

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

INMATRICULACION DE FINCAS. DOCUMENTO FEHACIENTE. Artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento Hipotecario (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1988).

No es «documento fehaciente», a los efectos de los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento, la escritura pública de compraventa, en la que el vendedor afirma que le pertenece la finca que vende por compra a determinadas personas en cierta fecha, pero careciendo de título escrito de adquisición, por lo que el Notario hace la pertinente advertencia.

PROPIEDAD HORIZONTAL. JUNTA GENERAL. NULIDAD (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1988).

Declara la nulidad de la junta general de copropietarios de un edificio por defecto en la convocatoria, al no haber sido citado en forma legal uno de los copropietarios.

COMUNIDAD. DISOLUCION. Artículos 400 y 401 del Código Civil (SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1988).

Tratándose de la disolución del *pro indiviso* sobre un edificio, la venta en pública subasta queda supeditada a que no sea posible la adjudicación de pisos o locales mediante la formación de los correspondientes lotes y la constitución en propiedad horizontal.

ADQUISICION «A NON DOMINO». Artículo 34 de la Ley Hipotecaria
(SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1988).

Declarada la nulidad de una hipoteca realizada en perjuicio de los acreedores del quebrado, luego rehabilitado, sin que por ninguno de los interesados se hubiera pedido la ejecución de la sentencia, y adjudicada la finca hipotecada al rematante, conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria, quien la vendió posteriormente a tercera persona, ésta se encuentra protegida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

PROPIEDAD HORIZONTAL. TITULO. Artículo 396 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1988).

La propiedad horizontal requiere, con arreglo a las disposiciones especiales que la regulan, un título por el que se constituya el edificio en dicho régimen y en el que se determinen las partes de pertenencia privativa de cada copropietario y los elementos comunes.

DONACION DE INMUEBLE. FORMA. INSTITUTO «EX RE CERTA». LEGADO DE COSA AJENA. Artículos 633, 768 y 861 del Código Civil
(SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1988).

La donación de inmueble no efectuada en escritura pública es radicalmente nula, sin posibilidad, por tratarse de un contrato inexistente, de convalidación, subsanación o confirmación, ni puede servir de justo título para la usucapión.

El legado de cosa ajena ha de constar de modo inequívoco.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos por ambas partes litigantes contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan los hechos y pretensiones deducidas por las partes.

El matrimonio constituido por don J. A. M. y doña S. E. R. promovió demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra don L., don G. y doña M. E. R. y sus respectivos cónyuges y contra don A. L. Q., que había sido nombrado albacea, comisario y contador-partidor en el testamento otorgado, en 6 de febrero de 1976, por don V. E. M., y en cuya demanda se interesaron los siguientes pronunciamientos, que se transcriben en síntesis: 1.º Declaración de que los actores son propietarios, por mitad y *pro indiviso*, de las fincas que fueron propiedad del matrimonio formado por don V. E. M. y doña C. R. S., que actualmente integran las parcelas números 694 a 697, ambas inclusive, 699 y parte de la 700 del polígono 2 del Catastro del municipio de Abanto y Ciérvana, no encontrándose inscritas en el Registro las parcelas 694, 697 y 699, y estándolo en el de Propiedad de Portugalete las de número: 695 (finca 3.388 e inventariada con el número 12 en la escritura de 12 de febrero de 1979, de adjudicación parcial de bienes hereditarios por fallecimiento del ma-

