

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

LAS ACCIONES DERIVADAS DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO ESTÁN EXCLUIDAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 1502 DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Pretende el recurrente alegar la no aplicación del artículo 1502 del Código Civil, porque sostiene que si no pagó el precio convenido fue porque los locales estuvieron ocupados unos meses por un tercero. El supuesto de hecho acreditado en autos nada tiene que ver con el que recoge el artículo 1502 del Código Civil, circunstancia que al parecer ha pasado desapercibido también para ambos juzgadores de instancia; ya que basta terminar de leer tal artículo 1502 para cerciorarse de que, aunque ciertamente los inmuebles en cuestión hubieran estado ocupados por un inquilino, ello no sería motivo alguno para no pagar su precio, en tanto que el referido precepto legal permite al comprador suspender el pago del precio única y exclusivamente cuando fuera perturbado "en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviese fundado temor de serlo, por una acción reivindicatoria o hipotecaria", nunca por otra clase de acciones; por tanto quedan excluidas las derivadas de contratos de arrendamiento o de otra clase que no sea las de carácter real señaladas en la norma. Y la jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración que el artículo 1502 es de interpretación restrictiva, siendo únicamente por el ejercicio o el temor de ejercicio de acción reivindicatoria o hipotecaria por lo que se puede suspender el pago del precio (Sentencias, entre otras, de 5 de noviembre de 1959 y 14 de marzo de 1986).

ARTICULO 1.504: LA ACEPTACIÓN POR EL REQUERENTE VENDEDOR DE UN PAGO PARCIAL IMPIDE LA RESOLUCIÓN (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Se entiende que no hay incumplimiento cuando no se alegan ni prueban circunstancias demostrativas de un irrespetuoso proceder del comprador con lo acordado, y por tanto con las pautas de buena fe que

ha de presidir la ejecución contractual, a pesar de lo cual el cumplimiento no se realizó por causas ajenas a su ánimo diligente, y que son reveladoras de ausencia de voluntad directamente de incumplimiento. Ante el primer y único requerimiento notarial de pago del resto del precio efectuado por el vendedor al comprador, éste con posterioridad le entrega la suma de un millón de pesetas, que es aceptada por el destinatario o acreedor con tal carácter, de lo que se deriva que con su decisión aceptoria está como renunciando o eludiendo la sanción que a su favor establece el artículo 1.504, de poder instar la resolución cuando el requerimiento no fuera atendido, ya que aunque el mismo lo fue de forma parcial, sí en cambio determinó la receptividad cooperante en orden a la *solutio* del vendedor, por lo que ha de apartarse en esta primera fase del cumplimiento el peso de la literalidad de la sanción resolutoria prevenida en dicho artículo.

Es sabido, según entre otras la Sentencia de 1 de junio de 1987, en cuanto a la naturaleza divergente entre las encontradas tesis mantenidas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica y efectos del acto de requerimiento, para unos constitutivo de una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce, y para otros, notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimación para que éste se produzca, tiene declarado esta Sala que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil como un acto jurídico complejo integrado en su fin principal como una declaración unilateral de la voluntad a la que la ley anude un efecto resolutorio contractual condicionada, es decir, que en la finalidad última, que es el ejercicio de la jurisdicción, se condiciona en su sentido técnico jurídico o se subordina el cumplimiento de un acto, el pago por el deudor comprador, por lo que se integra una verdadera y propia declaración unilateral de voluntad encaminada a la resolución del contrato de compraventa, obstativo del pago posterior del precio por el deudor.

DIFERENCIA ENTRE LA OBJETIVACIÓN DE LA CULPA Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Una cosa es la objetivación de la culpa que se ha venido operando en el marco de la doctrina de esta Sala a través, de la llamada "responsabilidad por riesgo", bien a través de sus equivalentes de la "presunción de culpa", o de la "inversión de la carga de la prueba", que sientan con la cualidad de *iuris tantum* la culpa del actor quien, en consecuencia debe acreditar que el evento dañoso producido no le es imputable; y otra la que hoy recibe, no muy adecuadamente, bien que haya hecho fortuna, la denominación de "responsabilidad objetiva", en cuanto como se ha dicho alguna vez por esta Sala, se trata realmente de una obligación legal de indemnizar, que proyecta el deber de resarcir sobre todos aquellos que hacen uso o se benefician de la utilización o explotación de algún medio que, aun cuando legalmente permitido por contribuir a la mejora del nivel social, su explotación implica riesgos para terceros, manifestación ésta que conforme señala el artículo 1 del texto refundido de la Ley 122/1962, de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, promulgada por Decreto 632/1968, de 11 de marzo, no admite otras exclusiones a dicha responsabilidad que la culpa exclusiva de la víctima o la fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

REQUISITOS DEL DOLO (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Definido en el artículo 1.269 del Código Civil el dolo como vicio del consentimiento contractual, comprensivo no sólo de la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también de la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, tal concepto legal exige la concurrencia de dos requisitos: el empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado.

A LAS PRENDAS ATÍPICAS NO LES ES DE APLICACIÓN EL ARTICULO 1.922 DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El pacto vinculando una imposición a plazo fijo, como garantía de la apertura de un crédito, no constituye un derecho de prenda propiamente dicho, y en su consecuencia no goza de las preferencias que señala el artículo 1.922-2.º del Código Civil; se trata pues de un contrato atípico, pero de ninguna forma nulo o anulable, como pretende el recurrente, ya que está amparado por el artículo 1.255 del Código Civil; pero lo que sí es cierto, es que no le pueden ser de aplicación los artículos que se citan como infringidos en este motivo, pues no nos encontramos ante una prenda propiamente dicha o típica, que es la regulada en dichos preceptos.

SEGURO DE DAÑOS: LA INDEMNIZACIÓN HA DE LIMITARSE AL CONCRETO DAÑO (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Caracteriza el seguro de daños el que la prestación del asegurador, consistente en la indemnización del daño causado al asegurado, se determina por la cuantía precisa del daño de forma tal que, producido el evento cuyo riesgo se asegura, la indemnización ha de limitarse al concreto daño; consecuencia de ello es que el llamado por la doctrina científica principio indemnizatorio que, implícito en el derogado artículo 1.795 del Código Civil en relación con el artículo 2, párrafo 1.º en su inciso último del Código de Comercio, ha sido recogido de forma expresa en el artículo 26, inciso primero de la citada Ley de 1980, al decir que "el Seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado", estableciéndose a continuación en este precepto legal el criterio a seguir para la determinación del daño, y para ello "se atenderá el valor del interés asegurado en el momento anterior a la realización del siniestro"; en consecuencia, la indemnización a abonar por el asegurador no podrá ser superior al valor del daño causado y así dice la Sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 1986 que "tanto a tenor de lo que disponía el Código Civil como lo que preceptúa al respecto la vigente Ley de 8 de octubre de 1980, en este tipo de seguro de daños no procede el aumento que no corresponda a una pérdida o daño previo, esto es, a una disminución patrimonial".

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS ÍNTERVINIENTES EN LA CONSTRUCCIÓN NATURAL DE LA ACCIÓN DECENAL (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Cuando, como en el presente caso ocurre, no es posible determinar las respectivas responsabilidades de los intervinientes en el proceso constructivo (art. 1.591 del Código Civil), surge entre los mismos una responsabilidad solidaria, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 16 de marzo de 1984, 22 de septiembre de 1986 y 17 de mayo de 1988, entre otras), siendo facultad del perjudicado en estos casos, dirigirse contra todos o alguno de los presuntos responsables, ello sin perjuicio de quedar vigente la relación interna peculiar de la solidaridad, conforme al artículo 1.145 del Código Civil.

El plazo que establece el párrafo primero del artículo 1.591 del Código Civil no es de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege*, conocida como "decenal", que dicho precepto establece, ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruínógeno forzosamente dentro del plazo de diez años a contar desde la terminación de la obra, de tal manera que si el expresado plazo transcurre sin haber ocurrido el referido evento, la acción ya no podrá nacer, por haber precluido el mencionado plazo de garantía. En cambio, una vez nacida la acción por haberse producido o exteriorizado la ruina dentro de dicho período de tiempo, el plazo de prescripción de la misma es el general de quince años, que para las acciones personales que no tengan señalado un término especial de prescripción, establece el artículo 1.964 del Código Civil, siendo el *dies a quo* de dicho plazo prescriptivo la fecha en que se produjo la ruina o se manifestó el vicio ruínógeno.

ERROR JURÍDICO: DIFERENCIAS CON EL ERROR JUDICIAL (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El error en el sentido jurídico supone el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o hecho o de las reglas jurídicas que lo disciplinan (Sentencia de 29 de septiembre de 1987). El error judicial puede producirse en uno y otro ámbito, distinguiéndose entre error *de jacto* y *de iure*, y como su construcción es netamente jurisprudencial, la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal Supremo permite configurar el error judicial de la siguiente forma: "no dimana de la simple revocación o anulación de resoluciones judiciales, produciéndose por haber sido aplicados a los hechos indebidamente un precepto legal que no les cuadre o dejado de aplicársele el que le corresponde, o cuando el que lo haya sido se les hubiera ocupado con errónea interpretación de su texto" (Sentencia de 5 de octubre de 1987), "incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley" (Sentencia de 4 de febrero de 1988), "no puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera que hubieren sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales".

LA EFICACIA RETROACTIVA DE LA RATIFICACIÓN DE UN CONTRATO NO PUEDE PERJUDICAR A TERCERO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en numerosas Sentencias, la de que, tanto en el caso del artículo 1.259-2 del Código Civil, como en el caso del artículo 1.727-2 del mismo cuerpo legal, la posterior ratificación del contrato tiene eficacia retroactiva entre las partes contratantes, con lo que sus efectos se entenderán válidos y plenamente existentes al momento de la celebración por el representante del negocio en cuestión; ahora bien, tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron del primitivo dueño algún derecho incompatible con la nueva propiedad y así se reconoce por la doctrina científica y se desprende la jurisprudencia de esta Sala, que en la Sentencia de 31 de enero de 1978, última de las citadas en el motivo tercero del recurso, funda el reconocimiento de efectos retroactivos a la ratificación en la prioridad de ésta sobre el embargo practicado al decir "en cuanto que la ratificación tuvo lugar sin que hubiera mediado revocación alguna antes de que se dictase el mandamiento de embargo, con la inevitable eficacia retroactiva al momento de la celebración del contrato", de donde se sigue que la ratificación posterior al mandamiento de embargo y su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad no producirá efectos con carácter retroactivo frente al acreedor que obtuvo el embargo.

REQUISITOS DEL TERCERO HIPOTECARIO (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—En Sentencia de 19 de julio de 1989 se fijaron así sus requisitos: 1. Que actúe de buena fe: Que en el momento de adquirir desconozca o ignore la existencia de una inexactitud del Registro, por discrepar su contenido de la realidad material, creyendo que los hechos referentes a la adquisición se presenten tales y como en el Registro aparecen; no habrá buena fe si los bienes a adquirir aparecen en el Registro como libres y no perturbados, y el adquirente sabe y le consta que están gravados o perturbados. 2. Que adquiera a título oneroso: O sea en virtud de una contraprestación en su parte patrimonial, determinada y exigible. 3. Que el transferente tenga inscrito su derecho: Que se subdivide en a) que su adquisición sea derivativa de su anterior titular, y b) que el precedente titular tenga inscrito su derecho y aparezca con facultad de transmitirlo. 4. Que el adquirente inscriba su derecho: Una vez efectuada su adquisición, será preciso que ésta se inscriba asimismo en el Registro, a favor del nuevo titular. 5. Que si se declara ineficaz el derecho del transmitente, sus causas no consten en el Registro: Es un requisito de posterior dación, es decir, una vez verificados los anteriores. En realidad va inmerso en el principio de buena fe, pues éste exige que el adquirente desconozca la existencia de cualquier inexactitud registral, o discrepancia con la realidad extrarregistral, que serán las únicas fuentes de donde provendrían en su caso esa nulidad o resolución del derecho del otorgante. 6. Identidad en el contenido objetivo de la inscripción: Nos referimos sencillamente al natural presupuesto de que los términos de la inscripción del adquirente concuerden con los transferentes, en el sentido de que según sean éstos, se puede inscribir el derecho del segundo en su capacidad, cantidad y calidad; de cuyos requisitos sobresalen la BUENA FE del adquirente.

LA DACIÓN EN PAGO ES UN NEGOCIO PRO SOLUTO, Y LA CESIÓN DE BIENES, PRO SOL VENDO (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Se produce una "dación en pago" cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida (*aliud pro alio*), con acuerdo para tener por extinguida la obligación (dación solutoria), calificándose por la jurisprudencia como contrato oneroso de enajenación, que tienen por finalidad la sustitución del pago por esa transmisión (S. de 20 febrero de 1967), o bien de negocio jurídico complejo que participa de las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto (S. de 15 de mayo de 1983), ya de "figura con caracteres propios, por su finalidad extintiva de las obligaciones, como negocio de pago" (S. de 5 de octubre de 1987), pero en ningún caso el acreedor puede reclamar la prestación primitiva. Por el contrario, en la cesión de bienes (art. 1.175 del Código Civil) que el deudor realiza a los acreedores en pago de sus deudas, sólo se libera de responsabilidad por el importe de los bienes cedidos, salvo pacto en contrario, si el importe de dichos bienes no cubre el total de lo debido. La dación en pago es pues un negocio *pro soluto*, mientras que la cesión de bienes es un negocio *pro solvendo* sin efectos libratorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden los bienes y con su importe se pague a los acreedores de modo total o parcial, produciendo la extinción también total o parcialmente.

No existe en el Código Civil precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo la obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo. Esta asunción liberatoria del primitivo deudor hay que distinguirla de la asunción cumulativa, acumulativa o de refuerzo, en la que un tercero se une al deudor originario con vínculo solidario, señalando la Sentencia de 28 de septiembre de 1960 que esta figura se diferencia esencialmente de la fianza en el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo por tanto responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste, mientras que el fiador asume en cambio la responsabilidad por deuda ajena; no existiendo en nuestro Derecho obstáculo alguno a que un nuevo deudor se adhiera a la deuda, y en los casos de asunción acumulativa, dada la naturaleza de la operación, la solidaridad será siempre conforme al propósito de las partes.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NO HACE FALTA LA APROBACIÓN DE LA JUNTA DE COPROPIETARIOS PARA LA DIVISIÓN DE UN PISO, SI AMBAS PARTES RESULTANTES SIGUEN PERTENECIENDO AL MISMO DUEÑO (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Reconociendo el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal al dueño de cada piso o local el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, en el que incluye los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas las clases que estén comprendidas dentro de un límite y sirvan exclusivamente al propietario, y aclarando el 7 que el propietario podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuan-

do no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, facultando asimismo el 8 la división material de los pisos o locales para formar otros más reducidos o independientes, parece lógico concluir que la actividad realizada por la entidad demandada, al fraccionar en dos el local de su propiedad, sin que con ello alterase la seguridad o estructura del edificio, en modo alguno faculta a los demás propietarios para solicitar y obtener judicialmente la demolición de las obras realizadas, máxime cuando en modo alguno consta acreditado que con ello se produjera perjuicio alguno al resto de los copropietarios.

Por otra parte, y si bien es cierto que el párrafo 2 del artículo 8 requiere la aprobación de la Junta de Propietarios para la división material de los pisos o locales, también lo es que, claramente se deduce del tenor literal del precepto, ello sólo será necesario cuando, por atribuirse los pisos o locales resultantes de la división a propietarios diferentes, se produzca una alteración de las cuotas de participación, supuesto en el que es procedente la fijación de cuotas nuevas de participación para los pisos reformados, pero no cuando ambos locales quedaron en manos del mismo y anterior propietario, lo que hace innecesaria la fijación de nuevas cuotas y no permite atribuir al incumplimiento de este siempre conveniente sometimiento a la Junta un carácter antijurídico tal que comporta la declaración judicial de demolición de las obras.

COMPRAVENTA: LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO SOLO PUEDE APOYARSE EN ACCIONES REIVINDICATORIAS O HIPOTECARIAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala tiene declarado que el derecho de suspender el pago del precio o la resolución en los contratos de compraventa, que conceden los artículos 1502 y 1503 del Código Civil, exige para su aplicación, no sólo la circunstancia de que quien pretenda ampararse en ellos, acredite en debida forma los hechos demostrativos de la pérdida resolutoria de la cosa y del precio, debidamente valorados por el juzgador, sino además que estos hechos provengan, en cuanto a la suspensión del pago, del ejercicio de acciones reivindicatorias o hipotecarias, únicas que pueden conducir a semejante resultado, dado que tales preceptos, por su carácter restrictivo, no pueden ampliarse a otros casos distintos de los comprendidos en el texto legal.

EL DERECHO AL PRESTIGIO PROFESIONAL HA DE ACOGERSE A LA TUTELA DEL ARTICULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1989).

Hechos.—El jugador del Atlético de Madrid Fraguas hizo al diario "Marca" unas declaraciones en las que criticaba al Médico de ese Club. El Doctor demandó al futbolista que es condenado en la instancia, pero absuelto por el Supremo.

