecía el artículo 274.2 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña). No parece existir razón (histórica, ni jurídica) alguna para que en el Derecho civil común (no foral) no pueda seguirse el mismo criterio, cuando el Código Civil, que tan poca atención normativa presta a la figura del contador-partidor, no contiene ningún precepto en que expresamente lo prohíba, aparte de la debida concordancia que con el principio de igualdad de los

españoles ante la Ley (art. 14 de la Constitución) supone el mantenimiento de un criterio uniforme en la materia. A lo anteriormente dicho en sede de doctrina general, y con referencia al caso concreto que nos ocupa, ha de agregarse, por un lado, que don Alfonso S. C. (único demandante y ahora recurrente), que, no obstante conocer (desde la muerte de sus padres en 1960 y 1972, respectivamente) el nombramiento de los contadores-partidores, prescindió de los mismos y prestó su consentimiento (junto con el de sus otros seis hermanos) a la partición que, con acuerdo unánime («conformes de toda conformidad») hicieron mediante el documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972 y ha venido consintiéndola y ajustándose a ella durante más de doce años, no puede, sin violentar el respeto debido a lo pactado (*pacta sunt servanda*; art. 1.091 del Código Civil) y sin conculcar la doctrina de los actos propios, tratar ahora de desconocer la eficacia del repetido documento y, por otro lado, que durante el plazo de vigencia del mandato de los contadores-partidores (que venció en septiembre de 1975) ninguno de los herederos, ni siquiera don Alfonso, requirió la intervención de los mismos, habiendo uno de ellos (don César F. R.) declarado en la prueba testifical (folio 499 vuelto de los autos) que «tuvo conocimiento al otorgar testamento los citados esposos, que, juntamente con Paulino V. G., había sido designado contador-partidor, y tuvo también conocimiento de que, fallecida la madre, los hermanos S. C. habían procedido a poner fin a la comunidad hereditaria, al proceder, manteniendo la unidad de la explotación, a fijar la forma en que, entre ellos, se distribuían los bienes heredados a sus padres fallecidos». De lo razonado en éste y en el anterior fundamento jurídico se desprende la inexorable desestimación del motivo segundo, al que en ellos nos hemos venido refiriendo, la cual ha de comportar también el fenecimiento de los motivos tercero y cuarto, mediante los cuales se denuncia (en el tercero) infracción, por inaplicación, del artículo 987 del Código Civil, que establece que el derecho de acrecer tiene lugar también entre los legatarios, y (en el cuarto) infracción, por inaplicación, de los artículos 821 y 828 del Código Civil, que se refieren, respectivamente, a los legados sujetos a reducción y a la imputación al tercio de mejora o al de libre disposición de los legados hechos por el testador a uno de los hijos o descendientes, cuyo fenecimiento (de los dos expresados motivos) viene determinado por la simple y elemental razón de que la tesis impugnatoria que se desarrolla en los mismos viene montada sobre la ineludible premisa previa de la subsistencia o pervivencia del prelegado litigioso y dicha premisa no concurre en el presente caso, ya que el referido prelegado quedó extinguido y refundido en la masa de la herencia, a virtud de lo pactado por los siete hermanos S. C. en el repetido documento privado de fecha 31 de diciembre de 1972, como ya se tiene dicho. Por tanto, ha de ser mantenido el pronunciamiento desestimatorio de la demanda que hace la sentencia recurrida, aunque no por la argumentación desarrollada en el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia (ya transcrito literalmente con anterioridad), que parece contener la única o principal *ratio decidendi* de su fallo, sino por los razonamientos que han sido expuestos en éste y en el anterior fundamentos jurídicos de esta resolución.

Comentario.—Destacan en esta sentencia dos precisiones que responden a un criterio seguido unánimemente por la práctica notarial, pero que no siempre fue compartido por la jurisprudencia (verbigracia: la llamada «cláusula de no estorbar» por González Palomino). Se refiere a una de ellas a que la partición puede llevarse a efecto mediante la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, atribuyendo a los coherederos la

copropiedad de los concretos bienes de la herencia, con expresión de las cuotas proindiviso que en los mismos correspondan a cada heredero. Por lo que la escritura en que tal operación se realice merece real y verdaderamente el calificativo de escritura de partición, incluso aunque expresamente no se establezca tal comunidad de bienes, pues ésta resulta ya implícitamente de las adjudicaciones realizadas. Y la otra afirmación es la de que, salvo que el testador lo haya prohibido expresamente en su testamento, los herederos mayores de edad que se hallen en la libre administración y disposición de sus bienes, cuando medie entre ellos un acuerdo unánime, pueden prescindir de la intervención del contador-partidor y efectuar, por sí solos, la partición del modo que tengan por conveniente. Pero me parece que a la prohibición expresa debe asimilarse la que resulte de la interpretación del propio testamento (verbigracia: proteger a uno de los coherederos fácilmente influenciable; cuando el testador haya señalado alguna reenumeración o legado a favor del albacea o contador-partidor, pues resultaría incongruente que lo recibiese sin ejercer sus funciones o que no le percibiese. Debiendo, por tanto en tales casos mediar la renuncia o excusa del contador-partidor).

PARTICION HEREDITARIA.—RESCISION POR LESION (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1992).

Las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio de los herederos o aprobación judicial, son rescindibles caso de lesión en la cuarta parte.