trrimonio antedicho), 696 (finca 4.348 e inventariada con el número 2 de la citada escritura), 698 (finca 4.455) y 700 (conocida por «La Camporra», finca 4.349 e inventariada con el número 3). 2.º Condena de los demandados señores E. R. para que, conjuntamente con su hermana doña S., y en su condición de herederos de don V. y doña C., otorguen escritura pública de reconocimiento de la propiedad expresada. 3.º Libramiento de mandamiento al Registro de la Propiedad de Portugalete para la inscripción a favor del matrimonio actor de las fincas formadas por las parcelas 694, 697 y 699. 4.º Subsidiariamente, declaración del derecho dominical sobre las mismas fincas, derivado del legado efectuado por don V. en su testamento, con la consecuente condena de los demandados en orden al otorgamiento de la oportuna escritura, conjuntamente con la actora. 5.º Condena de los demandados don A. y don G. a otorgar escritura pública de cesión de su participación de un 12,50 por 100 cada uno en la propiedad de la finca correspondiente a la parcela 698, en concepto de entrega de legado de cosa ajena, a favor del matrimonio actor. 6.º Condena a los demandados don L., don G. y doña M. a adquirir del Ayuntamiento de Abanto y Ciérvana la finca objeto de concesión administrativa a favor de don V. (parte de las parcelas 692 y 693), y subsidiariamente, para el caso de no ser posible dicha adquisición, condena de aquéllos a otorgar escritura de cesión a los actores de su cuarta parte en el trozo de terreno denominado «La Camporra», necesario y preciso para dar acceso a la finca de los mismos de toda clase de vehículos, hasta enlazar con el sendero hormigonado que discurre por dentro de la cerradura prolongada y poder acceder hasta la casa. 7.º Declaración del derecho del matrimonio actor a seguir utilizando para la finca de autos la energía procedente del transformador sito en la parcela 603, así como el suministro de agua procedente de la galería del monte, cuyo derecho deberán compartir con los propietarios de la finca 3.372 e inventariada con el número 1 en la escritura ya mencionada. 8.º Declaración de que la parcela 727 del polígono 2 está gravada con una servidumbre de desagüe de aguas fecales a favor del chalet propiedad del matrimonio actor, con condena de los demandados a que, conjuntamente con la actora, otorguen escritura pública de reconocimiento de la servidumbre. 9.º Declaración de que las fincas inventariadas con los números 1 y 3 en la escritura de 12 de febrero de 1979, propiedad de los cuatro herederos de don V., en unión de la parcela 698 del polígono 2 (fincas 3.372, 4.349 y 4.455), están gravadas con una servidumbre de acueducto para la conducción y suministro de las aguas municipales o de las privadas procedentes de la galería del monte en favor de la casa y finca propiedad del matrimonio actor, con condena de los demandados al otorgamiento de la escritura pública de reconocimiento de tales servidumbres. 10.º Condena de los demandados E. R. a reintegrar a la herencia de doña C. R. S. cuantas cantidades y bienes, debidamente actualizados, recibieron de don V. E. M. con posterioridad al 22 de marzo de 1971, fecha del fallecimiento de aquélla. 11.º Condena de los precitados demandados, en su condición de herederos, y del demandado señor L. Q., como contador-partidor, para que, conjuntamente con la actora, también heredera, otorguen escritura pública rectificando la otorgada en 12 de febrero de 1979, en los términos que se señalaban. 12.º Declaración del derecho de la actora a cesar en la indivisión de los bienes heredados de sus padres, y condena de los hermanos demandados a proceder a la división de dicha herencia, en ejecución de sentencia con

arreglo a uno de estos sistemas: a) Formación de lotes, si en ello conviniere los interesados, y su posterior adjudicación por libre elección o por sorteo. b) Venta de los bienes en pública subasta, con admisión de licitadores extraños. 13.º Condena de los demandados al pago de las costas procesales.

2. Tramitado que fue el procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, por Sentencia de 31 de mayo de 1984, y con estimación parcial de la demanda de referencia, se declaró «que don J. A. M. y doña S. E. R. eran propietarios, por mitad y *pro indiviso*, de las fincas que fueron propiedad del matrimonio formado por don V. E. M. y doña C. R. S., que actualmente integran las parcelas números 694, 695, 696, 697 y 699 y parte de la 700 del polígono catastral 2 del Catastro del municipio de Abanto y Ciérvana, con derecho a disfrute de las parcelas números 692 y 693 del mismo polígono, lo que deberán reconocer la totalidad de los demandados, quienes además deberán reintegrar a la herencia cuantos bienes no figuren inventariados en la escritura de aceptación de 12 de febrero de 1979, que será rectificada sustituyendo la descripción de fincas con datos erróneos según proceda y eliminando del inventario las correspondientes a la casa-chalet de la actora, con la segregación que proceda de la casa matriz y finca sobre la que se levanta»; también se declaró «el derecho de la demandante doña S. a cesar en la indivisión de los bienes heredados de sus padres, condenando a los demandados a la división de dicha herencia, que se llevará a efecto en ejecución de sentencia, mediante la formación de lotes que serán adjudicados, según convengan, por elección o por sorteo», y se desestimaron el resto de las pretensiones deducidas, sin expresa imposición de costas. En trámite de recurso de apelación, la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Bilbao, y por Sentencia de 11 de enero de 1986, acordó que debía revocar parcialmente la resolución dictada por el Juzgado en cuanto declaraba que don J. E. M. y su esposa doña M. E. R. eran propietarios por mitad y *pro indiviso* de la casa-chalet y terrenos que se refieren las pretensiones de la demanda, de las que se absuelve a los demandados, manteniendo inalterados los restantes pronunciamientos de dicha resolución, y sin hacer expresa imposición de las costas procesales, tanto las de Primera Instancia como las de Alzada. Contra la meritada sentencia de la Audiencia Territorial se interpuso recurso de casación por las respectivas representaciones de don G. E. R., don J. A. M. y doña S. E. R., y don L. E. R., siendo formulados los tres recursos por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a través de cuatro, siete y cinco motivos, respectivamente.

3. El estudio de los recursos antedichos debe comenzarse por el correspondiente al matrimonio A.-E., al ser sus cónyuges componentes quienes promovieron el procedimiento, y dentro ya del mismo, el examen de sus motivos concretos ha de iniciarse con los numerados como 4.º y 7.º, al ampararse ambos en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por infracción e inaplicación de su artículo 359, planteándose por el recurrente, en definitiva, un problema de incongruencia y de pronunciamiento contradictos, en cuanto que argumenta, en síntesis, que «la sentencia recurrida infringe el artículo 359 al dejar imprejuzgada la acción declarativa de propiedad, fundándose en un mal entendido respeto a la congruencia, por estimar que sólo es propietaria doña S. y no el otro demandante, y, además, que la propiedad se funda en un título no alegado