Doctrina de la Sentencia.—Como ya declaró la Sentencia de 2 de marzo de 1989, los derechos fundamentales coexisten con otro grupo de derechos de la persona, aquellos son llamados personalísimos encuentran una protección jurídica especial, como ocurre con el honor, la intimidad personal y familiar y la

propia imagen, al punto que los últimos encuentran su tutela jurídica cuando son vulnerados, habiéndose catalogado entre estos últimos el prestigio profesional, como patrimonio espiritual de la persona, protegiéndose los primeros en el ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, al paso que los segundos han de acogerse a la tutela genérica del artículo 1.902 del Código Civil.

J. Q. S.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

RECONOCIMIENTO E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. PRUEBAS BIOLÓGICAS (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons y con el voto particular contrario del Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelada contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Benidorm número 1, conforme a los siguientes fundamentos:

Segundo.—1. El motivo formulado, amparado en la infracción del artículo 135 del Código Civil y 39, 3, de la Constitución, parte, en realidad, de una petición de principio, cual es la de que la negativa a someterse a las pruebas biológicas, presupone un reconocimiento de la paternidad que se postula.

El motivo merece una profunda reflexión habida cuenta de la extraordinaria innovación que ha supuesto en nuestro sistema procesal y en el Derecho familiar frente a posturas obsoletas y negativas a ultranza más aún si se tiene en cuenta su estrecha relación y vinculación con los supuestos contemplados en el artículo 127 del Código Civil y en el 39,2 de la Constitución Española, habida cuenta, principalmente, del interés preponderante que se concede a la filiación y, con ella, a los legítimos y superiores de toda sociedad de estadio cultural avanzado en que se potencian los intereses familiares y sociales frente a los estrictamente individuales representados por la protección que se dispensa a la intimidad y a la integridad consagrados en los artículos 15 y 18 de la propia Constitución.

En efecto, en este orden de ideas, no hay que olvidar que si la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso es, a su vez, el objeto del proceso y, en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre el que han de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas, cuya negativa, por parte del sujeto a someterse a ellas, conculcaría la declaración programática del artículo 39, 3, *in fine*, de la Constitución cuando proclama que la ley posibilitará la investigación de la paternidad, como lo ha hecho el Código Civil en los artículos pertinentes conforme a la reforma llevada a cabo en la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Y, en otro orden de ideas se harían ilusorias las posibilidades de obtener la tutela efectiva en derechos tan legítimos como los que se postulan y concluirían, en definitiva, a una denegación de un medio de prueba a quien no tiene a su alcance más que la práctica de las pruebas biológicas para demostrar la paternidad que se demanda, pues no hay que olvidar que, en caso de que se diera un alcance inusitado a la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas se premiaría a quien se comportase en el proceso de tal guisa y se condenaría al inocente al privarle de todo medio de prueba, más aún si se tiene en cuenta la fiabilidad absoluta, hoy por hoy, en cuanto a la exactitud de la prueba biológica negativa y al elevadísimo porcentaje de fiabilidad en cuanto a aquellas otras que determinan la posibilidad de la paternidad en el caso concreto.

Finalmente, la tesis que se propicia, encuentra su fundamento en la evolución jurisprudencial que sobre la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas en las Sentencias de 27 de junio, 17 de julio, 5, 12 y 14 de noviembre de 1987 y 11 y 18 de marzo del corriente año, terminado su proceso en la más reciente de 21 de mayo último.

2. Analizando el material probatorio recogido en la Sentencia de instancia y que ahora se impugna, prontamente se advierte que el comportamiento del demandado es netamente obstruccionista, negativo, de absoluto rechazo, desplazando a la parte contraria una prueba que él no posibilita y aludiendo la prueba negativa de su paternidad, pese a su exactitud desde el punto de vista médico-histológico y haber mantenido en el proceso tal postura defensiva, más aún si se tiene en cuenta que admitidas las pruebas biológicas en el período probatorio, en ningún momento se sometió a ellas, y acordado por el Juez su práctica por providencia para mejor proveer, fue objeto del oportuno requerimiento judicial, sin que en ningún momento accediera a ello.

Tal actitud no comporta una *ficta confessio*, como llegó a afirmarse en la Sentencia de primera instancia, sino un indicio revelador de un afán obstruccionista y que denota hasta un fraude de ley a que hace referencia el artículo 4 del Código Civil y de un ejercicio antisocial del derecho que consagra el número 2 del artículo 7 del mismo cuerpo legal, más aún cuando los conocimientos culturales están en el orden del día y forman ya parte del acervo cultural.

Finalmente, habida cuenta de la amplitud de probanzas y medios que la ley brinda generosamente en esta materia (art. 127 del Código Civil), no cabe aplicar criterios obsoletos a la información testifical previa para descalificarla por no ajustarse en su práctica a la legal testifical, máxime si se tiene en cuenta su raigambre en el sistema judicial español y en el que el destinatario es el juez *inaudita parte*, procede concluir que acreditadas las relaciones sexuales en el tiempo hábil para la concepción y las reiteradas negativas del demandado a someterse a las pruebas biológicas solicitadas por la contraparte y a no haber suministrado la absoluta e irrefutable de no ser el padre como sostenía en su escrito de contestación y a través de todo el proceso, procede concluir con la estimación del motivo casacional invocado y casar la Sentencia impugnada, confirmando el fallo de la de primera instancia.

Fundamentos jurídicos.—1. El primer motivo del recurso lo ampara la parte recurrente en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a todo lo largo de su desarrollo, el pretendido error apreciativo, y la consiguiente equivocación del Juzgador, se tratan de justificar mediante un especial e interesado proceso valorativo, realizado por la parte que recurre sin base documental alguna, e incluso con la ausencia de cualquier clase de prueba que obra en las actuaciones, ya que la parquedad de la propuesta y practicada (únicamente

la de confesión) impide cualquier clase de valoración que no sea la estrictamente presuntiva; esta concreta circunstancia, y la abundante doctrina de esta Sala relativa a la exigencia de ciertos elementos necesarios para la admisión del motivo alegado, vedan la estimación del mismo.

2. En el motivo segundo se aduce la infracción del artículo 39.3.º de la Constitución Española, y el 135 del Código Civil, usando la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y centrado todo el problema expositivo en el valor probatorio que debe darse a la negativa del demandado a dejarse efectuar las pruebas biológicas sobre paternidad. La Sala de instancia, acorde con la doctrina jurisprudencial, y en especial con la establecida en la Sentencia de 14 de octubre de 1985 que allí se cita, sólo reconoce a tal negativa un valor indiciario, todo lo valioso que se quiera, pero necesitado de estar unido a otras pruebas para poder producir el convencimiento de la paternidad que se reclama (según se añade en la Sentencia de 27 de junio de 1987); doctrina ésta que por su abundancia puede entenderse consolidada, y en la que en cualquier caso, se excluye la *ficta confessio* (Sentencias de 7 de febrero y 8 de julio de 1986, 27 de junio y 12 y 14 de noviembre de 1987). El sistema jurídico que rige actualmente en nuestro país después de la Ley 11/1981, concede, para la investigación de la paternidad, dos clases de pruebas: las directas, entre las cuales y como más conocida está el análisis de los grupos sanguíneos, fiable absolutamente para descartar la paternidad, y con bastante aproximación para acreditarla, y los indirectos o presuntivos referidos; al consentimiento expreso o tácito, a la posesión de estado, a la convivencia con la madre en la época de la concepción, y a otros hechos de los que se infiera la filiación de un modo análogo; la negativa a dejarse practicar la prueba biológica entra en el grupo de las presuntivas, pero tal negativa, como tiene declarado esta Sala, al constituir el hecho-base debe conducir congruentemente, mediante las reglas del criterio humano al hecho-consecuencia, siendo este proceso función exclusiva del Tribunal *a quo*, sin que pueda exigirse tal actividad, ni tampoco impugnarse en casación, la circunstancia de no haberse empleado en la instancia la especial facultad que concede el artículo 1.253 del Código Civil, pues al admitirse tal práctica se convertiría este recurso revisorio en una nueva instancia (Sentencias de 11 de abril de 1947, 5 de octubre de 1966 y 21 de octubre de 1982).

3. En el caso que contemplamos no existe en los autos ninguna clase de prueba que venga a justificar, aunque sea de un modo indiciario, las relaciones íntimas existentes entre el demandado y la recurrente, pues la *información testimonial*, practicada antes de la admisión de la demanda, agotó su finalidad con dicha admisión, al igual que ocurre con las disposiciones de los artículos 1.652 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de ninguna forma puede ser considerada como un medio probatorio, pues no está revestida de las garantías procesales mínimas respecto a: juramento, imparcialidad, tachas, intervención directa de las partes, etc., que exigen los artículos 637 y siguientes de la Ley Procesal. Al no figurar en autos más que la prueba de confesión, en la que nada se reconoce sino todo lo contrario, la parte recurrente pretende en su recurso que este Tribunal efectúe el proceso presuntivo que no se realizó en la instancia, y que esta presunción tenga además como única base fáctica la negativa del demandado a dejarse practicar las pruebas biológicas de paternidad, lo que supone prácticamente tanto como atribuir a esta actitud obstruccionista los efectos de la *ficta confessio*, que el artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza para otros distintos supuestos, y que esta Sala tiene negado para los casos de investigación de la paternidad. Por todos los razonamientos que han

sido expuestos anteriormente, la única conclusión viable es el decaimiento también de este segundo motivo.

Comentario.—Se muestran en esta Sentencia las dos tesis que tienen dividida a nuestra jurisprudencia: la que considera que el oponerse a la prueba biológica o del modo que sea no prestarse a ella, aunque no impliquen —al menos teóricamente y para salvar lo absurdo de esa conceptualización que, desde luego, repugna al sentir jurídico— una *ficta confessio*, sí entraña un indicio de extraordinario valor, revelador de un afán obstruccionista y hasta de un fraude a la ley y un ejercicio antisocial del derecho, siendo admisible técnicamente su revisión en casación contra el criterio sustentado en la instancia; y, por otra parte, la que estima que entrañando esa negativa una presunción simple, con mero valor indiciario, pero necesitado de estar unida a otras pruebas para producir el convencimiento de la paternidad que se reclama, y que, por ser función exclusiva del Tribunal *a quo* no puede impugnarse en casación técnicamente, pues de admitirse tal práctica se convertiría la casación en una nueva instancia.

RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN. POSESIÓN DE ESTADO (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1988).

Ejercitada por el padre acción contra la madre de la criatura pidiendo se declare su paternidad no matrimonial, desestimada su petición por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón, Sentencia confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso y, en consecuencia, declara que el actor es el padre no matrimonial de la niña, cuya madre es la demandada, con los consiguientes apellidos y deja para la ejecución de Sentencia la determinación de otros extremos pedidos en la demanda, ejecución ha de tenerse como base el carácter tuitivo y responsable de la paternidad, con los deberes inherentes a la misma, frente a posibles aspiraciones particulares de sus progenitores (esto, sin duda, para salir al paso de algún interés patrimonial egoísta por parte del padre, ya que, al parecer, la situación económica de la madre era más favorable). Todo ello conforme a los siguientes fundamentos.

En el primer motivo del recurso se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos consistentes en el testimonio de particulares de los Autos de separación matrimonial 436/80 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón.

La Sentencia de la Audiencia afirma al respecto que "lo que no está acreditado suficientemente, y esto es lo decisivo, es que la niña a partir de su nacimiento estuviese en posesión de estado respecto a su progenitor, pues la pregunta séptima del interrogatio del demandante, que es la más importante en torno a tal hecho, es contradicha por la testifical de la madre de la niña, incluso por las personas que con mayores razones de conocimiento podrían atestiguar una convicción estable y familiar y, además, es tan genérica que no revelan un comportamiento del actor que garantice sin duda su actitud de padre de la niña, máxime si el tiempo de junio a diciembre, sólo seis meses, ha sido tan breve como ausente de hechos de entidad bastante como para estimarlos reveladores de lo que se trata de probar, teniendo en cuenta además que no cabe tener en

cuenta hechos posteriores a diciembre de 1980 respecto de lo que no existe ninguno acreditado en orden al *nomem*, *tractus*, y *fama*, y por ello no cabe accederá a la acción ejercitada...".

Ante tal pronunciamiento de la Audiencia este primer motivo ha de ser desestimado al no haberse acreditado —tal como la Sala *a quo* puntualiza— que la niña se encontraba al momento de la interposición de la demanda o en época anterior o próxima en "constante posesión de estado" respecto a su supuesto progenitor (art. 131, 1.º del Código Civil). Posesión de estado de filiación, que tal como esta Sala ha declarado con reiteración, no es más que una situación residual en que puede hallarse un hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o del círculo familiar permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la Sentencia firme que así lo proclame (Sentencias, por ejemplo, de 19 de noviembre de 1985 y 10 de marzo de 1988). La posesión de estado consiste, por tanto, en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero conocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo, siendo catalogada tradicionalmente tal circunstancia como cuestión de hecho a los efectos casacionales.

2. En el segundo motivo se denuncia, en cambio, con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692, la infracción de los artículos 127, 131 y 135 del Código Civil y 39 de la Constitución Española y de la jurisprudencia dictada sobre dichos preceptos.

Dicho motivo ha de ser estimado, superando al respecto ciertas rigideces formales de carácter procesal nacidas de la alegación referida a la posesión de estado, pues ello conduciría, ante la peculiar singularidad del caso debatido, a un resultado ilógico y absurdo que repugnaría al Derecho y a un elemental razonar lógico. En efecto, partiendo de que estamos en presencia de un tema de filiación y, en consecuencia, propio del Derecho de familia, con las conocidas peculiaridades que le sitúan como un *tertium genus* entre el Derecho privado y el público, no cabe minimizar tales características que constituyen precisamente el soporte definitorio de esta singular parcela del Derecho. En el caso de autos hay que destacar, además, que la paternidad del actor o recurrente respecto de la niña ha venido a ser admitida expresamente por la madre y reconocida y reiterada *in voce* por su Abogado en el acto de la vista ante esta Sala, insistiendo dicha parte, en cambio, en la falta de prueba por parte del actor y hoy recurrente en orden a la posesión de estado alegada y mantenida por éste. Tal erróneo planteamiento del actor en el presente recurso ha de ceder, sin embargo, ante las declaraciones y afirmaciones inequívocas de la contraparte, de valor y trascendencia sustancial y definitiva, que superan y desbordan la categoría misma de posesión de estado (*nomen*, *tractus* y *fama*). Categoría que no ha de olvidarse que propiamente sólo es —y esto es decisivo a los efectos de la presente casación— exigencia mínima de las previsiones contenidas en el Código en materia de acciones de filiación (arts. 127 a 141, ambos inclusive) y que ha sido definida y conceptuada por esta Sala, en fiel concordancia con lo anterior, como situación residual en que puede encontrarse un hijo frente a otras probanzas o declaraciones de mayor rango o eficacia jurídicas.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1988).

El Tribunal Supremo admite la prueba biológica conforme a los siguientes fundamentos en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Matías Malpica y González Elípe.

1. La demanda formulada por la madre en representación de los intereses de su hija al objeto del reconocimiento judicial de la paternidad del demandado respecto de la neófita Marta S. B., inscrita en el Registro Civil de Granada como nacida el 4 de enero de 1984, con la indicación a efectos de identificación de ser el padre "Luis" y la madre la demandante cuyos apellidos ostenta y cuya inscripción se verificó por declaración de la misma madre, tenía por objeto dicha demanda la rectificación del asiento de inscripción de nacimiento, haciéndose constar como apellidos, resultado de la investigación de paternidad, los de V. R. en lugar de los que ahora constan, habiéndose solicitado por vía reconvencional por el demandado, si bien con carácter subsidiario para el caso de que se acreditara la paternidad propugnada por la parte actora, que no se limite tal declaración a la rectificación registral impetrada sino a la declaración de cuantos derechos y obligaciones establece el Código Civil en cuanto a los hijos matrimoniales y no matrimoniales respecto a alimentos, visitas, patria potestad, etc., habiéndose accedido en ambas instancias, la Sentencia de apelación confirma la de primer grado—, a las peticiones de la demanda y reconvención, consecuentes éstas al reconocimiento de paternidad que ha sido el principal e inicial propósito de la promoción de esta litis.

2. El motivo primero del recurso, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de las normas procesales con la consiguiente indefensión para el recurrente, contenidas en los artículos 611, 613, 628, 630 y 340-3.º-5.º y último párrafo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, cuyas Sentencias cita. El motivo tiene como finalidad la declaración de que se tenga por no practicada la prueba pericial biológica como consecuencia de: a) Que habiendo sido admitida la prueba pericial conducente al análisis de las muestras de sangre de la niña y del presunto padre demandado y ahora recurrente, el informe emitido por el Perito Médico designado al efecto se refiere no sólo al resultado de tales análisis, sino al efectuado al propio tiempo a la madre, demandante y aquí recurrida; y b) Porque ha sido denegada la práctica de nuevas aclaraciones solicitadas por su escrito de 23 de diciembre de 1986, a las expuestas por el Perito judicial, a requerimiento del Juez de Primera Instancia con asistencia de ambas partes el día 22 de diciembre de 1986, por haberlo así acordado en providencia para mejor proveer.