CAPACIDAD DEL TESTADOR.—NULIDAD DEL TESTAMENTO (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1992).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia provincial de Bilbao que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, declarando la nulidad del testamento por incapacidad del testador en base a los informes periciales médicos, según se expresa en los fundamentos de derecho que se transcriben a continuación.

El *thema decidendi* versa sobre nulidad de testamento a causa de la incapacidad del testador como consecuencia de no hallarse éste en su «cabal juicio» al tiempo de otorgar aquél. Ambas sentencias de instancia coinciden, tras un análisis riguroso de la prueba practicada, en la estimación de la insania mental del causante, en grado suficiente y con sujeción a los requisitos exigibles para declarar la nulidad del citado negocio jurídico unilateral. Al efecto, la sentencia recurrida establece: la prueba pericial practicada durante el proceso lo ha sido con respeto de los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción; extraña a los que la presente suscriben la actitud de los demandados comparecidos en la instancia, que se opusieron a su práctica cuando resultaba evidente su necesidad para determinar la veracidad de las afirmaciones de la demanda, así como las suspicacias sobre la identidad del cerebro examinado *post mortem* en el Hospital Civil de Basurto; tal duda debe predicarse carente de todo fundamento, atendida la documental obrante en autos.

Centrándonos en la citada pericial, habrá de coincidirse con el Juez de instancia en que los tres peritos emiten un informe «exhaustivo, concluyente y convincente». De los tres peritos, uno es médico-forense, profesor-colaborador del Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad del País Vasco; otro es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital de la Cruz Roja de Bilbao, y el otro también es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, además de diplomado en Psicología, desarrollando uno de ellos funciones de jefe del servicio médico central de una entidad bancaria y el otro de médico de empresa. De tan exhaustivo informe cabe referir, además, su profundidad, fundamentación técnica y contundencia, la adecuada sistematización, comprendiendo un resumen cronológico de hechos, aspectos destacables de los informes médicos obrantes en autos, aspectos conceptuales y científicos de la concreta enfermedad que padeció el difunto señor L., examen del propio testamento y de la personalidad del testador y unívocas conclusiones finales. Tal ineluctable hermenéutica de las conclusiones tiene su cenit al contestar a la pregunta «si desde el punto de vista científico puede asegurarse “con evidencia y sin dejar margen racional de duda” que don Román L. G. estaba incapacitado el día 18 de agosto de 1983 para otorgar el testamento que figura incorporado a los autos, pese a la declaración de capacidad del mismo, que en dicho testamento expresan el notario autorizante y los dos testigos presenciales, uno de ellos médico de profesión» con la respuesta «sin ningún género de dudas, a la fecha del testamento, don R. L. G. no estaba capacitado para otorgar el testamento que figura incorporado a los autos, basándonos en todo lo anteriormente expuesto, y esta incapacidad data de varios meses antes». Contra tal prueba no puede prevalecer ni la presunción de capacidad del notario y del médico amigo del difunto y que actuó como testigo en el acto de disposición testamentaria ni la documental y testifical practicada en esta instancia. Fundamentalmente sobre estas dos últimas pruebas versó el alegato de la parte apelante. Leída la documental referida y la testifical ratificadora, debe señalarse que la misma reconoce la causa de la muerte apuntada por el resto de las pruebas y reconoce explícitamente como dato cierto la sintomatología física hecha constar en el informe de la doctora F. (documento número 10 de la demanda) y que data la misma a mediados de agosto de 1983. No admite dicho doctor que existiera una previa sintomatología psíquica de la enfermedad que definitivamente le produjo la muerte al testador, contra las opiniones expuestas. Tanto razones procesales —igualdad, bilateralidad y contradicción, frente a unilateralidad en su cargo y realización, paliada en parte con la testifical sometida a repreguntas— como numéricas —tal opinión frente a la de los tres peritos y la de los médicos que suscribieron las documentales comentadas— y de especialidad respectiva —Neurología y Medicina Interna, frente a la ya expuesta, si bien sería injusto no reconocer su muy alta cualificación universitaria— abocan a mantener el resultado valorativo de instancia. No estará de más apuntar que dicho doctor es adjunto de un servicio cuyo jefe es el doctor La H. M., que no alberga dudas sobre el estado de incapacidad que aquejaba al testador en el momento de otorgar el testamento. Por todo lo cual no se ha desvirtuado lo acertado de los razonamientos del juez *a quo*, quien tras exponer la doctrina del *favor testamenti* y de la rigurosidad de la prueba exigida para anular el testamento por incapacidad, en aplicación de la presunción de capacidad que para toda persona rige en nuestro Derecho, ha considerado, al igual que la mayoría de los miembros del Tribunal, que ha quedado debida-

mente acreditada la incapacidad que aquejaba al difunto en el momento de otorgar el testamento de fecha 18 de agosto de 1983.