por los demandantes», y que «en el último párrafo del fundamento de Derecho tercero se desestima expresamente el pedimento undécimo, extremos 2.º y 3.º, para luego, sin solución de continuidad, acogerlo también expresamente». En el precitado fundamento de la sentencia y partiendo del alcance y contenido de la cláusula 4.ª del testamento de don V. E., «reconoce el testador que la finca donde vive hoy doña S. es de ella, con el terreno que la rodea hasta la cerradura y la salida hasta el camino», se contienen las siguientes afirmaciones: *que* tal reconocimiento de la titularidad representa un verdadero título constitutivo, con plena eficacia traslativa de la casa-chalet y terrenos que la rodean, desde la fecha en que se efectuó, coincidente con la que es objeto del pleito y ha sido poseída desde 1967 por los actores; *que* el reconocimiento tiene como causa la donación verbal, pero ineficaz, realizada por el matrimonio don V. E. y doña C. R., y *que* la destinataria del título constitutivo lo es única y exclusivamente la actora doña S., de donde llega al resultado de que el título dominical que la cláusula testamentaria representa es diferente e independiente de los invocados por los actores, así como el carácter o naturaleza de la titularidad, al aparecer como única destinataria doña S., frente a la pretensión de que se declare una propiedad por mitad y *pro indiviso* con su esposo, y de aquí, a la conclusión de la imposibilidad de fundarse la sentencia en la cláusula testamentaria so pena de incurrir en el vicio procesal de incongruencia, expresándose también en la sentencia que fundarla en una causa de pedir diferente a la alegada modificaría el carácter de la pretensión sustituyendo la declaración de proindivisión por la única titularidad de una de las partes, lo que representaría una vulneración de la garantía de congruencia.

4. Quedando centradas en los términos expuestos las cuestiones determinantes de la impugnación ínsitas en el motivo de referencia, resulta evidente que el reconocimiento que se hace en la sentencia en favor de la actora doña S. respecto a la titularidad de la casa-chalet y terrenos que la rodean, debería haber originado el correlativo pronunciamiento declarativo en el fallo, especialmente cuando se excluye dicho bien de la herencia, lo cual, atendiendo a los principios jurisprudenciales que informan la aplicación y los límites del artículo 359 en materia de resoluciones judiciales, representa una patente incongruencia y contradicción entre los propios términos argumentistas del fundamento 3.º de la sentencia, y entre ellos y su parte dispositiva, de tal manera que haya de apreciarse la infracción del meritado precepto rituario, máxime al carecer de base las razones con las que se intentaba justificar la imposibilidad de aquel pronunciamiento correlativo, y de aquí que proceda la estimación de los motivos objeto de estudio y la casación de la sentencia recurrida, lo que supone, por ende, recobrar la facultad correctora frente a la sentencia de primer grado, en relación con la acción declarativa ejercitada en la demanda.

5. Aunque cabe estimar como hecho acreditado la donación verbal realizada por don V. E. en favor de su hija doña S. respecto al inmueble de que se trata, así como que con tal intención gratuita le fue conferida su posesión y la vino disfrutando en ese concepto, cuya posesión no ha sido discutida por los demandados, no es menos indudable que la donación, en sí misma considerada, careció de eficacia al no documentarse en escritura pública, de acuerdo con la exigencia formal que previene el artículo 633 del Código Civil para los bienes raíces, con lo que se está en

presencia de un contrato de los denominados «solemnes», y en ellos, la observancia de una forma determinada se requiere no para su simple constancia acreditativa, sino para su perfección, que no se alcanza de no plasmarse en la exigida y origina, consecuentemente, la invalidez del contrato con tacha de nulidad radical, sin posibilidad, por tratarse de un contrato inexistente, de convalidación, subsanación o confirmación, como así ha venido manteniendo la doctrina de esta Sala, siendo de citar, entre infinidad de Sentencias, la clásica de 21 de junio de 1932 y las de 13 de mayo de 1963, 25 de junio de 1966, 9 de julio de 1984 y 15 de octubre de 1985. La invalidez de la donación, configurada en los términos expresados, es determinante de que la actora no podría invocar la concurrencia del «justo título» a los fines previstos en el artículo 1.957 del Código Civil, por el que ha de entenderse, en definición del precedente 1.952, como «el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate», puesto que, según las Sentencias antes citadas de 13 de mayo de 1963 y 25 de junio de 1966, en el concepto del artículo 1.957 podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles, pero no los que sean radicalmente nulos o inexistentes, que en ningún momento pueden prevalecer por el transcurso del tiempo.