3. El motivo primero que se estudia es improsperable: a) Porque no interfiriendo en forma alguna el análisis de la sangre materna en el efectuado respecto de la niña y de su presunto padre sobre todo en forma peyorativa para el resultado obtenido de estos últimos es de toda evidencia que no dañando, antes bien clarificando, el resultado de la pericia acordada en autos, ni puede producir nulidad ni tampoco indefensión de los derechos del demandado. El resultado comparativo de las muestras hemáticas de la hija y de su presunto padre están ahí en la realidad de los hechos y ellos no se verían modificados ni ahora ni luego en una reproducción de los mismos, ya que el análisis de la madre es biológica y procesalmente irrelevante, y habiéndose practicado el análisis acordado en el

período de prueba con todas las garantías procesales, así como la emisión del juicio pericial en la forma establecida en las normas procesales que se invocan como infringidas, estamos en el supuesto previsto a *contrario sensu* en el artículo 238-3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que ha de proclamarse su validez; y b) Porque habiendo asistido el recurrente al acto judicial en que tuvo lugar la aclaración promovida de oficio por el juzgador de instancia, en providencia para mejor proveer precisamente para obtener la aclaración relativa a la posible incidencia en el informe final del análisis de la sangre de la madre, tuvo ocasión el recurrente en ese momento procesal, para a su vez solicitar las nuevas aclaraciones que luego, posterior e inoportunamente, instó en escrito de 23 de diciembre de 1986, siendo así que lo único que le era factible —como bien señaló en el auto de 23 de enero de 1987 el Juez de Primera Instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se les instruyó a las partes en el acta de aclaración del informe pericial— era no pedir nuevas aclaraciones, sino puntualizar lo que a su juicio estimaran conveniente acerca del alcance e importancia de la aclaración practicada, o lo que es lo mismo, la simple expresión de un juicio de valor procesal de la misma de acuerdo con su criterio. Y no es ocioso añadir a lo expuesto que la doctrina unánime de esta Sala mantiene el criterio de irrecurribilidad de las providencias para mejor proveer y de las que de ellas se deriven, como "actos que son de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional para formar su propia convicción, sin suplanar la negligencia de las partes en su deber de probar los hechos alegados cuando estime que, a su juicio, alguno de ellos quedó confuso o poco determinado, lo que supone no una obligación sino una facultad del Juez, como lo revela la expresión legal "podrán", contenida en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (Sentencias de 2 de abril de 1982, 2 de junio y 8 de octubre de 1987).

4. El motivo segundo denuncia el error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en los autos, al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para lo que señala como tal documento acreditativo del error la Sentencia de 8 de julio de 1983, por la que se declara el divorcio, lo cual supone —dice el recurrente—, que como es esta la fecha que da estado oficial y vinculante *erga omnes*, todos los demás documentos de carácter privado aportados al procedimiento (documento de 13 febrero 1980 por el que los cónyuges —actora y su marido, don Juan Jesús H. M.— acuerdan la separación de forma amistosa; convenio regulador de 24 mayo 1983; demanda de divorcio de 6 junio 1983) no pueden contrarrestar la virtualidad de la Sentencia de divorcio, la que determina que hasta entonces entre en juego el artículo 116 del Código Civil con la presunción de hija matrimonial respecto de la inscrita Marta S. B. El motivo fracasa porque se olvida que las Sentencias de instancia afirman de modo rotundo (Considerando segundo *in fine* de la Sentencia de 2.º grado) "que la madre vivía separada de hecho de su marido desde el 13 de febrero de 1980, como consta en la Sentencia de divorcio solicitada de común acuerdo y dictada el 8 de julio de 1983, que tiene fuerza de cosa juzgada, y por consiguiente la fecundación de la hija es posterior a la separación de hecho, lo que significa que esta presunción *inris* no tiene lugar, no habiéndose probado, por otra parte, en estos autos una posible reanudación de la vida conyugal, ni siquiera esporádicamente. Por todo lo cual, y con base en las pruebas practicadas, que han sido valoradas en su conjunto, la Sala llega a la certeza de que don Luis V. R. es el padre de doña Marta S. B. a todos los efectos legales", y como quiera que tal proclamación no se ha impugnado en cuanto supone un *mentis* a la presunción *juris tantum* que en dicha norma sustantiva se contiene, es eviden-

te que la Sentencia de divorcio señalada en apoyo de la tesis del recurso no puede contrarrestar la declaración fáctica del juzgador de instancia, ya que dicha Sentencia obviamente no refleja ni puede reflejar la realidad biológica de la filiación de la neófita, por lo que carece de la eficacia connotadora del error que se denuncia en esa particular y trascendente cuestión, aparte de que en el mejor de los supuestos, la valoración conjunta de todas las pruebas practicadas no puede casacionalmente verse mermada en su virtualidad por la propotencia que singularmente quiere conferirse por el recurrente a tan sólo uno de los instrumentos probatorios obrante en las actuaciones, lo que está proscrito por la doctrina de esta Sala (Sentencias de 5 de marzo y 2 de abril; 8 y 27 de mayo, 9 de julio y 6 de octubre de 1986, y 3 de marzo de 1987), y ello sin perjuicio de que el recurrente ha de aceptar íntegramente el contenido del documento que ofrece en contraste del error denunciado, no siéndole lícito resaltar los particulares que apoyen su tesis con rechazo de los demás.

RECONOCIMIENTO E INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA
(SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1989).

Confirma la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Puertollano, declaratoria de paternidad y concediendo alimentos a favor del hijo extramatrimonial, cuya paternidad resulta de la prueba científica y biológica practicada por el Departamento de Medicina Legal de la Universidad Complutense, en que la conclusión alcanza una "paternidad extraordinariamente probable" por haberse obtenido un coeficiente de 99,62, sólo 13 centésimas menos que el coeficiente de una paternidad demostrada, lo que es incuestionable signo de certeza de que el recurrente es quien generó el hijo (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1989).

Confirma la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, que, a su vez, había confirmado la del Juzgado número 5 de dicha ciudad, argumentando favorablemente a la presunción de la paternidad resultante de las relaciones acreditadas durante el noviazgo y el rechazo del recurrente a someterse a la pruebas biológicas, conforme ya se estableció en la Sentencia de 14 de julio de 1988 y en la de 21 de mayo de 1990, comentada esta última en el número 592 de esta misma REVISTA y en el 42-11 del *Anuario de Derecho Civil* (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1989).

Confirma la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirmó la del Juzgado número 10 de Primera Instancia de

dicha ciudad, desestimando el recurso formulado por el actor y apelante, quien habiendo solicitado la prueba biológica para negar la pretendida paternidad no se cuidó de que la misma fuera practicada en primera instancia, falta que no puede alegar en casación pretendiendo que le produjo indefensión (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons). La doctrina de esta Sentencia se reitera en supuesto análogo por la de 25 de abril de 1989, o más bien viceversa, siendo Ponente el mismo Magistrado.

INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1989).

Confirma la de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Colmenar Viejo, declarando que no viene obligado a someterse a las pruebas biológicas el supuesto padre si falta el primer fundamental presupuesto consistente en la realidad de la existencia de las relaciones sexuales, al afirmar la Sentencia impugnada que sólo existe una presunción de relación sexual y de muy débil fundamentación que está muy lejos de la certeza racional, sería y fundada, de unas relaciones aptas para deducir la fecundación de la mujer en tiempo hábil (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

POSESIÓN DE ESTADO DE FILIACIÓN (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1989).

Declara que la posesión de estado de filiación no es más que una situación residual en que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la Sentencia firme que así lo proclame (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

FILIACIÓN NO MATRIMONIAL PRUEBAS BIOLÓGICAS. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1989).

Declara, invocando la de 14 de julio de 1988, que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no comporta una *ficta confessio*, sino un indicio de inestimable valor revelador de un afán obstruccionista y que denota un fraude a la Ley y un ejercicio antisocial del Derecho (arts. 4 y 7.2 del CC). En consecuencia, confirma la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Badajoz, imponiendo la paternidad (Ponente: Magistrado don Juan Latour Brotons).

FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. PRUEBA DE LA MATERNIDAD (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Practicada la inscripción de nacimiento de la recién nacida poniendo como nombre de la madre el de Encarnación, a fin de evitar la posible reclamación de

la verdadera madre, Ana, frente al padre, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre, cuya paternidad se afirmó por la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Martos, ya que del resultado de las demás probanzas ponen de relieve que si bien fue inscrita como hija de María de la Encarnación, con posterioridad a su nacimiento y previo el correspondiente expediente fue autorizada a usar el nombre de Ana.

DIVORCIO. PENSIÓN. ALIMENTOS. CONVENIO REGULADOR. Artículos 91, 97, 143, 150 y 152 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1988).

El divorcio no puede generar un derecho a alimentos, sino la fijación de una pensión que por su naturaleza, características y manera de establecerla no puede confundirse con aquél.

Los fundamentos de esta Sentencia son los siguientes:

Procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la recurrente doña Carmen L. R., al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta en entender que la Sentencia recurrida al limitar al artículo 97 del Código Civil el fundamento único de la pensión entre cónyuges, llegando a la consideración de que la prestación de alimentos no es viable entre divorciados, infringe la normativa contenida en los artículos 91, 143, 150 y 152 de dicho Cuerpo legal sustantivo, porque, como certeramente ha sido apreciado en la mencionada resolución impugnada, tanto a medio de sus fundamentos de derecho como en los que expresamente acepta de la Sentencia dictada en fase procesal de primera instancia, el divorcio al suponer el no mantenimiento del matrimonio al haber sido disuelto, según claramente manifiesta el artículo 85 del Código Civil, no genera en cuanto a los cónyuges divorciados causa de obligación alimenticia determinada por aplicación de los invocados artículos 143, 150 y 152 del mismo Código, referidos a los alimentos entre parientes, sino a la fijación de una pensión a establecer en la resolución judicial que acordó el divorcio, conforme se deduce de lo establecido en el artículo 97 del aludido Código Civil, que precisamente por su propia naturaleza, características y manera de establecerla no puede, de hecho y jurídicamente, confundirse con la prestación de alimentos; y a lo que, en contra de lo alegado por la recurrente, en nada obsta el contexto del artículo 91 del expresado ordenamiento jurídico sustantivo, en cuanto hace referencia a cargas del matrimonio a determinar por el Juez en defecto de acuerdo entre los cónyuges, ni tampoco la consignación que se hace en el artículo 90, que fija entre los términos del convenio regulador a que aquel artículo 91 se contrae, al referirse al defecto de acuerdo entre los cónyuges, la contribución de las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso, toda vez que aparte esa expresión ya está pregonando que una cosa son las cargas matrimoniales y otra los alimentos, y que por tanto este término no es comprendido por el legislador en aquél, es lo cierto que tal referencia a alimentos hay que entenderla con limitación a quienes producida la extinción del vínculo matrimonial siguen teniendo derecho a ellos, como concretamente sucede con relación a los hijos, dado que aquella radical ruptura del vínculo matrimonial en manera alguna hace perder la relación de filiación que, a tenor de lo normado en

los artículos 143, 144 y 145 del Código Civil, da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y crea obligación a éstos de prestarlos; apreciaciones que implícitamente vienen reconocidas en el propio artículo 91 que se invoca como base del motivo que se examina, cuando se manifiesta específicamente en su epígrafe E) que en el convenio regulador habrá de hacerse referencia a "la pensión que, conforme al artículo 97, corresponderá satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges", con lo que evidentemente se da a entender que tal pensión no tiene la consideración de alimentos tal como vienen conceptuados en los artículos 143, 150 y 152 que la demandante estima infringidos, sino mera compensación económica apreciable, a fijar en la correspondiente resolución judicial de divorcio con bases para su actualización y garantías para su efectividad, determinada por el desequilibrio económico de un cónyuge en relación con el otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, como indica el referido artículo 97 del Código Civil.

Segundo.—Los razonamientos expuestos en el precedente fundamento de derecho conducen a la también solución desestimatoria del motivo segundo, formulado con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a causa de alegada infracción, por indebida aplicación, del artículo 97 del Código Civil, puesto que el derecho de los cónyuges en el aspecto económico, al particular, ha de ser fijado no mediante la consideración de alimentos, a señalar en procedimiento de tal clase o de otra índole declarativa, pues que disuelto el matrimonio por causa de divorcio decretado cesa la relación parental que el número 1 del artículo 143 del Código Civil establece como base precisa para la prestación de alimentos entre los cónyuges, y únicamente posibilita la fijación de pensión en la correspondiente Sentencia de divorcio o bien el instarla ante el órgano judicial que acordó el divorcio como complemento ejecutorio de aquella resolución que disolvió el vínculo matrimonial, con base en lo prevenido en el precitado artículo 97.

Tercero.—Tampoco es de acoger el motivo tercero, que la mencionada recurrente formula al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como los anteriores, por aducida infracción del artículo 2.º del Código Civil, en su apartado 3, de la Disposición Transitoria del propio Código y de la Disposición Transitoria segunda de la Ley 30/1987, de 7 de julio, por lo que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, porque emanando los aspectos económicos entre los cónyuges, en supuesto de declaración de divorcio, de lo prevenido en dicha Ley, que instauró por primera vez tal causa de disolución del vínculo matrimonial en el ordenamiento jurídico español, los efectos económicos derivados de divorcio decretado con base en esa nueva normativa han de acomodarse a ella y no a la anteriormente existente al no estar reconocida hasta entonces la modalidad de disolución del matrimonio por causa de divorcio, con lo que en manera alguna se ha producido la infracción de las normas denunciadas en el motivo que se examina, pues, de una parte, no está en presencia de una situación jurídica generante de alcance retroactivo de lo establecido en una Ley, prohibido por el número 3 del artículo 2 del Código Civil, sino simplemente de aplicación de las consecuencias derivadas de la aplicación de un derecho —el de divorcio— creado *ex novo*; de otra parte, debido a que es de inaplicación en el presente caso la Disposición Transitoria primera del Código Civil, porque el derecho de divorcio en cuestión al aparecer declarado por primera vez y, por tanto, según expresa tal Disposición Transitoria, tener efecto desde luego, en cuanto no perjudica otro derecho adquirido de igual origen; y, finalmente, en razón a que tampoco es aplicable la Disposición Transitoria segunda

de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en cuanto declara que "los hechos que hubieran tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley producirán los efectos que le reconocen los capítulos VI, VII y VIII del Título IV del Libro I del Código Civil", sin hacer mención al capítulo IX del referido título, pues que precisamente la no referencia a ese capítulo IX está poniendo de manifiesto que en cuanto a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio a que se remite, y por tanto en los aspectos de proyección económica entre los cónyuges, una vez disuelto el vínculo matrimonial por causa de divorcio, se ha de estar a lo en el mencionado capítulo IX establecido, y que por tanto a que se proyecten conforme a pensión a fijar en la Sentencia de divorcio, según queda razonado en los precedentes fundamentos de derecho, desde el momento que no es derecho que tuvo lugar ni situación creada con anterioridad a la entrada en vigor de la expresada Ley 30/1981, de 7 de julio, sí que precisamente que tiene lugar y es creada por ella.

FILIACIÓN NO MATRIMONIAL PRUEBA BIOLÓGICA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelada contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que, con el voto particular confirmatorio de la del Juzgado formulado por el Magistrado don Joaquín Navarro Estevan, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, conforme a los siguientes fundamentos, que se reiteran en la de 20 de abril de 1989, del mismo Magistrado Ponente.

Primero.—1. El sentido iusprivatista del derecho de familia ha evolucionado en los últimos años hasta el punto de romper los estrechos moldes en que se encontraba enmarcado para pasar a integrarse en el *ius cogens* y en el ámbito del derecho público.

Con esta nueva naturaleza ha marcado las instituciones que la componen y transido los procesos de principios que han sustituido a los arcaicos y tradicionales. Así, en los procesos de filiación y de investigación de la paternidad se ha ido pasando del principio de verdad formal al de verdad material en aras del derecho de la personalidad consagrado en las leyes constitucionales.

2. Sin embargo, el principio de verdad material aplicado al proceso civil, en trance casacional, requiere ciertas matizaciones para no convertir la casación en una tercera instancia. Es decir, el principio absoluto de verdad material, representado por la obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales para averiguar la verdad ha de extraerse de la apreciación que se hubiere hecho de las pruebas practicadas por los Tribunales inferiores para deducir aquella verdad material que como instrumento básico fue utilizado en el proceso.

3. Estas premisas resultan aplicables al caso de autos si se tienen en cuenta las distintas apreciaciones llevadas a cabo por los órganos de la instancia, y quizá sea ocasión propicia para poner de relieve y destacar el valor que pueda representar el voto particular formulado en el Tribunal colegiado en la elaboración de la Sentencia disidente y en la redacción de la mayoritaria, y aquella otra de Primera Instancia donde el principio de inmediación en la práctica de las pruebas y la actitud de las partes e intervinientes en el proceso adquieren el máximo protagonismo.

Así, en el caso de autos, son de destacar, de una parte, la Sentencia de primera instancia y el voto particular en los que, con fundamentaciones paralelas, se llegan a conclusiones idénticas, cuales son, de una parte, la posibilidad de la fecundación de la mujer, y de otra, la negativa obstruccionista por parte del padre para someterse a las pruebas biológicas y que es analizada con mesura y acierto por el voto particular.

Segundo.—Si se tiene en cuenta lo dicho anteriormente en cuanto al principio de verdad material, la obtención del material probatorio a efectos casacionales en el caso de autos debe estar supeditada a la valoración que suministran las resoluciones de instancia sin aditamentos que las desnaturalicen. En consecuencia, en modo alguno podría prosperar el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en que se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba testifical mediante la depuración de una contestación marginal dentro del contexto del interrogatorio, no tanto por tratarse de una prueba que no está basada en documento, como exige el ordinal citado, sino porque supondría una ruptura dentro del esquema general que representa la obtención de la verdad material.