Frente a la consiguiente declaración de nulidad del testamento, los recurrentes impugnan la sentencia, en primer lugar, al amparo del número 5.º del artículo 1.692, por error de derecho en la valoración de la prueba al haberse infringido los artículos 1.250, 1.251 y 1.253 del Código Civil, en relación con los artículos 665 y 666 del mismo Código. Ninguna incidencia tiene sobre el problema debatido, en relación con la naturaleza de la prueba sobre la que sustancialmente descansan las apreciaciones del juzgador, la circunstancia, puesta de relieve por los recurrentes, respecto de la fecha en que se otorgó el testamento (18 de agosto de 1983) y la fecha de declaración de incapacidad judicial del señor L. (31 de octubre del mismo año), pues no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente, a los fines de denunciar la nulidad del testamento por causa de incapacidad del testador, aunque de su concurrencia se deduzcan determinados efectos, que en el caso presente no han revestido significación, no obstante la utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, dado que si establece el artículo 666 que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», este mandato no impide que una sintomatología manifestada abruptamente con posterioridad sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta. Tampoco cabe inferir de tal circunstancia que la prueba sobre el hecho fundante de la acción tenga que ser, en estos supuestos, necesariamente prueba indirecta, en el sentido de prueba indiciaria o por presunciones, pues las operaciones probatorias consisten habitualmente en una reconstrucción del pasado; de aquí, por ello, que sea erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial en prueba de presunciones para acomodar su crítica a las pautas jurisprudenciales, elaboradas respecto de los artículos invocados como infringidos, pues la prueba pericial debe ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica (art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que en cuanto tales están exentas, generalmente, del control casacional. No empece a estas consideraciones que el voto disidente de la mayoría contenga una valoración distinta de la prueba pericial en cuestión, pues aparte su función ilustrativa del conocimiento de esta Sala, que serviría, en su caso, para poner de relieve una ruptura o quiebra, a *sensu contrario* de la coherencia o consistencia lógica del razonamiento seguido por la mayoría, únicamente acredita la existencia de otra vía de razonamiento que por su carácter minoritario no puede sobreponerse a la seguida por la mayoría, determinante de la sentencia, en materia que básicamente debe calificarse como una cuestión de hecho, según jurisprudencia de esta Sala, que recuerda que el estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, que valora la prueba pericial sin más pautas que las reglas de la sana crítica (Sentencias de 18 de diciembre de 1958, 19 de enero de 1960 y 7 de febrero de 1967).

El segundo y último motivo casacional discurre por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando la infracción de los artículos 662, 663, 664 y 666 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Pero en verdad que ninguno de estos preceptos, ni los criterios atinentes a su recta interpretación judicial, han sido vulnerados, ya que los juzgadores de instancia han tenido muy en cuenta la presunción de

capacidad del testador, siempre destacada por la jurisprudencia (Sentencia de 30 de abril de 1920), aunque con valor *iuris tantum* (Sentencias de 8 de mayo de 1922, 25 de octubre de 1928 y 23 de marzo de 1944), que admite por propia definición, pese a su rango de fuerte presunción, que se destruya por pruebas cumplidas y convincentes, demostrativas de que en el acto de otorgar testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento (Sentencia de 16 de febrero de 1945), conforme, además, resulta, según destacó la Sentencia de 23 de marzo de 1940, de la dicción del Código, que en su segunda edición sustituyó la expresión «deberán asegurarse» (de la capacidad), referida al notario y los testigos, por la de «procurarán asegurarse», que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza. La evidente y completa prueba en contrario a que alude la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 1988 resulta tanto más patente en este caso, cuanto que, a diferencia de otras muchas, la enfermedad de Czeutzfeldt-Jakob que padeció el testador, como consecuencia de su origen virásico, que degeneró en una encefalitis espongiiforme, permitió su análisis, también, con los resultados de la necropsia, por lo que las características de su incubación y desarrollo posterior, de acuerdo con los criterios científicos, establecen la certeza de la incapacidad que se acogió por la sentencia recurrida. Por tanto, el segundo motivo decae.

Fallamos: Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Salvador L. E. y sus hijas menores L. y N. L. contra la Sentencia de 18 de diciembre de 1989 de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Tercera, recaída en el recurso de apelación dimanante de los autos número 42/86, seguidos a su instancia ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao contra doña Ana Isabel L. A. y otros sobre nulidad de testamento, con expresa imposición de las costas de este recurso a los recurrentes y pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

LEGÍTIMAS.—HIJANATURAL RECONOCIDA EN CONCURRENCIA CON HIJO LEGÍTIMO. DERECHO TRANSITORIO (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1991).

En esta sentencia, debida a la ponencia del Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, se resuelve, de acuerdo con la petición del letrado recurrente, que la legítima de la hija natural reconocida está constituida por un tercio de la herencia, que ha de sacarse del tercio de libre disposición, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral, conforme a la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según la cual las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación, pues el testador había fallecido en el año 1976. Y rechaza la aplicación de la mejora tácita en este supuesto. Así resulta de los fundamentos que se transcriben a continuación.

Cuando, como en el presente caso ocurre, en la sucesión de que se trata sólo exista un hijo legítimo y un hijo natural reconocido conforme a derecho se da un imposible legal o una dificultad *de facto* para que la mejora surja, ya que para ello se requiere pluralidad de sujetos, en una o varias generaciones —supuesto que aquí no se da—, sobre los que sea factible que recaiga, porque por su propia naturaleza presupone el ejercicio de un derecho electivo, por lo mismo que lleva envuelta en su entraña una idea de desigualdad, preferencia o comparación entre dos términos, uno más favorecido que otro, por llamamientos simultáneos o sucesivos, de tal manera que cuando esa facultad electiva no puede producirse por existir únicamente un hijo y descendiente legítimo, la legítima del mismo, a fines de aplicación del mencionado párrafo del artículo 840 del Código Civil, aplicable a la sucesión en cuestión, viene conformada por los dos tercios de la herencia, que, según el también ya mencionado artículo 808, en su párrafo primero, en relación con el 806 del mencionado Cuerpo legal, constituye la legítima de los hijos y descendientes legítimos, y con base en ella ha de computarse la mitad que, según el párrafo segundo del mismo artículo 840, corresponde al hijo natural legalmente reconocido.