6. Lo anterior conduce, necesariamente, a interpretar la cláusula 4.ª del testamento de don V. E. en su proyección al problema planteado, y haciéndolo a tenor de lo dispuesto en el artículo 675 del texto civil y dando por reproducida la argumentación hecha valer en el considerando cuarto de la sentencia del Juez de Instancia, llégase a la conclusión de que el testador quiso reconocer, a través de la fórmula empleada en la cláusula, la propiedad transmitida en su día a la hija y legitimar de ese modo su titularidad frente a terceros, y más concretamente frente a los restantes herederos, con claro y evidente propósito de que la finca fuese excluida de la masa hereditaria, y llegar a conclusión distinta supondría desconocer la verdadera realidad de las cosas y, sobre todo, contrariar la voluntad del testador; de aquí que terminando de interpretar la disposición testamentaria, proceda configurarla como un supuesto de institución en cosa cierta y determinada, que contempla el artículo 768 del Código Civil, considerando a la heredera doña S. como legataria a los efectos oportunos, lo que origina, resumiendo, la estimación de la acción declarativa ejercitada en la demanda del matrimonio A.-E., pero únicamente respecto a la esposa, que fue la destinataria y favorecida de la cláusula testamentaria, sin que para ello represente impedimento alguno la disposición del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues en los autos no se plantean situaciones contradictorias de dominio de inmuebles.

7. La estimación de los motivos 4.º y 7.º del recurso que se está estudiando hace innecesario el examen de sus motivos 1.º, 2.º, 3.º y 5.º, y por lo que respecta al 6.º, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 y fundado en infracción, por inaplicación, del artículo 861 del Código Civil, al no reconocerse la existencia de un legado de cosa ajena, el fracaso del mismo deriva de la propia argumentación contenida en el considerando séptimo de la sentencia de primer grado, que se da por reproducida, y de que la cláusula 4.ª del testamento no posibilita, en este caso, la conclusión inequívoca de hacer extensiva la intención de don V. al establecimiento de un legado de la indicada naturaleza.

8. Entrando ahora en el examen del recurso correspondiente a don

L. E. R., sus dos primeros motivos se amparan en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal e invocan infracción del artículo 359 de dicha Ley por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, al considerar el recurrente que el fallo de la sentencia de la Audiencia adolece de falta de claridad y precisión, ya que en él se contienen pronunciamientos contradictorios que dificultarán su posterior ejecución, puesto que después de revocar parcialmente la de primer grado, «en cuanto declaraba que los actores eran propietarios, por mitad y *pro indiviso*, de la casa-chalet y terrenos a que se referían las pretensiones de la demanda, de las que se absuelve a los demandados», mantenía inalterados los restantes pronunciamientos, con lo cual, no obstante negar a los actores su pretensión principal, se elimina del inventario los datos concernientes a dicho inmueble, con la segregación que proceda de la casa matriz y fincas sobre las que se levanta, lo que supone no resolver el fondo de la cuestión. Indudablemente, la formulación de estos motivos viene a ser complementaria de la expuesta en los motivos 4.º y 7.º del recurso examinado en primer lugar, aun cuando sea de signo contrario al pretenderse incluir en el inventario la finca cuestionada; por consiguiente, es valedera aquí la conclusión a que se llegó en aquel recurso y que figura recogida en el precedente fundamento 4.º de esta sentencia, es decir, la casación de la recurrida, lo que supone se estimen los dos primeros motivos del actual recurso, si bien el razonamiento desarrollado en los fundamentos siguientes, 5.º y 6.º, impide acoger la pretensión en pro de la inclusión de la finca en el inventario. Precisamente, el indicado razonamiento provoca el fracaso del motivo 4.º, que por vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 denuncia infracción del artículo 675 del Código Civil. También ha de perecer el motivo 3.º, formulado a tenor del ordinal 4.º y que estima que la sentencia ha incurrido en error en la apreciación de la prueba, concretamente en relación con el párrafo segundo de la cláusula quinta del testamento de don V. E., que especificaba que «en caso de duda sobre los límites de la finca de S., G. y el Administrador la conocen bien y fijarán sus límites», cláusula que no fue tomada en consideración ni en Primera ni en Segunda Instancia. Dicho perecimiento se debe a tratarse de una cuestión no planteada hasta este momento y a que la exclusión de la finca del inventario no sería óbice a que se practicara de acuerdo con los límites que señalasen las personas nominadas en el testamento, dando así cumplimiento efectivo a la voluntad del testador; por otra parte, la omisión denunciada, atendida a su naturaleza, no parece pudiera cobijarse en los supuestos de error a que se refiere el número 4.º del artículo 1.692, sino más bien, y en su caso, entre los incluidos en el número anterior, el 3.º Y, asimismo, ha de perecer el quinto motivo, último de los formulados en este recurso, que se ampara en el ordinal 5.º y se funda en infracción del artículo 7 del Código Civil, cuyo fenecimiento se origina por la simple razón de que cuantas argumentaciones afecten a las incidencias y vicisitudes del beneficio de justicia gratuita que instó el recurrente y al abuso del derecho y mala fe de los actores, se trataría de cuestiones ajenas a las propias del recurso de casación, y carece de total relevancia la escritura notarial de 16 de noviembre de 1984, sobre subsanación de determinados errores en la de 12 de febrero de 1979, que se adjunta al recurso, toda vez que la misma no guarda relación con la fundamentación del motivo ni con la de los restantes del recurso.