Tercero.—1. La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del principio de investigación de la paternidad (art. 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil), ha supuesto un giro copernicano al destacar como primario el derecho del hijo a que se le declare su filiación biológica. Por contra, se ha tratado de oponer a este derecho primigenio un bloque de derechos individualistas representados por los derechos a la intimidad y a la integridad (arts. 15 y 18 de la Constitución) para oponerse a las pruebas biológicas.

2. Todas estas consideraciones fueron objeto de una profunda reflexión en la Sentencia de 14 de julio de 1988, en la que se llegó a la conclusión de que no había que olvidar que si la persona de la que se postulaba el reconocimiento de la paternidad era sujeto del proceso, a su vez, era objeto del mismo proceso, hasta tal punto de que el cuerpo humano pasaba a ser el fin de la prueba pericial sobre el que habían de operar las pruebas biológicas y antropológicas y cuya negativa por parte del sujeto que había de someterse a ellas conculcaría la declaración programática del artículo 39.2 de la Constitución y cuantos preceptos lo desarrollan en el Código Civil por mor de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

Y como ya decía la calendada Sentencia se harían ilusorias las posibilidades de obtener la tutela efectiva en derechos tan legítimos como los de filiación y que conducirían, en definitiva, a una denegación de un medio de prueba de una fiabilidad absoluta para demostrar la no filiación, a la par del elevadísimo porcentaje de credibilidad en cuanto a aquellas que determinan la posibilidad de la relación biológica que representa el binomio paternidad-filiación.

Finalmente, mantener a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas supondría un fraude de Ley y un ejercicio antisocial del derecho (arts. 4 y 7.2 del Código Civil).

3. Así, retornando al hilo del proceso, resulta aleccionadora la actitud del demandado, dada su condición de profesional del Derecho, donde el obstruccionismo cobra caracteres inusitados: recurre contra la providencia de admisión a trámite de la demanda por falta de un principio de prueba (art. 127.2 del Código Civil) y que fue razonablemente desestimado; en su contestación a la demanda sigue su misma actitud obstruccionista; pero, paradójicamente, y con su deseo de "colaborar en una recta aplicación de la justicia", por lo que procesalmente valiere, solicitó el recibimiento a prueba y al admitirse la prueba biológica se

opone alegando la inconstitucionalidad, y cuando se le requiere para ello recurre afirmando que la misma lleva consigo el riesgo de un resultado "que la ciencia y la práctica no consideran en absoluto seguro, sino sujeto a errores e imprecisiones".

SOCIEDAD DE GANANCIALES. BIENES GANANCIALES. Artículos 1347, número 3; 1354; 1357, párrafo 2.º del Código Civil (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE 1989).

Es ganancial la vivienda comprada en estado de soltero y pagada con un crédito hipotecario amortizado durante el matrimonio.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones y fundamentos:

1. El primer motivo del presente recurso, amparado procesalmente en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, toda vez que la escritura pública de compraventa del piso sito en Sevilla, calle Rodrigo Bastida, acredita que fue comprado por el esposo recurrente en estado de soltero por una cantidad, entre principal e intereses, de 777.743 pesetas, estando acreditado igualmente por la inscripción registral, que sobre dicho inmueble constituyó una hipoteca en estado de soltero, deduciendo de ello que el piso se pagó al contado y consiguientemente es de su exclusiva propiedad, incurriendo la Sala de la Audiencia en el error de estimar que se trata de una compraventa a plazos.

Frente a la tesis de la Sentencia recurrida, que a su vez confirmó la del Juzgado, que entiende que estamos en presencia del supuesto contemplado en el párrafo 2.º del artículo 1.357 del Código Civil ("vivienda familiar") que implica y significa la excepción específica a la regla general del párrafo 1.º del propio precepto, con la consiguiente remisión y entrada en juego de lo dispuesto en el artículo 1.354 ("los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial o en parte privativo corresponderán *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas"), el recurrente insiste por su parte en que no hay compraventa a plazos sino al contado y, junto a ella, constitución en estado de soltero de una hipoteca sobre dicho piso con amortizaciones del crédito hipotecario pagadas durante el matrimonio con su esposa, la demandada y hoy recurrida.

Datos fácticos relevantes y muy significativos del presente litigio son que el 28 de julio de 1975 el demandante y recurrente don Juan de Dios R. R. compró el piso de referencia en estado de soltero, constituyendo en idéntica fecha (28 de julio de 1975) un crédito hipotecario sobre el mismo piso, adquirido con vistas al próximo enlace con la demandada y recurrida doña María Dolores V. L., con quien contrajo matrimonio en los meses siguientes, concretamente el 20 de diciembre del mismo año de 1975, siendo dato indiscutido del pleito, admitido y reconocido por el marido recurrente, que las amortizaciones de la hipoteca que gravaba el piso destinado a vivienda familiar fueron pagadas y hechas efectivas durante el matrimonio de ambos litigantes.

Nos encontramos, pues, ante un recurso que formalmente amparado en la, más aparente que real, dualidad de contratos distintos, pretende excluir la apli-

cación al caso de la norma excepcional recogida en el párrafo 2.º del repetido artículo 1.357 y remisión al también citado 1.354, ambos del Código Civil, evitando al efecto la calificación de compraventa a plazos y minimizando, en todo caso, el hecho ciertamente relevante de que las amortizaciones del crédito hipotecario con el que se gravó aquel piso (vivienda familiar) fueron abonadas y liquidadas constante matrimonio y a cargo del mismo, extremo este último al que hay que atribuirle las lógicas y equitativas (art. 3.2 del Código Civil) consecuencias jurídicas, acordes con el número 3 del artículo 1.347 del propio Código ("Son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos"), en aras todo ello de una justicia material rectamente entendida y superadora de ciertos excesos formalistas, propiciadores incluso del fraude de ley que podría suponer entender como decisivo y determinante el hecho formal de que quien compra una vivienda familiar en estado de soltería y en vísperas de contraer matrimonio, constituyendo al propio tiempo una hipoteca sobre aquél a pagar a lo largo de dicho matrimonio, pueda sostener, burlando el espíritu del párrafo 2.º del artículo 1.357, que ese concreto bien ("vivienda y ajuar familiares") es y sigue siendo privativo, pese a que las amortizaciones del crédito hipotecario constituido paralelamente se hagan efectivas en definitiva durante el matrimonio, resultando patentes en todo caso la equiparación a estos efectos entre dichas amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos.

Todo lo anteriormente razonado implica y supone la desestimación de este primer motivo del recurso, debiendo salvar únicamente respecto a la Sentencia de la Audiencia en este punto, el error material en que aquélla incurre al hacer la liquidación total al adjudicar al actor erróneamente (mero error material) un 50,22 por 100, cuando en realidad es un 60,20 por 100 (transcripción en definitiva de un 5 por un 6), correspondiendo a la esposa el restante 39,80 por 100.

POSESIÓN DE ESTADO. CONCEPTO (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Es doctrina de esta Sala la que viene entendiendo que a la vista de la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que la posesión de estado de filiación representa una situación residual en la que puede hallarse el hijo cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y, sin embargo, las circunstancias concretas en que se halla en el seno de la sociedad o de la familia permiten establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de estas circunstancias mediante la Sentencia firme que así lo proclame (Sentencias de 19 de noviembre de 1985 y 10 de marzo de 1988); es decir, consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural o biológico, cuando este concepto se forme por actos directos del mismo padre o de su familia demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo (Sentencia de 26 de julio de 1903), siendo catalogado como una cuestión de hecho a

los efectos casacionales (Sentencias de 22 de marzo de 1919, 28 de noviembre de 1941 y 10 de marzo de 1948).

MEJORA. LEGADO DE FIDEICOMISO DE RESIDUO SI QUID SUPERERIT. ACTOS A TITULO GRATUITO. Artículos 675, 781 y 783 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1989).

La expresión "sin haber dispuesto por actos *inter vivos* de todos o parte de los bienes" no excluye los actos de disposición gratuita.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala Tercera de la Audiencia Territorial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 17 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Son antecedentes fácticos principales del presente recurso de casación los siguientes: 1.º Don Julián de O. B., casado con doña Carmen B. M., falleció en Madrid el 19 de noviembre de 1931, de cuyo matrimonio dejó seis hijos, llamados: José, Luis, Julián, Alfonso, María Luisa y Carmen, habiendo consignado su última voluntad en el testamento abierto que tenía otorgado en 16 de enero de 1929, ante el Notario de Madrid don Toribio Jimeno Bayón (folio 7). 2.º La cláusula cuarta de su disposición testamentaria es del tenor literal que sigue: "Lega en concepto de mejora a sus seis hijos: don José Manuel, doña María Luisa, don Luis, don Julián, don Alfonso y doña María del Carmen O. B., el tercio de bienes que el testador puede aplicar a mejorar a sus descendientes y establece que si alguno o algunos de sus hijos falleciere sin descendencia legítima y sin haber dispuesto por actos *inter vivos* de todos o parte de los bienes que integran esta mejora, sucedan en los que subsistan los otros hijos del testador que sobrevivan, y en defecto y representación de los fallecidos su respectiva descendencia legítima. Asimismo establece que se tenga por ineficaz la mejora con respecto a aquel o aquellos de sus hijos que contrajeran matrimonio sin el consejo favorable del testador, y si el matrimonio se contrajese después de la muerte de éste, sin el consejo favorable de la esposa del testador, madre del legatario" (folio 28). 3.º En 19 de febrero de 1932 y ante el Notario de Logroño don Enrique Mora y Arenas se otorgó la escritura número 314 de aprobación y protocolización de las operaciones testamentarias de don Julián de O. B., la que a cada uno de sus hijos ya mencionados y en pago de sus respectivas cuotas hereditarias se les adjudicó en plena propiedad los bienes siguientes: 59. Una sexta parte *pro indiviso* en la propiedad de las marcas comerciales números 6.192 y 32.102, inventariadas y descritas bajo el número del margen, y 60. Una sexta parte *pro indiviso* de la hacienda conocida por el nombre de "Igay", inventariada y descrita bajo el número del margen, haciéndose constar que cada uno de los hijos tienen recibidas como anticipo de legítima por la donación de parte de la Dehesa de las Cuevas Altas, hecha por el causante en 6 de mayo de 1931, la cantidad de 125.000 (folios 4, 5, 7 y 56 a 66). 4.º En 31 de mayo de 1932 y ante el Notario de Logroño antes expresado comparecieron los otorgantes de la escritura número 314 para otorgar la de número 818 como aclaración al cuaderno particional protocolizado en relación con las adjudicaciones para pago del legado de mejoras que instituyó

el testador, y al efecto se dispone que se adjudica en concepto de mejora a cada uno de los seis hijos y herederos una sexta parte *pro indiviso* de cada uno de los bienes siguientes: Marcas comerciales números 6.192 y 32.102, hacienda denominada de "Igay" y Dehesa de Las Cuevas Altas, bienes que fueron inventariados y descritos bajo los números 59, 60 y 61 (folios 69 a 72). 5.º En 19 de marzo de 1937 falleció don José Manuel O. B. y su herencia se distribuyó por igual y por estirpes entre los hermanos que le sobrevivieron y los sobrinos, hijos de su hermano don Alfonso, que había premuerto en 15 de junio de 1936. 6.º Doña María Luisa O. B. falleció bajo testamento otorgado en 19 de febrero de 1970, instituyendo heredera universal a su sobrina e hija adoptiva doña Carmen H. O. 7.º Don Julián O. B. falleció con testamento otorgado en 22 de noviembre de 1973 e instituyó herederos universales nudo propietarios, en una mitad, a su sobrina doña Alfonso O. G. y en la restante mitad a los hijos de doña Cristina O. G. 8.º Doña Carmen O. B. falleció en 10 de mayo de 1948, sucediéndola su hija doña Carmen H. O. (Hechos cuarto y quinto de la demanda y aceptados en la contestación). 9.º En 8 de septiembre de 1966, don Luis O. B. contrajo matrimonio con doña Margarita C. R. (hecho noveno de la contestación a la demanda). 10.º En 10 de enero de 1975, y ante el Notario de Madrid don Juan Manuel de la Puente Menéndez, otorgó testamento abierto don Luis O. B. por el que instituyó heredera universal de todos sus bienes, en pleno dominio, a su esposa, la ya precitada, y para el caso de que ésta le premuera o de que ambos fallecieran simultáneamente, nombra heredera a su sobrina doña Alfonso O. G., en el usufructo de la cuarta parte de sus bienes y herederos, asimismo, a los hijos de su sobrina doña Cristina O. G., en el pleno dominio de las tres cuartas partes restantes, así como en la nuda propiedad de aquella cuarta parte (folio 390). 11.º En 17 de diciembre de 1981 y ante el Notario de Madrid don José Vicente Izquierdo Santonja y en escritura número 468, don Luis O. B. y doña Margarita C. R. procedieron a la disolución de la sociedad legal de gananciales y otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (folio 396). 12.º En la fecha acabada de citar, y ante el mismo Notario, don Luis O. B. otorgó con el número 469, escritura de donación a favor de su esposa doña Margarita, haciéndose constar, entre otros particulares y en síntesis, que don Luis es propietario del 16,667 por 100 indiviso de dos marcas comerciales números 6.192 y 32.102, y hacienda conocida con el nombre de "Igay", cuyos bienes le pertenecen por legado de su difunto padre don Julián O. B., que es también dueño en pleno dominio de 990 acciones de la sociedad "Cuevas de Artaza, S. A.", y que siempre fue su deseo donar a su esposa los bienes relacionados en el expositivo IH de la escritura (marcas comerciales y hacienda "Igay"), lo que resultaba legalmente imposible por la prohibición del artículo 1.334 del Código Civil, hoy derogado, y superada tal traba y al amparo del vigente artículo 1.323 ha decidido llevar a cabo la donación, en agradecimiento por todas las atenciones y cuidados que de ella ha recibido desde que contrajeron matrimonio, poniendo especial relieve con cuánta abnegación ha sustituido a la familia consanguínea del compareciente, de la que no ha recibido sino disgustos y sinsabores. En virtud de lo expuesto, estipulaba la donación a su esposa del pleno dominio de los bienes descritos en el expositivo DI, es decir, el 16,667 por 100 indiviso del patrimonio "Bodegas del Marqués de Murrieta", que fue objeto de vinculación testamentaria, donando, asimismo, las acciones de "Cuevas de Artaza, S. A.", efectuándose la donación a título de pura liberalidad sin compensación, condición, ni gravamen de naturaleza alguna y en el estado en que se encuentran los bienes en el día de la fecha; que la esposa aceptaba la donación y que el donante manifestaba que la donación efectuada se limitaba a

los bienes relacionados en el expositivo III, reservándose el pleno dominio de las participaciones indivisas de los bienes reseñados en el IV (folio 407).