A lo expuesto en nada obsta la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1930, sino que, por el contrario, examinada en adecuado alcance, corrobora la indicada tesis de que cuando sea un solo hijo y descendiente legítimo el que concurra con hijo natural la legítima de aquél ha de venir representada por los dos tercios de la herencia que constituya tal legítima y, correlativamente, la del hijo natural un tercio, asignable a la mitad de dichos dos tercios que según el artículo 808 del Código Civil formaban, al tiempo del otorgamiento del testamento a que se viene haciendo referencia, la legítima de dicho único hijo y descendiente legítimo, pues que si la legítima, según también prevenía el artículo 806 del Código Civil, en su redacción dada al tiempo en que aquel testamento se otorgó, «es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos», claro es que por su intangibilidad, cuando existe un solo hijo y descendiente legítimo, como en este caso ocurre, se produce en favor de éste una sucesión forzosa o necesaria en el sentido de que el llamamiento tiene lugar aun contra la voluntad del causante, salvo caso de real y apreciable causa de desheredación, por disposición de la Ley, la cual no suple la voluntad del mismo, sino que prohíbe una distinta atribución de los bienes, lo que en realidad no significa una incapacidad parcial del *de cuius* al ser simplemente una limitación a su facultad de disponer, que se opera atribuyendo a determinados parientes una cuota intangible del haz hereditario, y habida cuenta que la vocación de los legitimarios es hecha por la Ley, no por testamento o pacto sucesorio, por lo que poco importa que el testador, respetando el límite marcado, haya instituido heredero de la porción forzosa, de tal manera que la legítima del Derecho moderno es el resultado de la combinación de la institución conocida con el nombre de *portio legitima* del Derecho romano, con la de la reserva propia de los Derechos germánico y consuetudinario francés, representando un principio de conciliación del principio de libertad del propietario para disponer de sus cosas, con las legítimas expectativas de los miembros de la familia, a cuyos principios es a lo que guarda adecuado acomodo la referida Sentencia de 2 de diciembre de 1930, pues que en el supuesto que contempló se trataba de testador que había dejado la totalidad del tercio de sus bienes, para lo que tenía facultad con base en el entonces vigente artículo 808 del Código Civil, y

que en consecuencia determinó que, al hacer aplicación del párrafo primero del artículo 804 de que se viene haciendo mención, estimase que la cuota hereditaria asignable al hijo natural fuera de una sexta parte de la herencia, como correspondiente con el tercio de la herencia a que, por cauce de la mejora, quedó reducida la legítima de los hijos legítimos, revelándose con ello una situación diferente a la considerada en la Sentencia de 27 de diciembre de 1935, que contempla la comparación, en el ámbito sucesorio hereditario, de un solo hijo legítimo con un solo hijo natural, en que la legítima de aquél está integrada, cual viene precedentemente razonado, por los dos tercios de la herencia, y a ella viene supeditada la mitad de ella asignada legalmente al hijo natural.

Finalmente, en nada afecta el aspecto determinador de la cuota legitimaria a doña R. P. F. en su carácter de hija natural reconocida del causante, puesta en relación con la asignable al único hijo legítimo del mismo, la tesis mantenida sobre la denominada mejora tácita, que un autorizado sector doctrinal y las Sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 1967 y 18 de junio de 1982 admiten como posible en ciertos casos, con base en lo normado en el inciso final del artículo 828 y 782 del Código Civil, y concretamente en el caso de que en la declaración del testador se evidencia una voluntad patente de mejorar cuando el testador se manifiesta de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, en tanto que otro también autorizado sector de la doctrina, con apoyo en lo establecido en el artículo 825 del Código Civil y Sentencia de esta Sala de 21 de enero de 1925, se inclina por el criterio que el Código Civil español no reconoce tal modalidad de mejorar porque, cualquiera que fuere el criterio que al respecto se mantuviera, es lo cierto que la mejora tácita requiere, en todo caso, la posibilidad de los precisos presupuestos para la aplicación de tal institución jurídica, y concretamente, claro está, de que existan varios hijos o descendientes legítimos, a fines de que pueda producirse la facultad electiva a que se contrae, implícitamente, el artículo 823 del Código Civil, pues si existe uno solo, cual sucede en el presente caso, al no poder producirse esa facultad electiva en el testador, el tercio que la Ley en dicho precepto posibilita para mejorar a uno o más de sus hijos y descendientes legítimos queda privado de tal consideración jurídica, en cuanto que el testador no puede disponer de ella más que en favor de único hijo legítimo existente, dado que la Ley necesariamente lo asigna a él, sin facultad del testador de darle otro destino que el que por Ley viene establecido y que se especifica en el artículo 806 del Código Civil, y toda vez que, como pone de manifiesto la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1986, la naturaleza de la legítima está transida, más que de una *vocatio universal* de esencia personalista en la transmisión sucesora, de una valoración económica cuantificada.