9. Estudiando, finalmente, el recurso promovido por don G. E. R.

e iniciándole con el motivo segundo por hacer referencia a la incongruencia en que dice incurrir la sentencia, con infracción, por violación, del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ordenar que se elimine del inventario de los bienes que constituyen las herencias de don V. y doña C., las fincas correspondientes a la casa-chalet de la actora, resulta evidente la absoluta incorrección de su incardinación al ampararse en el ordinal 5.º del artículo 1.692, ya que el tratamiento de la incongruencia debe hacerse por vía del tercero, «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia», lo cual implica de por sí la repulsa del motivo; pero además, no podría prosperar la finalidad perseguida: incluir en el inventario la tan repetida finca, por impedirlo las razones que determinaron la estimación de los motivos 4.º y 7.º del recurso primeramente estudiado, y esas mismas razones son también determinantes del fracaso del motivo primero, que, acogiéndose a la vía del ordinal 5.º, invoca infracción, por violación de los artículos 609, 1.261, 1.361, 1.377, en su párrafo primero, y 1.378 del Código Civil; e igual suerte ha de correr el motivo tercero, que amparándose en el mismo ordinal, alega infracción, por violación, del artículo 675 del ordenamiento civil, ya que no cabe pretender que el pronunciamiento relativo a «cesar en la división de los bienes heredados de los padres, condenando a los demandados a la división de dicha herencia, cuya división se llevará a cabo en ejecución de sentencia mediante la formación de lotes que serán adjudicados, según convengan, por elección o sorteo», suponga contrariar la voluntad del testador, que estaría en línea con la disposición de la cláusula 3.ª del testamento, y la circunstancia de que la división se materialice en la fase de ejecución no representaría impedimento alguno a que la partición se efectúe por los albaceas-contadores partidores testamentarios o por los propios herederos actuando por unanimidad, particular éste que se recoge en la cláusula quinta. Analizando, por último, el motivo cuarto, el mismo se acomoda al ordinal cuarto para denunciar error en la apreciación de la prueba, por el doble concepto de error de hecho, resultante de documento auténtico, y error de Derecho, con infracción, por violación, del artículo 1.233 del Código Civil. Ambos errores refiérense al fundamento quinto de la sentencia recurrida, al decidir incluir en el inventario el valor del vehículo marca «Mercedes», matrícula BI 48.044, y una determinada embarcación. Por lo que respecta al error de Derecho, debe rechazarse por una doble razón: una, porque en la actual redacción del artículo 1.692, su formulación habría de haberse hecho a tenor del ordinal 5, y otra, porque el Tribunal *a quo* no procedió a dividir la confesión del recurrente, pues las únicas posiciones concernientes al particular del motivo fueron las descritas en aquel fundamento quinto, las 54 y 65, y en ninguna de ellas, al ser absueltas, se manifestó, como se dice en el recurso, que esos bienes le fueron adjudicados mediante la correspondiente compensación en dinero. Y en cuanto al error de hecho, se pretende demostrar con el documento acompañado al recurso y consistente en una escritura notarial otorgada en 22 de junio de 1977 por los cuatro hermanos coherederos, en la que acuerdan adjudicar a don G. los bienes antedichos por haber sido compensados con anterioridad los restantes herederos por el adjudicatario de los importes que a ellos les correspondían, sin que nada tengan que reclamar. Tal es la claridad del documento, que negarle eficacia por razones puramente formales de índole procesal sería desconocer la realidad de las cosas, y dado

que demuestra la equivocación de la sentencia al fundamentar la inclusión de aquellos bienes en la masa hereditaria, pues lo hizo «al no haberse acreditado fuere apuntada al haber hereditario», es por lo que procede, en definitiva, la admisión del motivo en cuestión, y con ella, la casación de la sentencia en el sentido de eliminar toda referencia a los repetidos bienes, que no deberán reintegrarse a la herencia.

10. Por cuanto ha quedado expuesto al estudiar los tres recursos, resulta procedente casar la Sentencia de la Audiencia de 11 de enero de 1986, en los extremos detallados en los fundamentos 4.º al 6.º y 9.º, y, consecuentemente, revocar la dictada en 31 de mayo de 1984 por el Juzgado, en el solo particular relativo a la declaración de propiedad sobre las fincas descritas en el fallo, al deber hacerse únicamente en favor de la esposa doña S., y confirmarla en la totalidad de sus restantes pronunciamientos, sin hacer ninguno expreso acerca de las costas causadas en Primera y Segunda Instancia, y atendiendo a lo dispuesto en el número 5.º del artículo 1.715 de la Ley Procesal, tampoco cabrá pronunciarse sobre las devengadas en los recursos.

COMENTARIO.—Sistematizando las principales cuestiones debatidas en el presente litigio, tenemos:

1.º Una donación de bien inmueble (chalet y terrenos) realizada por los padres a favor de una de sus hijas, sin haber otorgado escritura pública, sino de forma puramente verbal, aunque confirmada por actos de los propios padres causantes.

Respecto a la misma, no cabe duda de su inexistencia desde el punto de vista jurídico (otra cosa es el aspecto moral de la cuestión, que obligaría moralmente a los hermanos de la donataria a reconocerla) y, por tanto, es totalmente adecuada la declaración en tal sentido, con el efecto lógico de que no puede producir consecuencia jurídica alguna. Se trata, como con toda claridad afirma la doctrina, de un supuesto de inexistencia, por falta de un requisito esencial, más bien que de un caso de nulidad (ya que no es un acto propiamente contrario a la Ley).