2. Con base en los antecedentes de que se ha hecho exposición doña Carmen H. O. promovió juicio ordinario de mayor cuantía contra doña Margarita C. R. con la súplica de que se dictase Sentencia que contuviese los siguientes pronunciamientos: 1. Se declare nula o ineficaz la donación realizada en la escritura de 17 de diciembre de 1981 a favor de la expresada demandada. 2. Se declare, en consecuencia, la nulidad de las inscripciones practicadas en los Registros de la Propiedad de Logroño y de la Propiedad Industrial y Mercantil de Córdoba, que deriva de la referida donación. 3. Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a restituir, en su mitad, los bienes que fueron objeto de donación, otorgando al efecto cuantos documentos fuesen necesarios para la plena eficacia de la restitución acordada. 4. Se condene a la demandada a restituir, por mitad, los frutos, rentas o intereses que haya percibido como consecuencia de la donación impugnada, cuyo cálculo y precisión se efectuará en ejecución de Sentencia; y 5. Se condene a la demandada al pago de las costas, si se opusiere a la demanda. El conocimiento de la litis correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, en la que se personó doña Margarita C. R. para oponerse a las pretensiones de la parte actora y solicitar la desestimación de la demanda, absolviéndosela de la misma. Una vez tramitado el procedimiento, el Juzgado dictó Sentencia en 4 de octubre de 1985 desestimatoria de la demanda y absolviendo a la señora C. R. de todos sus pedimientos, sin hacer expresa imposición de costas, y dicha resolución fue confirmada en su integridad por la pronunciada en 17 de junio de 1987 por la Sala Tercera de lo Civil de la excelentísima Audiencia Territorial de Madrid, que impuso a la parte apelante, señora H. O., las costas del recurso, siendo esta segunda Sentencia la recurrida en casación por la mentada señora, a través de dos motivos formulados a tenor del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Los dos motivos del recurso se amparan en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando el primero la infracción de los artículos 781 y 783, en relación con el artículo 675, del Código Civil, y que son interpretados, entre otras, por las Sentencias de 10 de marzo de 1978, 11 de febrero de 1972, 23 de noviembre de 1971, 23 de febrero de 1961, 22 de noviembre de 1956 y 4 de marzo de 1952. En argumentación del recurrente, "la Sentencia recurrida toma como punto de partida, en el fundamento cuarto, una interpretación de la voluntad del testador que ni se corresponde con el resultado que derivaría de la recta aplicación de los criterios hermenéuticos del artículo 675, ni se ajusta a las pautas interpretativas recogidas por las Sentencias dictadas. Pero a juicio de la Sala se trata de un fideicomiso de residuo *si quid supererit*, que según ella atribuye al fiduciario un amplísimo poder de disposición, quedando las expectativas de los fideicomisarios limitadas por la condición de que pudiese quedar algo, sin exclusión, no habiéndolo hecho constar el fideicomitente, de los actos de disposición gratuita, al estimarlos incluidos en la genérica e ilimitada autorización para disponer *inter vivos*". Los litigantes están de acuerdo de que la cláusula cuarta del testamento de don Julián O. B. suponía un fideicomiso de residuo, figura que aun sin encajar del todo en el marco de las sustituciones fideicomisarias comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores, por tal figura cabe entender aquella en que, en virtud del artículo 783, párrafo segundo, *in fine*, el testador fideicomitente dispensa, total o parcialmente, al heredero fiduciario del deber de conservar la herencia para que en su

momento la reciba íntegra el heredero fideicomisario, y dentro de la variedad de modalidades que presenta la institución, las dos principales son: 1.^a La que exime totalmente del deber de conservar la herencia entera, de manera que el fideicomisario sólo tiene derecho a lo que queda o resta de ella, porque el fiduciario, pudiendo hacerlo, no dispuso de la totalidad de los bienes, fideicomiso de *si quid supererit*, y 2.^a La que exime del deber de conservar sólo parte de la herencia, de manera que el fideicomisario tiene derecho a todo lo que quede de la parte disponible de la herencia, que puede no quedar nada, al ser parte en la que no habría deber de conservar, y tiene derecho, además, a la parte íntegra de la herencia que debía conservarse, fideicomiso de *eo quod supererit*. Proyectando lo dicho a la cláusula testamentaria litigiosa y haciendo uso de las reglas interpretativas del artículo 675 del texto civil: sentido literal de sus palabras y voluntad clara del testador, es evidente que el causante don Julián deseó vincular, en principio, a la familia, en las personas de sus hijos y descendientes legítimos de éstos, los bienes que constituían el tercio que pudiese aplicar a mejora, siendo también evidente que la vinculación no revestía las características de absoluta e incondicional, en tanto que facultaba a sus hijos la disponibilidad por "actos *inter vivos*", con lo cual se les concedía la posibilidad de desvincular, por completo, los bienes de la familia, a través de cualquier acto de disposición *inter vivos* en beneficio de un tercero extraño a aquélla. El fideicomiso de residuo establecido adoptó la modalidad de en *si quid supererit*, y de aquí que la Sala de instancia la calificase acertadamente, ello sin contar la constante y reiterada jurisprudencia respecto a corresponder a los Juzgados y Tribunales la facultad interpretativa de las cláusulas testamentarias, a menos que su resultado sea manifiestamente erróneo o equivocado o contrarie claramente la voluntad del testador, que no es el caso, cuya calificación no es óbice a que en el concreto de autos don Julián acudiera a la fórmula limitativa *si sine liberis decesserit*.

4. Por lo que respecta al alcance de las facultades dispositivas conferidas a los fiduciarios, el testador las expresó bajo los términos de "si alguno o algunos de sus hijos falleciere sin descendencia legítima y sin haber dispuesto por actos *inter vivos* de todos o parte de los bienes", por lo que es igualmente evidente que la significación gramatical de los términos así empleados no puede ser más genérica e ilimitada, como reconoce la Sala de instancia, y al no recurrir aquél a ninguna reserva o limitación que cupiera entender había sido su intención excluir de tales facultades las relativas a "los actos de disposición gratuita", tampoco cabe estimar desacertada la tesis de la Sala, que, en todos los aspectos, interpretó con fidelidad la voluntad del testador, máxime cuando éste no apostilló la frase "sin haber dispuesto por actos *inter vivos*" con "por título oneroso"; y si bien es cierto que desde el punto de vista doctrinal la donación queda incluida en la autorización dispositiva *mortis causa*, ello no autoriza a deducir que queda excluida, en todo caso, de la de *inter vivos* cuando no se apostilla del modo indicado, pues no es de olvidar que la jurisprudencia recomienda atender a cada caso concreto. Cuanto antecede lleva a la conclusión de la inexistencia de infracción en la Sentencia objeto de impugnación en relación a los preceptos del Código citados por el recurrente, e igual cabe decir acerca de las Sentencias reseñadas, puesto que la de 10 de marzo de 1978 se refiere a un supuesto del testamento de hermandad del Derecho navarro, la cláusula inserta en el mismo no es coincidente con la de autos y de la doctrina que desarrolla no se desprende claramente su identificación con la opinión del recurrente, sin que las incidencias de aquel caso sean análogas a las de éste; la de 11 de febrero de 1972 contiene una cláusula que dista de ser similar, pues las facultades del fiduciario son las de

gravar y enajenar; las de 23 de noviembre de 1971 y 23 de febrero de 1961 no han sido encontradas pero las modalidades que se narran en el fundamento 6 de la demanda, "Posición de jurisprudencia", no admiten parangón con la actual; la de 21 de noviembre de 1956 tampoco se asemeja, e igual sucede con la de 4 de marzo de 1952, al expresarse el deseo de que las fincas no pasasen a persona extraña a la familia, pudiendo decir lo mismo sobre las demás Sentencias que se reseñan al desarrollar el motivo: 25 de octubre de 1954, 1 de diciembre de 1951, 2 de diciembre de 1966, 7 de enero de 1959 y 20 de octubre de 1962, toda vez que o sus respectivas doctrinas no se acomodan al caso de autos o la facultad a que hacen referencia es la de disposición *mortis causa*. La inexistencia de las mentadas infracciones conlleva el perecimiento del motivo, en el que, por otra parte, se hace supuesto de la cuestión, así como en el segundo, que se examinará a continuación.

5. El segundo motivo alega infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.323 del Código Civil, de la disposición transitoria 8.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981 y la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las Sentencias de 30 de abril de 1981, 6 de abril de 1977 y 13 de abril de 1984, y, por inaplicación, de los artículos 9 de la Constitución, 3.2 y disposiciones transitorias primera y duodécima del Código Civil, estando equivocada la mención del artículo 3.2, al ser la correcta la del 2.3. Según el recurrente: "La Sentencia recurrida, en el quinto fundamento, razona en el sentido de que la disposición transitoria octava de la Ley de 13 de mayo de 1981 no puede ser obstáculo para la validez de las donaciones entre cónyuges realizadas después de su vigencia, aunque tangencialmente incidan en disposiciones sucesorias. A juicio de la Sala no hay más sucesión abierta que la de don Luis O. y, además, no puede aplicarse la legislación anterior, que estaría derogada por inconstitucional, dado que la radical transformación que ha sufrido el artículo 1.334 del Código Civil arranca del acatamiento al artículo 14 de la Constitución". Para el recurrente: "No se trata de reponer en su vigor el derogado precepto 1.334, y lo que se denuncia es una suerte de fraude de ley, en cuya virtud, al amparo de una norma pluscuandispositiva como es ahora el artículo 1.323, se trata de burlar no el viejo precepto, modificado por la Ley de 13 de mayo de 1981, sino la ley de la sucesión, que es el testamento del causante señor Conde de A., el cual no permitía, en el momento del fallecimiento del testador, considerar que la facultad de disposición del fiduciario, por amplia que fuera, alcanzase a la donación entre cónyuges". Sin embargo, para que este criterio del recurrente fuese acertado, sería necesario que hubiese quedado plenamente acreditado que el testador fideicomitente, conocedor de la prohibición legal de donación entre cónyuges, era contrario a cualquier cambio futuro en la regulación al respecto, por estimar que un acto dispositivo de esa naturaleza venía a entrañar un medio que facilitase la salida de los bienes del ámbito familiar, pero ello no cabe estimarlo acreditado, ni siquiera por vía presuntiva, desde el momento en que el testador concedió la posibilidad, como antes se dijo, de desvincular los bienes de la familia, incluso en favor de terceros ajenos a la misma. Por ello, ya se estimase como única sucesión abierta la de don Luis de O., ya se estimase que los efectos de la correspondiente a su padre don Julián se prolongaron hasta el fallecimiento de aquél, momento en el que habría de saberse si existían o no bienes del legado, la transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, carecía de virtualidad, en el presente caso, en punto a la eficacia o ineficacia de la donación otorgada por don Luis en favor de su esposa, y lo mismo cabe predicar de los artículos 9 de la Constitución y 2.3 del Código Civil y de sus disposiciones transitorias primera y duodécima, ya que carecen de

aplicación al caso, resultando también inaplicables las Sentencias reseñadas en el motivo, bastando para comprenderlo así la lectura de sus doctrinas transcritas. Es de decir, por último, que no es posible equiparar el uso o ejercicio del derecho establecido en el actual artículo 1.323 del Código con los presupuestos que comportan los actos realizados en fraude de ley. Así pues, y por cuanto ha quedado expuesto, procede rechazar el motivo analizado, al no producirse en la Sentencia recurrida las infracciones de que se hizo mérito.

F. C. L.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

ALBACEAZGO. DURACIÓN. COLACIÓN. REDUCCIÓN POR INOFICIOSIDAD. Artículos 636, 654, 819, 825, 7, 904, 905, 1.035 a 1.037 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia de Don Benito, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Las cuatro motivaciones que integran este recurso, procesalmente asentadas en el mismo ordinal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen como razón casacional de ser: La primera, estimar que la Sentencia impugnada ha violado el artículo 1.036 en relación con los 618, 623 y 629 del Código Civil, tomando como punto de partida para asentar esta denuncia lo que según dicho motivo constituye la cuestión central del proceso, "que se declare la nulidad de la cláusula primera del testamento de doña M. C. C. en cuanto revoca la disposición efectuada por la causante al donar determinadas fincas a su hija doña L. V. C, la actora, por la que esta donación expresamente se hace con el carácter de no colacionable, con las demás consecuencias que la nulidad de esta cláusula testamentaria ha de comportar...". A su vez, el motivo segundo estima existe violación de los artículos 620 y 621 en relación con el 468 del Código Civil, y en el tercero se imputa al Tribunal sentenciador la violación del artículo 1.035 en relación con los 806 y 807 del citado Cuerpo Legal, viniendo la argumentación de ambos dirigida a reforzar la contenida en la motivación primera, por cuanto al igual que en ella lo que en dichas dos motivaciones se pretende deriva de la misma razón de ser. Por último, en el motivo cuarto se atribuye al juzgador *a quo*, la violación de los artículos 905 y 906 en relación con el 7.2 del citado Texto Legal, infracción que se proyecta sobre la circunstancia de no haberse aceptado ni en el Juzgado de Primera Instancia ni en la Audiencia la pretensión de la actora y hoy recurrente de declarar nula la cláusula séptima del testamento de dicha señora C. C, "en cuanto a la prórroga por diez años más el plazo legal de un año para que los albaceas contadores partidores cumplan su encargo".

2. De dichas cuatro motivaciones van a ser objeto de estudio conjunto las tres primeras, por versar sobre presupuestos fácticos y jurídicos que aun técnica y doctrinalmente distintos se encuentran tan enlazados que exigen un examen unificado. Y hecha esta previa indicación, ha de señalarse también que antes de penetrar en dicho análisis es conveniente dejar señalado que en el presente recurso son únicamente objeto de impugnación dos de las múltiples peticiones contenidas en el suplico de la demanda; a) En los tres primeros motivos, lo relativo a la petición de nulidad de la cláusula primera del testamento otorgado por doña M. C. C. en relación con las donaciones hechas a sus dos hijas; y b) En el cuarto, lo referente al plazo de diez años que en dicha disposición de última voluntad se concede a los albaceas-contadores-partidores para efectuar las operaciones particionales. Y ello establecido, se procede a determinar los que constituyen supuestos de hecho probados y aceptados por ambas partes, que son: 1) La existencia de un testamento otorgado por referida doña M. C. C. madre de la actora y de la demandada el día 15 de enero de 1981, en el cual y entre otras cláusulas se contienen las siguientes: "Primero: Reconoce expresamente haber hecho en vida unas donaciones a sus hijas María de las Mercedes y María Luisa, siendo el valor de los bienes donados muy superior al que figura en las respectivas escrituras, de modo que cubren con exceso las legítimas de dichas hijas, a las que se imputan y el exceso a los tercios de mejora y libre disposición, por lo que no tienen nada que reclamar por perjuicios de legítima". "Séptimo: Nombra albaceas y contadores-partidores, solidarios, con amplias facultades para entregar legados, interpretar y ejecutar este testamento, pedir extracto de cuentas, retirar saldos, cancelar cuentas y realizar cuanto sea necesario sin limitación alguna para dejar ultimada la partición y entregados los bienes, con prórroga del plazo legal por diez años más". 2) La existencia de unas donaciones realizadas por referida causante a sus dos citadas hijas en escritura pública de 13 de junio de 1977, por virtud de las cuales dona a éstas la nuda propiedad de las fincas que se describen, reservándose mientras viva el usufructo de las mismas, haciéndose constar en referida escritura que dichas donaciones "se hacen para que surtan efectos *inter vivos*".

3. De los señalados supuestos de hecho puestos en conexión con la doctrina tanto científica como de esta Sala resulta: a) Que para fijar la naturaleza de referidas donaciones y por si no fuere suficiente con la expresa determinación que de ellas se hace en la escritura correspondiente, ha de tenerse en cuenta que las mismas se ven afectadas por una condición resolutoria, en cuanto la plena propiedad no se consolida en las donatarias hasta tanto que la donante fallezca, efecto éste que por sí solo no convierte la *donatio* aquí contemplada en *mortis causa*, como tiene señalado esta Sala entre otras en Sentencias de 30 de noviembre y 10 de diciembre de 1987; b) Que ello sentado, la nulidad de la cláusula primera del testamento que la recurrente pretende no puede tener lugar, dado que el hecho de que se trate de donaciones *inter vivos* y las sea de aplicación lo dispuesto en los contratos "en todo lo que no se halle determinado en este capítulo" (art. 621 del Código Civil), no supone que la circunstancia de que en la escritura pública de donación se haya establecido por la donante la cláusula que se ha dejado transcrita en el número 1 del fundamento 2.º de esta Sentencia, carezca en absoluto de valor, sino que al realizar estos razonamientos parece olvidarse que las diferencias que el Código Civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (art. 1.035 del Código Civil), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse

su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.036 en relación con los 636 y 654, y en su caso los 819 y 825 del citado Código Civil.

4. Se entra ahora en la contemplación del motivo cuarto en el cual, y como se indicó en su momento, lo ofrecido a examen de la Sala es la validez del plazo de diez años otorgado por la testadora a los albaceas, por entender que con ello se infringen los artículos 904 y 905 en relación con el 7.2 del Código Civil, motivo que se hace girar sobre la "petición de la parte actora relativa a la declaración de nulidad instada de la cláusula séptima del testamento de la causante en cuanto prorroga por diez años más el plazo legal de un año para que los albaceas contadores partidores cumplan su encargo". El motivo ha de sucumbir, dado que constituye un principio general el de que la voluntad del testador, como claramente señala el artículo 904 y ratifica el 905, es soberana en esta materia, careciendo en consecuencia de aplicación tanto el artículo 3.1 como el 7.2 del Código Civil.

Comentario.—La excesiva duración del albaceazgo puede mantener en la indivisión a los herederos voluntarios y a los legitimarios perjudicando sus respectivos derechos, con el inconveniente además del posible fallecimiento de los albaceas y contadores partidores durante dicho plazo, que en el presente caso era de once años (uno inicial más diez de prórroga). Parece por ello que los sucesores podrán no demandar la nulidad de la cláusula en cuestión, pero sí interpretarla en el sentido de constituir un plazo máximo instando del Juez que los contadores partidores cumplan su cometido dentro de un plazo prudencial, atendidas las características y composición de la herencia, pues tal cláusula no puede nunca ser equivalente teóricamente ni en sus consecuencias prácticas a una prohibición de dividir la herencia (art. 1.051) ni permitir que sea el puro capricho de los albaceas y contadores partidores los que decidan el momento de efectuar su cometido, ya que la aceptación del cargo implica la obligación de diligencia, respondiendo los albaceas y contadores partidores además de las consecuencias perjudiciales de su morosidad (arts. 1.718, 1.719 y 1.726 del Código Civil). De la regulación de las legítimas parece desprenderse, sin lugar a dudas, que la misma es exigible de modo inmediato una vez fallecido el causante, sin poder dilatar su pago (cfr. art. 844). Si para el pago en metálico se da al plazo máximo de dos años, no parece que por analogía haya de ser otra la solución cuando el pago se haga en bienes determinados que ya existen en la herencia. Por eso parece bien orientada la referencia a la doctrina del abuso del derecho y la buena fe, pero no referida al testador, como hizo el Abogado de las actoras al instar la nulidad de la cláusula, sino a los albaceas y contadores partidores.

COLACIÓN, REDUCCIÓN DE DISPOSICIONES INOFICIOSAS. Artículos 1.035 a 1.037 y 820 del Código Civil (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1989).