INSTITUCION DE HEREDEROS CONDICIONAL. INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1992).

La voluntad del testador ha de interpretarse de acuerdo con la situación fáctica existente al tiempo de otorgar el testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albarcar López, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la segunda esposa del causante contra la sentencia de la Au-

diencia Provincial de Sevilla, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cádiz, conforme a los siguientes fundamentos:

Don Marcelo L. B. y doña Ernestina C. A. contrajeron matrimonio el 7 de noviembre de 1952; el día 20 de agosto de 1981 ambos otorgan testamento ante el mismo notario de Cádiz, en instrumentos que llevan los números 1.764 y 1.765, pues se llevan a cabo uno a continuación del otro, sin duda por la prohibición del testamento mancomunado contenida en el artículo 669 del Código Civil. Los dos testamentos tienen idéntica redacción y contenido y obedecen a idéntico propósito: en el primero, la esposa instituye heredero universal de todos sus bienes al marido, y para el caso de muerte simultánea de ambos o de fallecer viuda la testadora instituye herederos por partes iguales, en la mitad de su herencia, a sus nueve sobrinos, que designa nominativamente, y en la otra mitad, a nueve primos de su esposo, con igual designación; en el segundo testamento, el señor L. hace la misma institución hereditaria respecto de su esposa y parientes respectivos. Sin haber tenido hijos ni quedar ascendientes, doña Ernestina C. fallece el 17 de marzo de 1982; don Marcelo L. contrae nuevo matrimonio con la hoy demandada, doña Elena E., el 6 de septiembre de 1985, y tres meses después, el día 7 de diciembre del mismo año, fallece el señor L. Seguidamente la viuda acude al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Cádiz promoviendo expediente de declaración de herederos, que termina por auto de 13 de febrero de 1986 en el que se declara a la viuda heredera abintestato del señor L. (fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida. B) Que la condición impuesta por el señor L. fue que él muriera simultáneamente con su esposa o que él muriera en estado de viudo, mas esta viudedad no puede interpretarse, como sostiene la recurrente, en un sentido puramente gramatical y abstracto, desligado de las restantes cláusulas testamentarias y del contenido del otro testamento, casi simultáneo, otorgado por su esposa, sino que ha de referirse a la situación existente al momento de testar, esto es, cuando el testador se halla casado con doña Ernestina y sin viudedad, ha de referirse a que su esposa, viva en ese día de agosto de 1981, le haya premuerto al ocurrir la delación de la herencia, ante cuya situación la voluntad del causante es que sus bienes pasen a los parientes, tanto de él mismo como de su esposa, que designa, siendo evidente que al hablar de su condición de viudo no podía referirse a la que tres años más tarde sería su segunda esposa ni a ninguna otra ulterior (fundamento de derecho quinto de la antedicha resolución).

Siendo el fundamento esencial de la estimación de la demanda por la sentencia que se recurre la interpretación que en ella se da a la aludida cláusula condicional de institución hereditaria, en el sentido de que la condición impuesta por el testador para que los bienes pasasen a los demandados, consistente en que el referido testador falleciese en estado de viudo, ha de entenderse que se refería a su matrimonio con la que entonces era su esposa, doña Ernestina, lógico es concluir que el motivo clave del recurso, y que por tal razón ha de ser abordado prioritariamente, es el segundo, en el que al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia «la aplicación indebida (*sic*) del artículo 675 del Código Civil y de las normas relativas a la interpretación de los testamentos», motivo este que deberá decaer porque si bien es cierto que en principio y de acuerdo con el precepto citado las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, también lo es que ello sucederá cuando no aparezca claramente que era otra la voluntad del testador, observándose en

caso de duda lo que aparezca más conforme a la voluntad del mismo y compitiendo, según una constante doctrina jurisprudencial, a los juzgadores de instancia la función de interpretar los testamentos con la finalidad de descubrir la voluntad real del testador, función esta cuyas conclusiones no pueden ser combatidas en casación, salvo que pudieran ser motejadas de ilógicas o contrarias a la Ley, mal pueden ser calificadas como tales las conclusiones a que llega la resolución recurrida de que la viudez a que se refería la cláusula cuestionada era la relativa a su esposa al tiempo del otorgamiento del testamento, no sólo porque en aquel tiempo resultaba imprevisible que, fallecida la entonces esposa, pudiese el testador volver a contraer segundas nupcias, sino también por la especial circunstancia de testar casi simultáneamente ambos cónyuges en idéntico sentido. Y, finalmente, porque ocurrido el fallecimiento de su primera esposa y contraído el nuevo matrimonio, pudo el repetido testador, don Marcelo L., variar la institución hereditaria operada en su testamento, lo que en forma alguna llevó a cabo, por todo lo cual procede la desestimación de este segundo motivo.

MEJORA CONDICIONAL (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña confirmatoria de la del Juzgado número 3 de Lugo, en base fundamentalmente a lo que a continuación se transcribe.