2.º Una disposición contenida en el testamento del padre causante (no en el de la madre), en el que éste «reconoce que la finca donde hoy vive doña S.... —su hija supuesta donataria— es de ella con el terreno que la rodea hasta la salida al camino». La cual, debido al carácter inicial ganancial de la finca y el estado de casada de la hija al efectuar la obra de construcción motiva discrepancias en las respectivas sentencias del Juzgado, de la Audiencia y del Tribunal Supremo: Mientras el primero estima que la propiedad corresponde por mitad y *pro indiviso* a la hija y al marido de ésta, la Audiencia lo rechaza de plano, absolviendo de esta pretensión a los demandados, y el Tribunal Supremo mantiene postura distinta al reconocer que la propiedad corresponde exclusivamente a la hija como institución en cosa cierta, discurriendo del siguiente modo: «...el testador quiso reconocer, a través de la fórmula empleada en la cláusula, la propiedad transmitida en su día a la hija y legitimar de ese modo su titularidad frente a terceros, y más concretamente frente a los restantes herederos...; de aquí que terminando de interpretar la disposición testamentaria, proceda configurarla como un supuesto de institución en cosa cierta y determinada, que contempla el artículo 768 del Código Civil, considerando a la heredera doña S.... como legataria a los efectos

oportunos, lo que origina, resumiendo, la estimación de la acción declarativa ejercitada en la demanda del matrimonio A.-E., pero únicamente respecto a la esposa, que fue la destinataria y favorecida de la cláusula testamentaria...» —de este último inciso viene la diferencia de la sentencia con la del Juzgado, que había estimado la propiedad *pro indiviso* de la hija y su marido.

En verdad, no parece que la argumentación de nuestro más Alto Tribunal puede suscribirse completa y literalmente sin realizar algunas puntualizaciones. La primera guarda relación con el carácter del «reconocimiento» efectuado por el padre testador: si trata del reconocimiento propiamente dicho —como parece dar a entender al principio de su discurso el Tribunal Supremo— parece que, lógicamente, no podrá incidir ni desvirtuar la naturaleza jurídica del acto originario que se reconoce, pues de alterarlo dejaría de ser tal «reconocimiento». El análisis de este punto nos llevaría más lejos de lo que es un simple comentario de la sentencia, v.gr.: el reconocimiento como hecho y como acto o negocio jurídico de fijación o «acertamento», según la doctrina italiana. La segunda puntualización es la de que si el testador quiso reconocer a través de la fórmula testamentaria la propiedad transmitida en su día a la hija, el propio razonamiento parece poco consistente, ya que poco antes el propio Tribunal Supremo ha afirmado que no hay tal transmisión de propiedad, toda vez que la donación es inexistente; de modo que no pueda hablarse de ninguna *propiedad transmitida* a la hija, sino, a lo sumo, de una simple detentación, que ni siquiera llegaría a la categoría de posesión jurídica, pues se opone a ello la circunstancia, declarada por el propio Tribunal, de que no puede servir de justo título para la usucapión. También parece estar poco acorde el estimar ese reconocimiento como *institutio ex re certa*, ya que si el propio Tribunal rechaza en su fundamento 7.º su calificación como legado de cosa ajena, parece que con mayor motivo deberá rechazarse lo que constituye una disposición de mayor entidad, contradiciendo además aquella negativa la equiparación en este razonamiento al propio legado de cosa ajena. Por ello no está de más referirse, siquiera sea sucintamente, a ambas figuras jurídicas.

Sabido es que en punto a la admisión en nuestro Derecho de la *institutio ex re certa* se han marcado dos direcciones, que podemos llamar romanista —que la admite— y germanista —que la rechaza—. La sentencia comentada deja la cuestión en el aire, pues si bien comienza por configurarla como un supuesto de institución en cosa cierta y determinada, que contempla el artículo 768 del Código Civil, considera acto seguido a la heredera como legataria —mejor debió decir técnicamente prelegataria— a los efectos oportunos, vaga y equívoca expresión que deja sin determinar. A mi modo de ver, las razones para admitir la institución en cosa cierta con el alcance de verdadera y propia institución hereditaria son más convincentes que las opuestas, basadas en un cerrado dogmatismo. En efecto, si hay que atender a la voluntad del testador, verdadera ley del testamento; si se admite que el usufructuario universal vitalicio sea heredero (la fórmula frecuentemente empleada en los testamentos a favor del cónyuge es parecida a ésta: «Instituyo heredero usufructuario universal vitalicio a mi marido...»), lo que reporta evidentes ventajas, no sólo honoríficas, sino también efectivas (v.gr.: representa a la herencia, puede posesionarse de los bienes); si el bien en que consiste la institución puede ser el más importante jurídica y económicamente, y a falta de pre-

cepto expreso que lo prohíba, no parece que un discurrir meramente dogmático sea bastante para mantener solución negativa, máxime teniendo en cuenta que el testador puede instituir heredero a X, escuetamente, y a continuación asignarle para pago de la institución dispuesta a su favor un único bien, disponiendo que con la misma quede completamente pagado. Vía indirecta con la que se alcanza el mismo resultado que mediante la institución en cosa cierta. Y sólo a falta de voluntad claramente manifestada del testador o falta de adecuados medios interpretativos entrará en juego la norma del artículo 768, que envuelve una presunción legal, ya que el «será considerado» no quiere necesariamente decir ni tiene por qué ser equivalente a ser efectivamente legatario en todo caso.