La viuda del testador demanda a los descendientes del primer matrimonio de éste, siendo acogidas sus pretensiones por el Juzgado número 1 del Primera Instancia de Murcia, que en Sentencia de 16 de mayo de 1985 declara: 1.º El carácter colacionable de los bienes donados por el causante el 5 de agosto de 1959. 2.º La computación de un exceso de 3.338.053,59 pesetas en favor de los demandados sobre sus respectivas cuotas legitimarias en su totalidad o en conjunto y en menoscabo de la actora, para completar el haber hereditario que la

corresponde percibir del causante. 3.º La reducción por inoficiosidad de los bienes donados en la fecha consignada en la cantidad y número suficientes para cubrir el importe de 3.338.053,59 pesetas, conforme al justiprecio convenido por los interesados en juicio de testamentaría, cuya reducción habrá de practicarse en ejecución de Sentencia. 4.º La cancelación de asientos e inscripciones existentes a favor de los demandados respecto a las fincas a las que afecte la reducción.

Apelada la Sentencia por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, en Sentencia de 8 de junio de 1987 confirmó la del Juzgado. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, declara haber lugar al mismo, casa y anula la Sentencia de la Audiencia y confirma parcialmente la del Juzgado en el sentido de mantener las declaraciones contenidas en los apartados 1.º y 2.º, revocando el resto, y sustituyéndolo por la condena a los demandados a satisfacer, en proporción a sus respectivas participaciones hereditarias, a la actora la suma de 3.338.053,59 pesetas, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda, conforme a los siguientes fundamentos de derecho:

1.º Resulta obligado partir, en el presente caso, de una relación fáctica, no combatida en las instancias, y compuesta de las siguientes premisas: A) Don A. L., durante la viudedad de su primer matrimonio, dona a sus tres únicas hijas: doña P., doña C. y doña A., con fecha 5 de agosto de 1959, la nuda propiedad, por terceras partes indivisas, de un total de trece fincas, reservándose el usufructo vitalicio de las mismas. B) En el año 1960 contrae segundo matrimonio con doña C. G. L. y en 29 de julio de 1968 fallece su hija doña C, procediendo sus descendientes a la partición y adjudicación *in stirpes* de la parte indivisa que su madre tenía en las fincas donadas. C) Con fecha 18 de abril de 1974 don A. L. otorga testamento abierto en el que dispone: la ratificación de la donación efectuada hacía muchos años, de una imagen de la Santísima Virgen de la Esperanza a una Cofradía; el legado a favor de su esposa de la nuda propiedad del tercio de libre disposición; la institución de herederos en favor de sus dos hijas supervivientes, y de los descendientes de su otra hija difunta, y haciendo referencia a la donación que efectuó en el año 1959 declara su voluntad de que sea colacionable; y D) El testador fallece con fecha 18 de febrero de 1975.

En el segundo motivo se denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 820 del Código Civil, utilizando también el cauce procesal del número 5 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y argumentando que el orden legal a seguir en la reducción de las disposiciones inoficiosas, actuando en defensa de las legítimas, se hará reduciendo primero las que lo sean por causa de muerte, a prorrata entre ellas, y después las donaciones entre vivos, empezando por las de fecha mas recientes; regla que no puede tener aplicación al presente caso, pues la cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referida al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, como ya se indicó en el anterior motivo, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 del Código Civil, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria. En la demanda se postula una declara-

ción respecto a la obligación que tienen los demandados de colacionar los bienes que recibieron por donación del causante de la herencia, en vida de éste, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición, todo ello según dispone la Ley, y en este caso también la voluntad expresa del testador. En ningún momento se ha argumentado que las donaciones efectuadas *inter vivos* fueron inoficiosas, en el sentido de que lesionaban la legítima de la viuda, y ello responde a una auténtica realidad, comprobando que antes de que se efectuara la colación de los bienes donados, en el caudal relicto había un saldo que representaba prácticamente la mitad del valor total del tercio de libre disposición, con el cual, con toda probabilidad, sí hubiera podido pagar la cuota viudal usufructuaria. Así pues, moviéndonos específicamente dentro de la colación, ya hemos visto que el artículo 1.035 del Código Civil se refiere a que el heredero, para que tenga la obligación de colacionar, ha de haber recibido bienes o valores en vida del causante por dote, donación u otro título gratuito, cesando esta obligación (art. 1.036) "si el donante así lo hubiere dispuesto expresamente, o si el donatario repudiase la herencia, todo ello con independencia, claro está, de que la donación debe reducirse por inoficiosa cuando lesione las legítimas; reglas legales que claramente enmarcan esta institución dentro del derecho dispositivo del testador, que puede derogarlos en cada caso particular; supuesto concurrente precisamente en sentido inverso, en el caso que estudiamos, donde la voluntad expresa del causante de que se colacionen las donaciones figura en el testamento. Y al amparo de este derecho dispositivo se explica que el Código disponga en el artículo 1.037 que: "No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas"; regla que procede en sentido inverso a como se hace para el caso de las atribuciones por actos entre vivos, y ello resulta razonable, pues en la colación se parte de la presunción que las donaciones otorgadas por el causante durante su vida lo han sido a cuenta de lo que el donatario tendría derecho a recibir por herencia, pero cuando el mismo causante lo dispone en su testamento, ya que no se está en el caso de emplear presunción de clase alguna, sino que nos encontramos ante la realidad de la voluntad del testador, ejercitada para después de su muerte, y definitiva en cuanto a posibles desigualdades entre sus herederos. La exposición que antecede, unida a la terminante voluntad testamentaria de que la viuda señora F. L. recibiera el pleno dominio de la totalidad del tercio de libre disposición (cuota legitimaria y legado) y el mandato expreso de que las donaciones que otorgó por actos entre vivos fueran colacionables, dispensan de todo mayor comentario respecto a las pretensiones de la parte recurrente, en orden a que el legado otorgado al cónyuge viudo sea reducido con preferencia a las donaciones que recibieren los hijos, afirmación que conduce al rechazo de este motivo.

2.º Los motivos tercero y cuarto los dedica la parte recurrente a denunciar, a través de la idónea vía procesal: la infracción del artículo 1.045 del Código Civil, en cuanto entiende que el valor dado a los bienes hereditarios no se corresponde con el que tenían al momento de la donación, pues no se ha deducido el importe del usufructo; y a impugnar los apartados 3.º y 4.º de la Sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada en apelación, por decretarse en ellos la traída a la partición de las mismas cosas donadas y no de su valor, con las correspondientes incidencias en las inscripciones registrales. La primera causa de impugnación obligadamente debe desestimarse, pues en la Sentencia de primer grado se acepta como hecho probado que "el albacea tuvo suficientemente en cuenta la incidencia del derecho de goce que se reservaba el donante, al restar, al valor

total de los bienes, un tanto por ciento atribuible al derecho de usufructo", afirmación que es ratificada en la Sentencia recurrida, y al no combatirse ahora por la vía que señala la Ley de Procedimiento resulta inamovible. Distinto tratamiento merece la segunda impugnación, pues tanto en la redacción que el artículo 1.045 tenía antes de la publicación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, como en la literalidad actual, figura: "que no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor", consistiendo la modificación actual solamente en referir el tiempo del avalúo al momento en que se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación; manteniendo unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, que la colación consiste en una aportación contable o por imputación, mediante la cual se trae a la partición el valor que tenían las cosas, mejorándose, deteriorándose o pereciendo estas cosas para su dueño (art. 1.045, párrafo 2.º), regla completada en los artículos 1.047, 1.048 y 1.049, todos del Código Civil, debiendo entenderse que la toma de menos del donatario, o la atribución complementaria, incluso cuando exista parte en lo donado que exceda de la cuota del colacionante, como sucede en el caso que estudiamos, las compensaciones tienen que efectuarse adicionando contablemente valores al activo repartible y compensando, en su caso, las diferencias en metálico, pero de ninguna forma mediante la aportación de bienes *in natura*, no contemplada en ningún precepto legal. Y puesto que la declaración básica de la confirmada Sentencia de primer grado sancionaba: "el carácter colacionable de los bienes donados... y la computación de un exceso de 3.338.053,59 pesetas en favor de los demandados, sobre sus respectivas cuotas legitimarias en su conjunto, y en menoscabo de la actora, para completar el haber hereditario que le corresponde percibir", resulta obligado ser consecuente con tales declaraciones, atribuyendo, a la cantidad que corresponde percibir a la señora G. L., el carácter de deuda de cantidad, o si se prefiere de deuda de valor; razones que abonan la estimación del cuarto motivo del recurso.

LEGITIMA. NATURALEZA JURÍDICA. Artículos 806, 807, 809, 1.068 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil en la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado en parte la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Madrid, en base al fundamental razonamiento contenido en las siguientes líneas:

Los hechos probados conducen a la estimación del segundo motivo del recurso que, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la "no aplicación de los artículos 807, 809 y 1.068 del Código Civil, ya que se declara válido un documento sin tener en cuenta la existencia de un derecho de legítima y la no existencia de operaciones particionales". La solución que se dé a la cuestión planteada en el motivo depende de la postura que se adopte acerca de la naturaleza de la legítima definida en el artículo 806 del Código Civil como "porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos"; la doctrina científica no se muestra unánime en esta cuestión, pues mientras unos autores, partiendo de la expresión "herede-

ros forzosos" que utilizan los artículos 806 y 807 del citado Código, entienden que se trata de una *pars hereditatis*, una parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, otros la consideran como *pars bonorum*, dada la definición del artículo 806, con la consecuencia de que el legitimario participa de todos los bienes de la herencia y ha de ser satisfecha, excepto en los casos legalmente establecidos, con bienes de la misma, formando el legitimario parte de la comunidad hereditaria en tanto la herencia se halle pendiente de liquidación; finalmente, un grupo de autores que puede calificarse de minoritario la califica de *pars valoris*, simple derecho de crédito, de carácter personal y pagable en dinero. La Sentencia de 31 de marzo de 1970 establece que "en nuestro Ordenamiento jurídico, por tener dicha institución (la legítima) la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuota herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales —arts. 829, 838, 840, y párrafo 2.º del art. 1.056 del Código Civil— que no se dan en el caso de autos", y la de 13 de abril de 1963 dice que "partiendo de la base de que la legítima es de orden público, de que no puede disponer el testador, por venir impuesta por la ley, ni hacer recaer gravamen ni limitación alguna, esto es, que ha de llegar al heredero legítimo con pleno dominio sobre los derechos que la integran"; de la mayoritaria doctrina científica y de la sentada en las citadas Sentencias de esta Sala se concluye el carácter de cotitular de todos los bienes hereditarios del legitimario en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos, entre tanto, todos los bienes relictos, careciendo el heredero testamentario de facultades dispositivas sobre ellos en tanto subsista la comunidad sin que pueda enajenar por sí solo bienes determinados si no es con eficacia puramente condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en la partición (Sentencia de 5 de julio de 1958). Dado el carácter ganancial del piso 4.º izquierda de la casa número 78 del paseo de las Delicias, en Madrid, único bien que, al parecer, integraba esa sociedad, los derechos que sobre el mismo ostentaba la esposa doña Valeriana O. D. integran el caudal hereditario dejado a su fallecimiento, por lo que aceptada la herencia por sus herederos, sin que por el contador-partidor testamentario ni por aquéllos se halla realizado la partición de la herencia, el heredero testamentario no podía disponer válidamente de ninguno de los bienes integrantes del caudal relicto, como establece desde antiguo la jurisprudencia (Sentencias de 4 de abril de 1905, 11 de abril de 1957, 20 de enero de 1958, 25 de noviembre de 1961 y 21 de marzo de 1968), siendo nulos de pleno derecho los actos de disposición realizados por un heredero sin la representación de los demás (Sentencia de 19 de noviembre de 1929); en consecuencia, al no haberse acreditado en autos que doña M. D. S., legitimaria de su hija doña Valeriana, haya renunciado sus derechos como tal a favor del heredero testamentario don C. L. O., carecía éste de poder de disposición sobre la citada vivienda al no haberse practicado la división del caudal, por lo que debe ser declarado nulo de pleno derecho el contrato de compraventa instrumentado en la escritura pública de 27 de mayo de 1982, y al no haberlo declarado así la Sentencia recurrida, infringió la Sala de instancia los preceptos del Código Civil que se citan en el motivo, debiendo casarse y anularse, en este particular, la Sentencia recurrida, con revocación, asimismo, de la del Juzgado de Primera Instancia.

RESERVA DEL CÓNYUGE BÍNUBO EN CATALUÑA. RENUNCIA. Artículos 253, 269 y 270 de la *Compilación catalana* (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1989).

La renuncia a la reserva sólo puede realizarse después de contraer el reservista segundas nupcias.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, estima el recurso de casación interpuesto contra la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia y siguiendo en lo sustancial la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Orihuela número 1, declara el derecho a la reserva de los actores, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Como presupuestos de hecho acreditados debidamente, bien al mostrar sobre los mismos su aquiescencia las partes a lo largo de esta litis o por no haber sido combatidos en forma en este recurso, se señalan los siguientes: 1.º Don Manuel G. B., que había contraído primeras nupcias con doña Mercedes M. R., de quien hubo tres hijos, los actores don Manuel, don Luis y doña Mercedes G. M., al fallecimiento de dicha esposa contrajo segundo matrimonio con la demandada, doña G. V. G., con la que llevaba unido extramatrimonialmente hacía años, teniendo dos hijos, don Carlos Manuel y doña Rosa María G. V., nacidos respectivamente el 14 de diciembre de 1963 y 10 de julio de 1968, siendo los tres demandados y ahora recurridos. 2.º Referida doña Mercedes M. R. muere el 8 de noviembre de 1972, habiendo otorgado testamento abierto el 5 de abril de 1968 en el que legaba a sus tres hijos, los hoy recurrentes, lo que les correspondiera por legítima y en todos los demás bienes, derechos, etc., tantos presentes como futuros, designaba heredero único y universal a su esposo, el citado don Manuel. Al fallecer doña Mercedes, ambos cónyuges ostentaban la vecindad catalana. 3.º El 25 de mayo de 1973, los tres indicados recurrentes y su padre acuden al Notario para otorgar una escritura en cuya cláusula primera se establece lo siguiente: "I. Los hermanos don Manuel, don Luis y doña Mercedes G. M., de su libre y espontánea voluntad, renuncian de una manera expresa y formal el legado de legítima ordenado a su favor por su madre, doña Mercedes M. R., en su calendado testamento y a todos los derechos que por tal concepto, y por cualesquiera otro que les corresponda en la herencia de dicha su madre, de cuya herencia se apartan de un modo absoluto, queriendo en consecuencia que la misma quede deferida a favor única y exclusivamente de su padre, don Manuel G. B., con promesa de no formular reclamación alguna por ningún concepto relacionado con la referida herencia materna". 4.º El día 18 de junio de 1973, referido don Manuel contrae segunda nupcias con la demandada-recurrida doña Generosa V. G. 5.º Dicho señor muere el 23 de enero de 1983, con testamento abierto otorgado el 25 de noviembre de 1974, en el que lega a los cinco hijos habidos de ambos matrimonios la cuarta parte o legítima que la *Compilación catalana* asigna a los hijos legítimos, por quintas e iguales partes entre ellos y en el remanente de todos sus bienes, derechos, etc., presentes y futuros, instituye heredera a su citada esposa doña Generosa.

2. El problema cardinal a contemplar en el presente recurso, dado el contenido de los motivos en él instrumentados, no es otro que el que fue objeto de discusión a través de las pretensiones y oposición de las partes en el litigio enfrentadas; o sea, el de la interpretación que ha de darse a la cláusula transcrita

en el apartado 3.º del precedente fundamento; y así, en los ocho primeros motivos, toda la argumentación y consecuentemente las infracciones denunciadas van dirigidas a combatir la Sentencia recurrida por entender que la interpretación que el Tribunal *a quo* hace de referida clausula, primera de la citada escritura pública de renuncia de 25 de mayo de 1973, no es la adecuada, toda vez que en ella no se contiene una abdicación del derecho a la reserva que a los renunciantes correspondía en la herencia de su difunta madre. Los tres motivos restantes (noveno, décimo y undécimo) acusan, respectivamente, la infracción del artículo 1.271 del Código Civil; la del artículo 2-3.º, de dicho Cuerpo legal en relación con la Disposición Transitoria primera del citado Código Civil y el "derogado art. 253 de la primitiva Compilación de Derecho Civil de Cataluña; y la infracción del citado artículo 253 de la indicada Compilación". Es de advertir, a su vez, que todas las motivaciones construidas por los recurrentes se asientan procesalmente hablando sobre el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos Civiles.