A fines de decidir en orden al recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta que la sentencia recurrida, con relación a lo establecido en la cláusula séptima del testamento otorgado por don Francisco L. P. el 1 de septiembre de 1982 y lo que afecta al particular que aquélla contiene de que «la eficacia de esta mejora —la reconocida en dicha cláusula séptima a favor de su hijo don José Manuel—, así como la de los legados ordenados a favor del propio hijo José Manuel en las cláusulas tercera y sexta, queda subordinada al cumplimiento de la obligación, que expresamente impone el testador a dicho hijo, de que éste, mientras vivan sus padres, habrá de habitar en la casa y compañía de los mismos, comiendo con ellos a igual mesa y mantel, cuidándoles y atendiéndoles en todas sus necesidades, tanto en salud como en caso de enfermedad», expresamente reconoce, en el aspecto fáctico, tanto que «no se justificó que el hijo mejorado del causante, hoy también fallecido y esposo de la demandada doña Josefa, haya incumplido la obligación que le impuso la repetida cláusula testamentaria», así como que a partir del fallecimiento del invocado testador don Francisco, la madre del aludido mejorado y legatario don José Manuel «se marcha para la casa de sus hijas en Lugo, sin que conste que lo hiciere forzada por el desamparo en que las tuviese en Gomeán su repetido hijo», quien luego «hubo de ingresar en una residencia de Lugo por razón de enfermedad, donde murió para ser enterrado en Nadela el 2 de febrero de 1945», y sin que esos aspectos fácticos hayan sido impugnados por los recurrentes a medio de la vía o cauce que depara el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que han quedado incólumes y, en consecuencia, vinculantes en casación.

TESTAMENTO OTORGADO POR EXTRANJERO EN TERRITORIO ESPAÑOL
(SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Melilla, declarando la validez del testamento notarial otorgado por súbdito marroquí conforme a la forma establecida por la legislación española, según expresa a continuación.

En el motivo primero, al amparo del artículo 1.692, 4.º, LEC, se denuncia error padecido por el juzgador, señalando como documentos la declaración de herederos de causante, don Ornar Mohamed Ajayat, en la Notaria de Villanador y el informe pericial del letrado señor Gosálbez, que demuestran, según los recurrentes, que es la declaración de herederos antedicha, aceptada por los Tribunales marroquíes como se probó con la demanda, lo único válido de acuerdo con la legislación aplicable y el estatuto personal del causante.

Se pretende a través de este motivo que se declare la nulidad del testamento abierto notarial, otorgado con arreglo a las formas de la ley española, y es claro que no puede acogerse pues plantea una cuestión de interpretación jurídica, y no de apreciación errónea de hecho, que es lo que autoriza el ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC. No se citan siquiera los preceptos que han sido vulnerados, lo que es contrario a la técnica casacional. No cabe remitirse en bloque «a la legislación aplicable» en contra de lo prevenido expresamente en el párrafo primero del artículo 1.707 LEC.

En el motivo segundo, al amparo del artículo 1.692, 5.º, LEC, se alega infracción por no aplicación de las normas contenidas en el libro V, «Del testamento», por Dahir 1-58-073, de 20 de noviembre de 1958 —20 de Reyeb de 1377— y el libro VI, «Del orden de suceder», por Dahir de 22 de noviembre de 1957 —28 de Debia II de 1377— en relación con los artículos 9 y 10 del Código Civil. En el desarrollo expositivo, los recurrentes citan como infringidos, de aquellos bloques legislativos del Código de Estatuto personal aplicable a los ciudadanos de nacionalidad marroquí —que era la que ostentaba el causante— los artículos 173 al 176; 188 al 190; 191 al 194. De acuerdo con ellos, el testamento del causante, ni por su contenido ni por la forma de su otorgamiento, se ajusta a la ley personal del mismo.

El motivo ha de desestimarse, ya que los recurrentes no han probado que la ley marroquí prohíba a los ciudadanos de esta nacionalidad testar en país extranjero (en el caso litigioso, España) con arreglo a las formas legales reconocidas en el mismo. En cuanto al contenido, tampoco han probado que aquella ley personal prohíba desheredar en testamento (lo que hizo el causante con respecto a los hijos habidos de su anterior matrimonio y a la que fue su mujer, la recurrente doña Mammam Ben Abdel-Lah), ni que en el mismo se limite el causante exclusivamente a dejarles a su esposa e hijos habidos de ella lo que por ley les corresponde (lo que también se hizo). A los recurrentes les incumbía la práctica de esa prueba con arreglo al apartado 6 del artículo 12 del Código Civil español.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692, 5.º, LEC, aduce vulneración del artículo 359 LEC por incongruencia de la sentencia de primera instancia en relación con el libro V, artículos 173 y siguientes, y con el Código de Estatuto Personal aplicable al causante.

El motivo es desestimable porque el recurso de casación no se da contra

la sentencia de primera instancia, sino contra la de la Audiencia, que precisamente no recoge el fundamento de Derecho séptimo, 6.^a, de la primera, contra el que los recurrentes se dirigen, y en lo que concierne a la vulneración de bloques normativos hay que remitirse, para evitar repeticiones innecesarias, a lo dicho en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

LEGADO DE COSA AJENA. INTERPRETACION. ARTICULO 675 CC (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que se ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara la nulidad del legado de cosa ajena, manifestando no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hospitalet, de acuerdo con los siguientes fundamentos.