En su fundamento 7.º, el Tribunal Supremo rechaza que tal reconocimiento pueda entrañar un legado de cosa ajena, admitido expresamente por el artículo 861 del Código Civil, del que es una manifestación el legado de cosa ganancial, que, en principio, es legado, en parte, de cosa propia y, en parte, de cosa ajena, dependiendo su final y definitiva calificación de que el bien legado se adjudique a la herencia del testador enteramente, sólo en parte o se adjudique al cónyuge del testador, figura recogida en el actual artículo 1.380 del Código Civil, habiéndolo sido también por la Ley 251 navarra. Al rechazar esta calificación y, por otra parte, dar a ese reconocimiento el valor de legado, no queda otra alternativa que la de considerarlo legado de cosa propia del testador, lo que presupone que se adjudique a su herencia.

F. C. L.

RETRACTO DE COLINDANTES. *Artículos 1.523 y 1.524 del Código Civil*
(SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1988).

Es preciso que el retrayente tenga un conocimiento cabal y completo, referido a todos los pactos y condiciones de la venta en el momento de su consumación, no en el de su perfección.

RETRACTO LEGAL. *Artículos 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941 y 66 del Reglamento aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941* (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1988).

Son competentes los Tribunales civiles y no la jurisdicción contencioso-administrativa en los retractos a favor del Patrimonio Forestal del Estado, pues se está en presencia de un mero acto de la Administración, no de un acto administrativo, pues dicha Ley se limita a atribuir la titularidad del derecho de retracto a la Administración, pero no consagra en precepto alguno la ejecutividad del acto de ejercicio de ese derecho, por lo que es evidente habrá que estar a la legislación civil para llevarlo a cabo.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SEGUNDA CONVOCATORIA DE JUNTA. Artículo 16, norma 2.ª, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1988).

Dicho precepto legal no se opone a que en el mismo escrito se convoque a los propietarios en primera y segunda convocatoria, esta última media hora después de no haberse podido celebrar la primera por falta de quórum.

Admite, de acuerdo con la sentencia recurrida, que el acuerdo de citación a junta sea tomado por el Presidente de la comunidad, aunque no exige el artículo 15, párrafos 1.º y 2.º, de la citada Ley que sea el mismo Presidente quien firme la citación o convocatoria, sino que ésta puede firmarla el Secretario o Administrador, siendo claro que la junta es convocada por el Presidente a través del Administrador de la comunidad, firmando este último.

ESCRITURA DE PODER. CESE EN EL CARGO DEL PODERDANTE (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1988).

Otorgado poder para pleitos por el Presidente de la comunidad de propietarios, que lo era en el momento del otorgamiento, dicho poder sigue siendo válido aun después de haber cesado en el cargo, ya que, conforme se declara reiteradamente (Sentencias de 23 de junio de 1909, 10 de febrero de 1915, 5 de julio de 1926, 5 de marzo de 1935, 4 de febrero de 1976), la validez del poder se determina por la fecha en que se otorgó a nombre de la correspondiente entidad jurídica, sin que obste que el poderdante hubiese luego cesado en el cargo.

PROPIEDAD HORIZONTAL. REPRESENTACION EN LA JUNTA (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1988).

La Ley de Propiedad Horizontal no impone la obligatoriedad de que los documentos acreditativos de las representaciones alegadas se incorporen al acta o se transcriban en ella.

USUCAPION (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1988).

Declara esta sentencia que «prescribe el dominio de los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años sin necesidad de título ni buena fe y sin distinción entre presunta y ausente, debiendo tenerse en cuenta para el cómputo del tiempo que el poseedor actual puede completar el necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante, así como que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, retrotrayéndose los efectos de la aceptación de la herencia siempre al momento de la muerte de la persona de quien se hereda, por lo que no cabe entender que se interrump-