3. Y hecha esta delimitación previa de los presupuestos fácticos que han de ser tenidos en cuenta para resolver la cuestión aquí planteada, así como del contenido de las ocho primeras motivaciones que van a ser examinadas conjuntamente, habida cuenta que su fundamentación teleológica, es la misma, se procede a penetrar en el centro neurálgico de la cuestión planteada, que como se ha puesto de relieve radica en el alcance de la renuncia que de los bienes de su madre hicieron los recurrentes. Y lo primero a realizar a tales efectos es: tanto fijar la razón de ser y alcance de esta figura abdicativa como señalar sus requisitos. Por lo que al primer punto se refiere, como ha dicho ya esta Sala (Sentencias de 26 de noviembre de 1983 y 16 de octubre de 1987), la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca), dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica. A su vez y por lo que a requisitos se refiere, partiendo de que nos hallamos aquí ante una de las denominadas doctrinalmente renuncia propia en cuanto evidentemente abdicativa —y no traslativa— de un derecho (el que ostentan los actores-recurrentes sobre los bienes reservables en la herencia de su madre), la misma, ha de ser cual tiene declarado esta Sala, clara, precisa e inequívoca (Sentencias de 4 de octubre de 1962, 7 de diciembre de 1963, 10 de diciembre de 1966, 4 de octubre de 1968, 26 de septiembre de 1983, 24 de mayo y 10 de octubre de 1984, 25 de abril de 1985, 16 de octubre y 7 de julio de 1987). Por otra parte y en relación con ello, cabe también señalar para dejar más nítidamente fijado el marco conceptual y caracterológico de esta figura, que la doctrina científica y la de esta Sala vienen admitiendo la posibilidad de renunciaciones tácitas, bien que cuidando de señalar con un muy estricto criterio sus límites, al exigir para su validez y eficacia que las mismas aparezcan de actos concluyentes que demuestren de forma indubitada la voluntad de renunciar (Sentencias de 17 de noviembre de 1931, 30 de marzo de 1953, 30 de enero de 1963, 18 de octubre de 1984, 16 de octubre de 1987). Mas esta viabilidad de las llamadas renunciaciones tácitas, admitida con carácter general, necesita además del requisito jurisprudencial de la claridad e indubitabilidad el que la propia ley exige cuando con ocasión de aludir a dicha manifestación abdicativa de la voluntad la acompaña de los adjetivos "expresa" o "expresamente", dado que en tales supuestos resulta evidente que no pueden tener encaje esas renunciaciones tácitas por muy concluyentes que puedan parecer, y menos aún cuando como en el caso aquí contemplado acontece y aparece del segundo considerando de la Sentencia impugnada, tal calificación es realizada por el Tribunal *a quo* con base

en meras presunciones ("presuposición", se dice), al establecer que "lo cierto es que se hizo la renuncia, y así lo ha razonado el juzgador *a quo*, bajo el conocimiento y la presuposición de tan 'próximo' casamiento; y puede añadirse, en un argumento adicional a lo expuesto, que una vez fallecida la primera esposa del señor G. B. en 8 de noviembre de 1972, era bien previsible, o más que probable, y hasta de plena justicia; que una unión extramatrimonial antigua y prolongada del mismo con doña Generosa V. se complementara y legalizara con el nuevo matrimonio...".

4. Expuesto cuanto antecede, en el caso que se está examinando la situación se ofrece así: a) Existencia de una clausula renunciativa expresa y formal referida al "legado de legítima... y a todos los derechos que por tal concepto y por cualesquiera otro que les corresponda en la herencia de dicha su madre...", realizada por los actores-recurrentes, b) Dicha clausula contiene una renuncia general a los derechos que quienes la realizan pudieran tener respecto de la herencia de su madre, mas sin expresa referencia al derecho de reserva que sobre los bienes a él sujetos pudieran corresponderles a tenor de los artículos 269 y 270 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. Ello establecido, resulta: 1.º Que como el derecho a la reserva de los bienes a ella sujetos, no surge según el citado artículo 269 de la indicada Compilación sino "...a partir del momento en que dicho viudo o viuda contraiga nuevas nupcias...", su renuncia conforme establece el artículo 270 de dicho Cuerpo legal, únicamente podrá realizarse "...después de contraer el reservista segundas nupcias...". 2.º Que dado el contenido de referidos preceptos, esta renuncia solamente puede ser expresa, entendiendo por tal la que se proyecta de modo directo sobre el derecho de reserva; no puede, por tanto, presumirse derivándola de acto; o conductas de clase alguna de los renunciantes, por muy concluyentes que puedan parecer, máxime si, cuando como aquí ocurre, tal manifestación abdicativa de voluntad no sólo fue general y no específica, sino que, además, se realizó en momentos anteriores (sea cual fuere su antelación) a la realización del acto que origina la conversión en derecho cierto de lo que hasta ese momento era una mera expectativa, la celebración del segundo matrimonio. Y a tales efectos es de interés poner de relieve que este Alto Tribunal, en la única Sentencia que sobre el artículo 970 del Código Civil ha pronunciado, precepto en cuyo texto si bien se contiene la frase "...renuncia expresamente...", que no aparece en los citados de la Compilación, no figura la muy expresiva "...con exclusión de los que hayan renunciado la reserva *después de contraer el reservista segundas nupcias...*", que se encuentra en el texto del artículo 270-1 de la Compilación; no obstante esto (se insiste), en la indicada Sentencia de 2 de marzo de 1959 se declara que la obligación de reserva que en dicho artículo del Código Civil se establece, "...nace desde el momento de la celebración de dichas segundas bodas..." y que en consecuencia, "... la renuncia del derecho a la reserva *ha de hacerse en forma expresa y después de haber nacido por el nuevo matrimonio del cónyuge superstite, a favor de los hijos comunes...*". Consiguientemente, la renuncia contenida en el documento notarial otorgado el 25 de mayo de 1973 carece de eficacia y validez en lo que se refiere a los bienes de doña Mercedes M. R. que hubieren adquirido la cualidad de reservables conforme a la legislación catalana, por virtud de las segundas nupcias de don Manuel G. B.

TESTAMENTO NAVARRO ANTE PÁRROCO. INTERPRETACIÓN Ley 149
(SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1989).

Se discute la interpretación de la cláusula inserta en el testamento ante Párroco navarro, según cuyo tenor la testadora "instituye y nombra herederos de todos sus bienes, acciones y derechos a todos sus mencionados hijos por partes iguales; y si alguno de ellos muere *sin tomar estado y sin sucesión* recaerá su parte en los demás hermanos".

El Juzgado de Primera Instancia de Estella entendió que se trataba de una doble condición que debía cumplirse cumulativamente, es decir, darse los dos supuestos de que cualquiera de los hijos de la testadora hubiese tomado estado y además hubiese tenido descendencia para poder disponer libremente de los bienes. Mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, revocando la Sentencia del Juzgado, estima que se trata de un requisito de cumplimiento alternativo, bastando con que cualquiera de los hijos de la testadora haya tomado estado o se haya casado, aunque carezca de descendencia para que pueda disponer de los bienes heredados. Esta última solución es la compartida por el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albarcar López, aduciendo fundamentalmente la reiterada jurisprudencia según la cual la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de instancia en este caso de la Audiencia, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Promovido por don Ángel A. M. ante el Juzgado de Primera Instancia de Estella (Navarra) demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra doña María Esther y doña Rafaela A. M. y don José María A. A. sobre declaración de derechos hereditarios, con fecha 23 de abril de 1987 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 30 de abril de 1986, se desestimaba la demanda, Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que la cuestión discutida se contrae a la interpretación que deba darse a la cláusula 3.^a del testamento otorgado ante Párroco el 23 de agosto de 1933 por doña Juliana M. G., en la que se dispone que instituye y nombra herederos de todos sus bienes, acciones y derechos a todos sus mencionados hijos por partes iguales; y si alguno de ellos muere *sin tomar estado y sin sucesión* recaerá su parte en los demás hermanos. B) Que en virtud de la libertad de testar reconocida a la testadora, de regionalidad navarra, por la Ley 149, pudo establecer las previsiones contenidas en la aludida cláusula y ordenar la reversión de los bienes al resto de sus hijos, siempre que se dieran esas dos condiciones negativas y acumulativas, es decir, que el heredero fiduciario, en este caso la tía, de quien heredó el demandado, no podrá disponer de las fincas a ella adjudicadas en partición en el año 1953 "sin tomar estado y sin sucesión", o lo que es lo mismo, sin descendientes, y aplicadas las indiscutidas premisas fácticas de fallecimiento de la tía en estado de casada pero sin hijos, la conclusión debe ser distinta a la mantenida por el juzgador de instancia, ya que no se da la condición de inexistencia de la toma de estado y en virtud de ello la tía podrá disponer, como lo hizo, de las fincas heredadas.

2. El motivo único del recurso se ampara en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 675 del Código Civil, por interpretación errónea, en relación con la doctrina jurisprudencial que cita,

y debe ser rechazada, pues, si bien es cierto que el indicado precepto dispone que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus preceptos, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, también lo es que, según tiene reconocido una constante doctrina de esta Sala, la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los Tribunales de Instancia, cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo el supuesto en que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la Ley, y ninguna de dichas calificaciones cuadra a la labor interpretativa efectuada por la Sala que, partiendo de la base de que la tía de los demandados falleció después de tomar estado, es decir, de haber contraído matrimonio, aunque sin sucesión, entendió que, por no concurrir de manera acumulativa las dos condiciones que la cláusula mencionada imponía para impedir al heredero fiduciario disponer de los bienes, y efectuando, en todo caso, una interpretación literal de la inducida cláusula, tal y como pretende la parte recurrente, realizó una correcta labor hermenéutica, que debe ser respetada en vía casacional, por lo que procede el rechazo del motivo.

Sin embargo, parece más correcta la interpretación del Juzgado porque la frase "tomar estado" es más amplia que la de "contraer matrimonio", ya que equivale o comprende también el estado religioso; y, sobre todo, porque la finalidad esencial que los testadores quieren prevenir y evitar con tal tipo de cláusulas es que los bienes vayan a parar a manos extrañas a la familia de origen de los mismos, incluso a la familia política, siendo su voluntad que permanezcan en la de su procedencia. ¿Qué decir de un matrimonio *in articulo mortis*? Esto demuestra, una vez más, lo delicado de la redacción de los testamentos, siendo muy aconsejable la claridad deseable, incluyendo la palabra "además", por ejemplo. No hubiere habido duda alguna si la frase hubiera sido: "...sin tomar estado y además sin descendencia...".

ACEPTACIÓN DE HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO. CADUCIDAD
(SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, estima el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que anula, la cual había apreciado la caducidad del derecho del actor a aceptar la herencia de su padre a beneficio de inventario y confirma el auto del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid que, en vista de la posición de otro coheredero, había declarado contencioso el expediente, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Presentado el 25 de abril de 1985, por la representación de don F. M. I., ante el Juzgado de Primera Instancia, escrito en súplica de que se tuviese por promovido, en trámite de jurisdicción voluntaria, expediente en aceptación de herencia a beneficio de inventario, respecto de la causada por fallecimiento de su padre, don S. M. D., e instruido el oportuno procedimiento en el que el coheredero don L. M. I. hizo oposición, argumentando con la improcedencia de la postulación dicha por venir el solicitante, dice, en posesión de determinados bienes de la herencia y haber realizado, con anterioridad, actos de aceptación y disposición del caudal relicto, la decisión de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Madrid que, conociendo en apelación del auto del Juez *a quo* que a la

vista de la oposición había declarado contencioso el expediente, decidió, al tiempo que rechazaba la apelación interpuesta por el actor en el inicial expediente de jurisdicción voluntaria, "declarar caducado el derecho del mismo a instar la aceptación a beneficio de inventario", es impugnada en este recurso extraordinario articulando, al efecto, tres motivos de casación en los que, con cita de los artículos 1.º de la Ley de 20 de junio de 1968; 484, 680 y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de los 24-1 de la Constitución Española, 7.º-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.014 y siguientes del Código Civil, se argumenta que la resolución del Tribunal de Apelación se dictó con incompetencia funcional en procedimiento inadecuado, ya que el idóneo para la declaración hecha era el de menor cuantía previsto en aquellos artículos 484 y 680 de la Ley Procesal y con infracción de esta otra invocada normativa constitucional y orgánica, así como de la sustantiva civil igualmente referida, impugnación que, aparte la mención sin desarrollo del artículo 1.º de la Ley de 1968, inestimable a la vista del propio texto legal, del que resulta la competencia que se niega en el recurso, ha de ser acogida, ya que es patente que el Tribunal de Apelación, al resolver la alzada interpuesta cuestionando estrictamente la decisión del Juez de origen de convertir en contencioso un expediente iniciado al amparo de la normativa que rige la jurisdicción voluntaria, fue más allá de los términos en que la apelación quedó planteada —sobreseimiento del procedimiento de jurisdicción voluntaria declarándolo contencioso— como infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al hacer una declaración, la de caducidad que si, ciertamente, cuenta entre sus características la de su apreciabilidad de oficio y la fatalidad con que operan en ella los plazos, también ha de observarse que a los contornos imprecisos que de ordinario acompañan este instituto, se une, en el presente caso, la circunstancia de que la facultad que la Audiencia declaró caducada no estaba en la situación de un llano decaimiento fatal por haber transcurrido el plazo prefijado para el ejercicio de la potestad, que se actúa, tal y como sucedería en el supuesto que el artículo 1.005 del Código Civil contempla, sino que, lo fue en atención a haberse actuado contraviniendo el mandato cronológico que el artículo 1.014 y 1.015 del Código Civil establecen, normativa cuya aplicación, en el sentido en que lo ha sido por el Tribunal *ad quem*, exige lá previa apreciación y valoración de unos factores —posesión de bienes de la herencia o gestión de la misma— cuya concurrencia, negada por el solicitante y afirmada por un coheredero, no ha sido planteada ni discutida en procedimiento contradictorio alguno, ya que en el de jurisdicción voluntaria no caben verdaderas pretensiones procesales en el sentido, comúnmente aceptado, de peticiones ante la jurisdicción frente a persona determinada distinta del promovente; de modo que, al menos en cuanto se ha producido una extralimitación del objeto de la apelación, modificando el contenido de la misma en perjuicio del apelante —*modificatio peius*— al declarar extinguida la facultad que actuó sin haber sido contradictoriamente enjuiciados los datos cuya presencia determina la extinción misma, ha de acogerse el recurso, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, manifiesta en numerosas Sentencias, entre ellas las de 24 de octubre de 1978 y 16 de mayo de 1988, y a la sentada en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional en la de 6 de octubre de 1986, confirmando la resolución apelada del Juez de Primera Instancia que, ante la oposición formulada por un interesado en expediente de jurisdicción voluntaria, declaró, a tenor del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al hilo también de la más autorizada doctrina que insiste en la inconciliabilidad de dicha jurisdicción con la actuación en ella de una verdadera pretensión procesal, contencioso el expediente en trámite, con prevención a los

interesados a instar, en el oportuno procedimiento, lo que a su derecho conviniese, lo cual está, por lo demás, acomodado a la normativa del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuyo mandato procede también no hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias y declarar que, en cuanto a las de este recurso, cada uno satisfaga las suyas.

LEGÍTIMAS. CALCULO Y COMPLEMENTO. PARTICIÓN. Artículos 815, 818, 1.056 y 1.057 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1989).

No cabe ejercitar la acción de complemento de legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y apelada y desestima el interpuesto por el actor y apelante, anulando la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo y confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Grado, que sin examinar el fondo del asunto absolvió libremente a la demandada, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero.—Los presupuestos fácticos que ineludiblemente han de ser tenidos en cuenta para la adecuada resolución del presente recurso son los siguientes: 1.º Don Alvaro F. R., de estado casado con doña Servanda D. F., falleció el día 12 de agosto de 1975, habiendo otorgado su último y válido testamento abierto en 24 de octubre de 1970, bajo la fe del Notario de Grado (Asturias), don Félix Cristóbal Jos López, en el que, para lo que aquí interesa, dispone lo siguiente: *a)* Declara que de su matrimonio con doña Servanda D. F. tiene siete hijos, llamados Julia Rosa, María Teresa, Angeles, Marina, Manuela, Víctor Manuel y Enrique F.D. *b)* Lega a su esposa el usufructo vitalicio de la totalidad de su herencia y prohíbe a los hijos o descendientes pedir la división de la herencia en vida de la esposa del testador, disponiendo que el que no respete esta orden sea privado de todo cuanto pueda corresponderle con cargo a los tercios de mejora y libre disposición (cláusula tercera), *c)* Instituye herederos a sus siete expresados hijos y si alguno de éstos le premuere lo sustituye por su descendencia, *d)* Conforme al artículo 1.056 del Código Civil, hace adjudicación de parte de sus bienes entre sus siete hijos en la forma que se expresa en dicho testamento, disponiendo que si hay excesos en tales adjudicaciones se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición, *e)* Los restantes bienes, o sea, los no adjudicados directamente por el testador, dispone que se repartan por partes iguales entre sus siete aludidos hijos, *f)* Prohíbe la intervención judicial en su testamentaría, bajo la sanción ordenada en la cláusula tercera al heredero que la promueva y para que tenga efecto tal prohibición nombra albaceas contadores-partidores, con carácter solidario, a su hermano y sobrino políticos don E. D. F. y don O. D., a los que faculta para entregar legados, liquidar la sociedad conyugal o cualquier otra y prorroga el plazo de ejercicio de sus funciones hasta seis años después del fallecimiento del testador o de su esposa. 2.º Doña Servanda D. F., en estado de viuda de don Alvaro F. R., falleció el día 24 de marzo de 1984, habiendo otorgado su último y válido testamento abierto el día 3 de agosto de 1978 bajo la fe del Notario de Grado (Asturias) don José Picón Martín, en el que, para lo que aquí interesa, dispone lo siguiente: *a)* Declara que de su matrimonio con don Alvaro F. R. viven cinco hijos llamados María Teresa, Angeles, Marina, Manuela y Enrique F. D. y le

premuriéron otros dos hijos llamados Julia Rosa F. D. (que de su matrimonio con don José María F., dejó, a su vez, dos hijos, nietos por tanto de la testadora y llamados María Teresa y José F. F.) y Víctor Manuel F. D. (que de su matrimonio con doña María Angeles G., dejó, a su vez, un hijo, nieto de la testadora, llamado Manuel Alvaro F. G.). b) Instituye herederos a sus cinco expresados hijos y a sus tres aludidos nietos, heredando los hijos por derecho propio y por cabezas, y los nietos por estirpes en representación de sus fallecidos padres, c) Conforme al artículo 1.056 del Código Civil, hace adjudicación de sus bienes entre sus cinco hijos y sus tres nietos en la forma que se expresa en dicho testamento, disponiendo que si hay excesos a favor de alguno o algunos de los herederos éstos se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición, d) Prohíbe la intervención judicial en su testamentaría, ordenando a sus herederos que respeten su voluntad y dispone que para el caso de que alguno o algunos de ellos no lo hiciera se reduzca su participación a la legítima estricta acreciendo el resto al heredero o herederos conformes, e) Nombra albaceas-contadores-partidores, con carácter solidario, prorrogándoles el plazo legal por seis años más a don Manuel F. A. y a su sobrino carnal don Osear D. 3.º Además de los bienes distribuidos por los referidos testadores en sus respectivos testamentos, forman parte de los caudales hereditarios de los mismos otros bienes, al parecer con carácter de gananciales, cuales son: 127 acciones de Hidroeléctrica del Cantábrico; 20 obligaciones de Hidroeléctrica del Cantábrico, amortizadas después del fallecimiento de don Alvaro F. R., y 330.265 pesetas en dinero efectivo.