El objeto litigioso se centró, exclusivamente, en la interpretación errónea de la voluntad del testador en el momento en que prelegó a su hija, demandante primero, apelante después y ahora recurrente, la total casa compuesta de piso y almacén sito en la avenida Anselmo Clavé, número 92, en testamento otorgado notarialmente el 9 de marzo de 1959, dado que al haberse vendido dicho inmueble a don Antonio C, esposo de la recurrente, mediante escritura pública otorgada el 13 de noviembre de 1959, el inmueble había salido ya del ámbito patrimonial causante cuando este procedió a otorgar testamento y, por consiguiente, existía pleno conocimiento del carácter de ajenidad del referido bien. Prácticamente, por tanto, el contenido de la sentencia impugnada se orienta sólo a establecer la interpretación del testamento en relación con tal disposición. La interpretación que tiene en cuenta, conforme a los criterios jurisprudenciales, incluso con las debidas precauciones, los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad, alumbra, según la prueba practicada, una forma permanente de obrar del causante, consistente en haber vendido, en dos ocasiones, bienes inmuebles de su pertenencia a personas que resultaban ser cónyuges de sus hijos, de donde deduce, en razón del modo de hacer figurar el precio (cuantía relativamente baja y precio confesado) que en realidad actuaba con un *animus donandi* a favor de sus respectivos hijos, y aunque dichas donaciones fueran disimuladas o encubiertas por los referidos contratos de compraventa, no por eso carecen de validez jurídica, habida cuenta del contenido del artículo 1.276 del Código Civil, pues la expresión de dicha causa falsa no obstaría la validez de los mismos, demostrándose que dichos contratos se fundaban en causa verdadera y lícita. La sentencia impugnada, junto con otras consideraciones relativas a la carga de la prueba y a la coherencia de la actuación del testador, concluye que no cabe presumir que éste conocía la ajenidad del bien que transmitía.

Es doctrina consolidada de esta Sala, como pone de relieve, entre otras, la Sentencia de 3 de noviembre de 1989, la de que es preferente siempre la voluntad del testador sobre la estrictamente literal, constituyendo un deber del intérprete indagar y revelar la voluntad verdaderamente existente en el ánimo del causante en el momento en que se efectuó el acto de disposición, pero esta actividad es un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamen-

te el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que se excluye el acceso a la casación (Sentencias de 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 8 de junio de 1982, 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987 y 26 de enero de 1988). En el caso presente, el Tribunal de instancia ha respetado el sentido del artículo 675 del Código Civil, que se dice infringido, con una investigación de la voluntad del testador que considera, incluso, su forma de obrar inferida de casos semejantes hasta llegar a la formulación de conclusiones que en modo alguno pueden estimarse de escasa razonabilidad o poca consistencia discursiva; por el contrario, aparecen como explicable colofón de una conducta que implicaba el conocimiento de la situación de la cosa prelegada, aunque haya sido preciso combinar la interpretación integrativa del testamento con algún elemento de prueba extrínseca, dentro, sin embargo, de unos límites prudentes. En consecuencia, el motivo en cuestión perece.

Como ya se dijo, los demás motivos para eludir el «bloque» de la interpretación testamentaria enfilan desde distintos ángulos el ataque contra la sentencia impugnada: a) Por medio de la alegada infracción del artículo 1.218 del Código Civil, que supondría un error en la valoración de documento, escritura pública de venta a favor del marido de la recurrente, como prueba legal, lo que significa, caso de aceptarse el argumento formal que propone, preterición de la doctrina de esta Sala en relación con el valor que deben otorgarse a las declaraciones contenidas en escrituras públicas en pugna con otros elementos de prueba, sobre todo cuando de negocios simulados se trata, coincidente además, curiosamente, de acuerdo con la valorada conducta del causante, hecha por la sentencia de instancia, con el parecer que a la propia recurrente merece la venta que claramente tacha de inveraz y simulada, realizada dos meses antes de fallecer por el testador en favor de su cuñado, aunque, lógicamente, la imparcialidad de la Sala, a diferencia de lo que hace la actora, emplea una misma «vara de medir» para valorar ambas «ventas», la realizada en favor de la cuñada y la realizada en favor de la recurrente. b) Tampoco puede prosperar la alegada infracción del artículo 1.257 del Código Civil en cuanto, haciendo supuesto de la cuestión, da por cierto, frente a lo probado, que estamos en presencia de un contrato de venta veraz, que como tal produciría sus efectos normales, pero no, como acontece, ante una donación encubierta, según lo ya establecido. c) Igual suerte debe correr la invocada aplicación indebida del artículo 1.276 del Código Civil, que en su desarrollo pretende, otra vez, tergiversar las resultancias probatorias, pues elude la valoración del elemento fiduciario ínsito en esta clase de negocios para argüir sólo sobre el análisis formal del precepto. d) Finalmente, la infracción de los artículos 861 y 862 no cabe en función de la base fáctica que obligadamente se respeta.