Segundo.—Sobre la base exclusivamente de los expresados antecedentes fácticos y sin que hubieran tenido la más mínima intervención los contadores-partidores designados con carácter solidario por los testadores y, por tanto, sin que se hubiera practicado por ellos operación particional alguna, previa la necesaria liquidación de la sociedad conyugal, no obstante la expresa voluntad de dichos causantes, los hijos de los mismos, llamados doña Angeles, doña Marina, don Manuel y don Enrique de la F. D., y los nietos doña María Teresa y don José María F. F., y don Manuel Alvaro F. G., promovieron directamente el proceso (juicio de menor cuantía) del que este recurso dimana, contra su hermana y tía, respectivamente, doña María Teresa F. D., en el que, por medio de una confusa demanda, y diciendo ejercitar, según parece desprenderse de ella, acciones en petición de complemento de legítima, previa adición a la partición practicada por los causantes de los bienes no tenidos en cuenta por ellos, y, subsidiariamente, de práctica de una nueva partición y de rescisión por lesión de la practicada por los causantes, postularon textualmente que se dictara Sentencia por la que se declare: "1.º Que los bienes que constituyen el haber de las herencias de los causantes don Alvaro F. R. y doña Servanda D. F. son los relacionados en los hechos segundo —bienes distribuidos por los causantes en sus testamentos— y tercero —bienes que se adicionan (*sic*)— de esta demanda. 2.º Que la parte legítima correspondiente a cada heredero o estirpe de descendientes es un veintinueve y en conjunto para los reclamantes —excluida la mejorada— de seis veintinueves del activo hereditario. 3.º El derecho de los reclamantes: al complemento de su legítima, que cifra provisoria y globalmente para las dos herencias referidas en la cantidad de 4.100.000 pesetas, sin perjuicio de lo que resulte en prueba; a la parte de legítima en los bienes adicionales (*sic*) de las herencias, cuya cuantía se determinará en prueba. Todo lo que les será abonado en *dinero* por la demandada con los intereses computados en la forma señalada por el artículo 927 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y subsidiariamente que se

proceda a nueva partición, que se llevará a efecto en ejecución de Sentencia, por los contadores-partidores, si sus facultades están vigentes y en otro caso con el concurso de todos los partícipes en las herencias y en las que se harán las adjudicaciones procedentes para cubrir los haberes legitimarios. 4.º Subsidiariamente de lo anterior y ya por ejercicio de la acción de rescisión por lesión, se declaren rescindidas o ineficaces las particiones de los causantes referidos, por lesión de la legítima en la cuantía indicada y que se proceda a nueva partición, en vía de ejecución de Sentencia, en la que se adjudiquen bienes a los reclamantes para cubrir íntegramente su legítima, a no ser que la demandada opte por satisfacer en metálico el importe de la lesión y de la parte legítima en los bienes adicionales (*sic*), que resulten de la prueba, con mas los intereses en la forma indicada". En el expresado proceso recayó Sentencia del Juez de Primera Instancia, por la que, estimando la excepción de inadecuación del procedimiento, aducida por la demandada y sin examinar el fondo del asunto, absolvió libremente a dicha demandada. En grado de apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo dictó Sentencia por la que, revocando totalmente la Sentencia de primer grado y estimando parcialmente la demanda, declaró "que las adjudicaciones de los bienes hecha a los actores en la partición realizada en los testamentos de sus padres y abuelos dejan sin cubrir la legítima estricta de éstos en la suma de 4.100.000 pesetas, cuya cantidad deberá ser completada por la demandada, quien entregará, además, a los demandantes los bienes inmuebles que en dichos testamentos se les adjudican; absolviendo a ésta del resto de las pretensiones sin perjuicio de la partición adicional respecto de los bienes no comprendidos en los testamentos particionales".

Tercero.—Contra la expresada Sentencia de la Audiencia interponen sendos recursos de casación, por un lado los demandantes, cuyo recurso lo articulan a través de un motivo, y, por otro, la demandada, que lo hace por medio de cuatro. Como el de los demandantes se refiere a un extremo muy puntual y concreto (cual es el no hacer también la Sentencia recurrida, como los recurrentes entienden debía haber hecho, pronunciamiento expreso acerca de la condena a la demandada al pago de los intereses a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), razones de estricta técnica casacional imponen que el estudio del mismo, si procede, se haga con posterioridad al interpuesto por la demandada, con el que pretende la casación y anulación total de la Sentencia recurrida, ya que si éste hubiera de ser estimado, ello habría de llevar lógica e inexorablemente aparejado, sin necesidad de su estudio, el decaimiento de aquél.

Cuarto.—De los cuatro motivos a través de los cuales la demandada doña María Teresa F. D. articula su recurso, los que verdaderamente afectan al núcleo esencial de la cuestión litigiosa debatida y que, en esencia, se reduce a determinar si cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos de la acción de complemento de legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario y, por tanto, antes de conocerse a cuánto asciende el importe de la legítima estricta correspondiente a cada heredero, son los motivos segundo y tercero, ambos incardinados en el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, por ello, han de ser estudiados en primer lugar y, además, en forma conjunta, dada la íntima conexión existente entre ellos y por los cuales la recurrente denuncia "infracción del artículo 818 en relación con el 657 del Código Civil" (en el segundo) e "infracción por aplicación indebida del artículo 1.079 del Código Civil en relación con el 1.056, 1.057 y 818

del mismo Cuerpo legal" (en el tercero). Los dos expresados motivos han de ser estimados por las consideraciones siguientes: primera, porque no es ontológica, ni jurídicamente, posible pedir el complemento de legítima, conforme al artículo 815 del Código Civil, que es la única acción que ha sido estimada por la Sentencia recurrida (el pronunciamiento desestimatorio de todas las demás ejercitadas —entre ellas la de rescisión de la partición por lesión— no ha sido recurrido), supuesta la existencia de mejoras, sin antes conocer el montante del *quantum* o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales; segunda, porque, aparte de que aquí se trata de dos herencias distintas, que no permiten el tratamiento unitario, englobado y simplista que han pretendido darle los actores y que ha aceptado la Sentencia recurrida, de lo que más adelante nos ocuparemos, cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1.056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado esta Sala (Sentencias de 9 de marzo de 1961; 25 de enero de 1971; 15 de febrero de 1988), siendo éste el supuesto que nos ocupa, en que los dos testadores (padre y madre de los aquí litigantes), después de adjudicar, en sus respectivos testamentos, algunos de sus bienes (casi todos ellos gananciales), en distinta proporción, a sus hijos, y disponer que si hay excesos a favor de alguno o algunos de los herederos se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición y que el remanente de sus bienes (o sea, los no adjudicados) se distribuya entre todos ellos por partes iguales, nombran dos contadores-partidores, con carácter solidario, y después de manifestar su expresa prohibición de toda intervención judicial en sus respectivas testamentarias, con sanción para el heredero que la incumpla de quedar reducida su participación a la legítima estricta, prorrogan a dichos contadores-partidores el plazo para el ejercicio de sus funciones hasta seis años después de la muerte del último de dichos testadores (que fue la madre, que falleció el 24 de marzo de 1984), todo lo cual entraña que, según expresa voluntad de dichos causantes, manifestada en sus respectivos testamentos, que son la ley fundamental de la sucesión, los nombrados contadores-partidores, si no rechazan el cargo (de lo que no hay constancia alguna en autos), serán los que habrán de practicar, dentro del plazo concedido, las correspondientes operaciones particionales, que equivalen a las practicadas por los propios testadores (Sentencias de esta Sala de 17 de abril de 1943, 25 de abril de 1963, 18 de febrero de 1987) y sólo entonces (o, en otro caso, a través del correspondiente juicio de testamentaria) será cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global en que lo hacen los actores, ha percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta; tercera, porque al existir dos herencias distintas (las del padre y de la madre de los aquí litigantes) no es posible tratar de mezclar y englobar las dos para, teniendo en cuenta solamente las adjudicaciones hechas en los dos testamentos, sin considerar el remanente de lo no adjudicado

concretamente a ninguno y sumando indiscriminadamente lo adjudicado a todos los herederos, menos la demandada, pretender obtener la conclusión de que a todos ellos (los demandantes) se les ha atribuido menos valor de lo que a cada uno corresponde por legítima estricta, cuando una elemental técnica jurídica exige que, después de practicarse la liquidación de la sociedad de gananciales, que tampoco aparece haber sido realizada en el presente supuesto, los contadores-partidores nombrados expresamente para ello por los testadores, si aceptan el cargo —acerca de lo cual no aparece nada en los autos (o, en otro caso, acudiéndose al correspondiente juicio de testamentaria)— practiquen la partición, por separado, de cada una de las referidas herencias, como único medio de poder conocer el importe o valor de lo que, por legítima estricta, ha de corresponder en cada una de ellas a cada heredero, y sólo entonces podrá saberse si los bienes que le han sido adjudicados en cada uno de los referidos testamentos (que, lógicamente, no son iguales para todos ni en las mismas proporciones), incrementados con la parte que les corresponda en el remanente de los bienes no adjudicados, alcanza o no el expresado límite mínimo de la legítima estricta, siendo entonces cuando el heredero o herederos, individualmente considerados, que se estimen perjudicados (no todos ellos indiscriminadamente, como han hecho los demandantes en este proceso, al reclamar, sin distinción alguna, a la demandada, 4.100.000 por el concepto de complemento de legítima) podrán ejercitar la acción de que se crean asistidos. Al no haberlo entendido así la Sentencia recurrida es evidente que ha infringido los artículos 818, 1.056 y 1.057 del Código Civil, lo que ha de comportar, como ya se ha dicho, el éxito de los motivos examinados, haciendo ello innecesario el estudio de los otros dos de la misma recurrente, por los que, con apoyo procesal en el ordinal cuarto, denuncia error en la apreciación de la prueba, así como el del único motivo a través del cual los demandantes han articulado su recurso, pues por referirse el mismo, como ya se ha dicho, a un extremo muy puntual y concreto (el relativo a no haber hecho la Sentencia recurrida, en su fallo, condena expresa a la demandada al pago de los intereses a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) su posible estimación presuponía necesaria e inexcusablemente la desestimación del recurso de la demandada, que aquí no ha ocurrido.

Quinto.—El acogimiento de los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por doña María Teresa F. D. ha de llevar aparejada, con la estimación de dicho recurso y la desestimación del interpuesto por doña Angeles, doña Marina, doña Manuela y don Enrique F. D. y doña María Teresa y don José María F. F. y don Manuel Alvaro F. G., la casación de la Sentencia recurrida y la confirmación del fallo de la de primera instancia; debiendo, por precepto imperativo de los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer las costas de ambas instancias a los que en la primera fueron demandantes y en la segunda apelantes, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de las costas de este recurso, en cuanto a las causadas con el interpuesto por doña María Teresa F. D., y con expresa imposición a doña Angeles, doña Marina, doña Manuela y don Enrique F. D. y doña María Teresa y don José María F. F. y don Manuel Alvaro F. G. de las causadas con el recurso por ellos interpuesto; sin que haya lugar a acordar devolución, ni pérdida de depósito, al no haber sido los mismos constituidos, por no ser las Sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

**TESTAMENTO. LEY APLICABLE. LEGISLACIÓN VENEZOLANA, INCAPACIDAD
SUCESORIA (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1989).**

Los actores, hermanos y parientes más próximos del causante con derecho como tales a sucederle *ab intestato*, formularon demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra determinada archidiócesis española e instituciones religiosas, aduciendo que dicho causante, de nacionalidad venezolana, adquirida el 28 de junio de 1967, falleció en Maracaibo el 18 de mayo de 1983 dejando consignada su última voluntad en testamento abierto otorgado el 23 de julio de 1982 ante el Notario de Madrid don ..., en el que, entre otros extremos, contenía determinadas disposiciones a favor de la diócesis de X e instituciones religiosas de la Iglesia Católica, todas las cuales son incapaces para suceder conforme el artículo 841 del Código Civil venezolano, que así lo establece respecto a las iglesias de cualquier credo y los institutos de manos muertas, por lo que, al no existir convenio de doble nacionalidad con Venezuela, la aplicación de la legislación de este país determina que los demandados sean incapaces para suceder, abriéndose la sucesión intestada a favor de los actores.

Las entidades religiosas demandadas, entre otros extremos, contestan a la demanda argumentando que tal incapacidad fue derogada respecto de la Iglesia Católica Romana en virtud del convenio celebrado entre la República de Venezuela y la Santa Sede Apostólica, en cuyo artículo 4.º, posterior al Código Civil, se reconoce a la Iglesia Católica como persona jurídica de carácter público, gozando de plena personalidad jurídica, por lo que la cláusula testamentaria es válida.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid declaró la nulidad de tal cláusula, confirmando esta Sentencia la de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante y la validez de la discutida cláusula testamentaria, conforme a los siguientes fundamentos de derecho:

El motivo primero, amparado en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documento obrante en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradicho por otros elementos probatorios, con cita del artículo 12, número 6, del Código Civil, relativo a la invocación y prueba del Derecho extranjero.

La complejidad que representa la aplicación del Derecho venezolano a la sucesión testamentaria cuya impugnación da origen a los presentes autos, le evidencian muy singulares aspectos que pueden sintetizarse en los siguientes puntos.

1. Si el artículo 841 del Código Civil venezolano implica una "prohibición" (como entiende el juzgador de instancia) o se trata de una incapacidad (que es el término que dicho precepto emplea). En el primer caso, si la misma afecta a las "iglesias de cualquier credo" de nacionalidad venezolana o si también a las de nacionalidad extranjera y respecto a bienes inmuebles situados en país distinto. En el segundo caso, la capacidad para suceder habría de regirse por la ley nacional del heredero (art. 9.11 del Código Civil español).

2. Si publicada la Constitución de Venezuela, el citado precepto de su Código Civil puede o no quedar afectado por inconstitucionalidad sobrevenida. El ar-

título 61 de esa Ley fundamental interdicta las "discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el *credo* o la condición social".

3. Si el convenio celebrado entre la República de Venezuela y la Santa Sede, publicada en la *Gaceta Oficial* de 24 de septiembre de 1964 afecta o no a lo dispuesto en el repetido artículo 841 del Código venezolano. El artículo 4 del Convenio expresa: "Se reconoce a la Iglesia Católica de la República de Venezuela como *persona jurídica de carácter público. Gozan además de personalidad jurídica para los actos de la vida civil, las diócesis, los capítulos catedralicios, los seminarios, las parroquias, las órdenes, congregaciones religiosas y demás institutos de perfección cristiana canónicamente reconocidos*. Las instituciones y entidades particulares que según el Derecho Canónico tienen personalidad jurídica gozarán de la misma personalidad jurídica ante el Estado, una vez que hayan sido cumplidos los requisitos legales". En opinión de los jurisperitos que emitieron dictamen sobre estas cuestiones, el citado Concordato "deja sin efecto cualquier interpretación que pudiera restringir la capacidad adquisitiva de la Iglesia Católica y sus Instituciones". En dicho dictamen se concluye afirmando: "Como consecuencia de la novedad del Convenio citado y por el *hecho irrefutable de que en Venezuela pueden recibir legados y herencias las instituciones eclesiásticas, no se han presentado casos que pudieran crear algún precedente jurisprudencial*".

Tan problemáticas cuestiones no pueden ser resueltas atendiendo únicamente a la letra de un precepto aislado del Derecho venezolano. Como reiteradamente ha declarado esta Sala, la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque (en este caso la parte actora), siendo necesario acreditar, *no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente* (cfr. Sentencias de 26 de mayo de 1887, 9 de julio de 1895, 19 de noviembre de 1904, 30 de enero de 1930, 1 de febrero de 1934, 4 de diciembre de 1935, 9 de enero de 1936, 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982 y 12 de enero de 1989). Como acertadamente admite la doctrina, cuando a los Tribunales españoles no le es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, lo que conduce a estimar, en efecto, el error cometido por la Sala de instancia al apreciar la prueba, debiendo por ello prosperar el motivo en tal sentido articulado por la parte recurrente.

F. C. L.