CAPACIDAD DEL TESTADOR. UNIDAD DE ACTO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Sigüenza, conforme a los siguientes fundamentos:

Los demandantes, actuales recurrentes, son hermanos del fallecido don Agustín L. C., siendo hecho incontrovertido que el día 9 de mayo de 1985 otorgó testamento declarando en él, en cuanto a institución de heredero se refiere, únicamente que «nombra por su único y universal heredero de todos sus bienes, derechos y acciones a su sobrino Pablo L. L., y en defecto de éste, a sus descendientes». Los citados demandantes se dirigen contra el instituido heredero, demando y ahora recurrido, solicitando «se declare nulo y sin validez alguna el testamento abierto otorgado por don Agustín L. C. el día 9 de mayo de 1985» ante el notario don ...; demanda que fue desestimada en ambas instancias y absuelto el demandado. La sentencia recurrida se basó esencialmente en los siguientes hechos, que no han sido eficazmente impugnados en el recurso por el conducto procesal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *a)* Del testamento cuestionado resulta que lo que en él se expone fue la voluntad manifestada por el testador ante tres testigos, dos de ellos sacerdotes, dando fe el notario de conocer a testador y testigos, de la capacidad del testador, de la idoneidad de los testigos por lo que resulta de sus manifestaciones, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales. *b)* Consta asimismo probado, según la Sala *a quo* (fundamento de derecho cuarto de su sentencia), que la última voluntad expresada se le hizo saber al notario por el testador en Sigüenza el 14 de noviembre de 1984, con ocasión de otorgamiento de escritura de poder en favor de procuradores y letrados, por lo que el testamento había sido redactado ya, a falta de los nombres de los testigos, antes de desplazarse el notario al domicilio del testador. Testamento cuyo contenido dispositivo único fue el ya mencionado al principio de este fundamento de derecho. *c)* No se acreditó en absoluto que el testamento de referencia fuera otorgado mediante violencia, dolo o fraude, o siendo precedido de maquinaciones de cualquier tipo. *d)* El testador sufrió un accidente cerebrovascular agudo el día 1 de abril de 1985, quedándole la secuela de una hemiparálisis derecha con pérdida del habla, situación que persistió después de ser dado de alta el día 2 de mayo siguiente. *e)* Como cuestión de hecho, de la apreciación del conjunto e individualizada de las pruebas el Tribunal de apelación deduce, ante la falta de prueba en contrario, la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento, conclusión que extrae del análisis de la prueba testifical y de los informes y declaraciones médicas efectuados. También deduce como hecho probado el mismo Tribunal que el notario redactó el testamento según las instrucciones recibidas del testador el día 14 de noviembre de 1984, anterior fecha al mencionado accidente patológico. *f)* Si bien el testador tenía una disminución de movimientos en hemicuerpo derecho y la pérdida del habla, consta de la misma forma la consciencia del paciente, según testificaron los médicos que le asistieron, e incluso, según los mismos facultativos, que hacia primeros de mayo de 1985 el enfermo se encontraba bastante mejor con relación a como se encontraba en el mes anterior.

El segundo de los motivos, al amparo del número 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por la sentencia recurrida del artículo 695 del Código Civil «en cuanto dispone que el testador expresará su última voluntad al notario y a los testigos, formalidad que —según el recurso— no fue respetada al otorgarse el testamento objeto de impugnación». En el desarrollo de este motivo, en realidad los recurrentes hacen un nuevo análisis y apreciación de las pruebas practicadas en la litis para llegar a conclusión contrapuesta a la de la Sala de instancia. Reiterada jurisprudencia se ha referido, sin

aludir a si las instrucciones previas al testamento dadas por el testador al notario han de ser verbales o escritas, bastando conste que efectivamente aquellas instrucciones se probó fueron hechas. Por otro lado, dada la simplicidad del contenido del testamento, es evidente que, constando la consciencia del testador, según se acreditó, es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifestado por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental. Todo ello conforme con la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos, y así se hizo verbalmente en el caso debatido en época en que el testador conservaba el habla; y su asentimiento, según Sentencia de 4 de mayo de 1977, a la redacción del testamento puede deducirse del propio testamento, como así ocurre según los hechos declarados probados en la instancia. Todo ello corroborado en cuanto a su eficacia por la también reiterada jurisprudencia de que la capacidad legal de todo testador se presume, y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente, apreciación que tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia (Sentencias, entre otras, de 1 de febrero de 1956, 10 de abril de 1987 y 7 de octubre de 1982). Por todo lo cual el motivo segundo ha de ser también desestimado.

El tercero y último de los motivos, con idéntico amparo procesal que el anterior, acusa la infracción por la sentencia recurrida del artículo 699 del Código Civil, afirmando que las formalidades del testamento abierto impugnado no se verificaron en un solo acto, como exige el precepto legal invocado. También en el desarrollo del motivo prescinde el recurso de los hechos acreditados en la instancia, donde claramente se dedujo, y lo hizo constar la Sala *a quo*, que el notario dio fe, entre otros extremos, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales. Por tanto, no son de tener en cuenta como contrarios a esa unidad de acto los hechos que el motivo refiere (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al notario, el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, el que el notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero), hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento del testamento impugnado no guardó la exigible unidad de acto, requisito que consiste, según conocida jurisprudencia, en la lectura del testamento en alta voz por el notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 695 del Código Civil, sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias (Sentencia de 12 de mayo de 1945); y habiendo sido sustituida la firma del testador, en el caso litigioso, por la de un testigo, ya que se hallaba aquél, según hecho acreditado, en situación de no poder firmar por su estado de enfermedad. Consiguientemente, este motivo ha de decaer y el recurso mismo por haber sido desestimados todos.

F. C. L.