quiera la posesión de los actores en caso de tenerla antes de la muerte de su causante, por el óbito del mismo, hasta el momento en que la adquirieron de nuevo como herederos de su finado padre. Segundo: Que esto no obstante, y si tenemos en cuenta la finalidad primaria del instituto de la prescripción adquisitiva o usucapión, que no es otra que legitimar, por razones de simple seguridad jurídica, la posesión como simple hecho, convirtiéndola en dominio, siempre que aquella mera apariencia externa de propiedad sea pública y pacíficamente reconocida por los demás, asiste únicamente al poseedor exclusivo frente a quienes no ostentan idéntica cualidad, ya que, en otro caso, cualquiera de ellos podría oponer a los demás un análogo derecho de prescripción sobre el bien por ellos poseído, derecho que por ser del mismo rango haría inútil al que se le opusiera. Tercero: Que si, en el supuesto de autos, acogiéramos la peregrina teoría sostenida por la recurrente de que el tiempo en que su padre poseyó la finca de autos —posesión, por lo demás, amparada en un título de dominio suficiente para su adquisición y, por tanto, no ejercitada con la finalidad de su ejercicio provocase la adquisición por prescripción de un bien que ya era propio—, debe contar en favor de la recurrente como tiempo de prescripción para adquirir el caserío de autos, por ser su referido padre causante de la actora, y ello debe surtir sus efectos precisamente contra sus propios hermanos, que ostentaban la misma cualidad de futuros herederos del mismo causante, y si se tiene en cuenta que no hay por qué fijar un límite máximo del tiempo de posesión del causante legitimador de esta posesión extraordinaria, podríamos incluso llegar a la disparatada conclusión de que si el padre —lo que en otros supuestos acontece con harta frecuencia— hubiera poseído como de su propiedad un bien inmueble por el tiempo suficiente para adquirirlo por usucapión, y ello aunque el dominio no se hubiera adquirido por tal institución prescriptiva, sino por cualquier otro mecanismo pacífico, todos y cualquiera de sus futuros herederos, y desde luego aquel a quien por cualquier mecanismo fuera a pasar la simple posesión de la finca, podría alegar su dominio sobre ella adquirido por un medio distinto al que legitimó la propiedad de que se entiende que se la transmitía hereditariamente, y ello frente a los demás coherederos, todos y cada uno de los cuales podrían igualmente oponer en su favor la existencia de una usucapión completada por el causante común, con lo que nos encontraríamos con tantos derechos análogos de prescripción sobre un mismo bien en favor de los coherederos como fuera su número, anómala situación jurídica que no admite su seria contemplación, por lo que deben expresamente rechazarse los motivos del recurso que llevan a ella.

DERECHO DE REVERSION. DONACION. Artículo 641 del Código Civil
(SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1988).

Reconoce, declarando no haber lugar al recurso de casación, la reversión a los herederos del donante de una finca al Ayuntamiento del pueblo, en cuya escritura figuraba la siguiente cláusula: «Si el Ayuntamiento algún día dejare de utilizar el mercado y lo abandonare, volverá el terreno a sus dueños o a sus herederos y el Ayuntamiento dispondrá de los materiales», al haberse probado en la instancia que la finca donada había dejado de utilizarse como mercado, encontrándose en estado semirruinoso.

ACCION PAULIANA (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1988).

Acreditado que al tiempo de constituirse la hipoteca existía una situación públicamente conocida y especialmente por el parte del acreedor hipotecario, de insolvencia del deudor, el cual tenía numerosas deudas de inminente vencimiento, careciendo de otros bienes distintos a los hipotecados, y que el deudor quiso favorecer al acreedor hipotecario otorgándole una preferencia que antes no tenía, se declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por éste, siendo procedente el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana por los acreedores perjudicados, reconociéndose la nulidad por rescisión de la hipoteca en superposición de garantía celebrada entre el deudor y el Banco, por estar hecha en fraude de acreedores.

COMUNIDAD DE BIENES. DIVISION (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1988).

Declara que el derecho a la división de la cosa común no puede quedar impedido por la simple oposición a las cuentas, a salvo los derechos que pudieran asistir a quien le invoca, pues entenderlo de otro modo equivaldría a desconocer el fundamento de la acción de división, que sobre la base de conceptuar a la copropiedad como una situación transitoria que no merece trato de favor, otorga a dicha acción un carácter absoluto, pues no reconoce excepción alguna a su ejercicio, es concebida como irrenunciable e imprescriptible y no se admite sino limitadamente el pacto de división (*sic*), llegando a decirse que la acción de división es una simple facultad (*res merae facultatis*) que nace y renace en todo momento de la relación de comunidad y ha de considerarse subsistente mientras la propia comunidad dure (*in facultatis non datur praescriptio*).

SERVIDUMBRES. SIGNO APARENTE. Artículos 541, 585 y 582 del Código Civil (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1988).

No es necesario que el signo aparente de servidumbre lo cree el propio dueño de ambos fundos, sino que basta con que, constando previamente las servidumbres a favor y en contra de las respectivas fincas, el adquirente de ellas, si una vez bajo su titularidad no las hace desaparecer, ello implica y comporta resultados equivalentes a la creación por él mismo de dichos signos que implícitamente ha consentido y aceptado.

IRREIVINDICABILIDAD. ADQUISICION «A NON DOMINO». Artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1988).

Declara, en conformidad con la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, anterior y posterior a la reforma hipotecaria de 1944 (v.gr.: Sentencias de 5 de enero de 1977 y 8 de mayo de 1982), que la buena fe del subadquirente no es la que proporciona la confianza en el Registro, sino

la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, radicando al propio tiempo en el desconocimiento del vicio que podía invalidar el derecho de su transferente.

PROPIEDAD HORIZONTAL. FACULTADES REPRESENTATIVAS DEL PRESIDENTE (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1988).

Declara que el presidente de la comunidad de propietarios, representante de ésta (art. 12 de la Ley de 21 de julio de 1960), actúa en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria; y su actuar lleva implícita la de todos los titulares, en juicio y fuera de él, y aunque tal atribución no le faculta para prescindir de los acuerdos de la junta de propietarios, asamblea deliberante donde se forma el querer del ente comunitario, sí sirve para interpretar la voluntad común, de manera que su actuación se ajuste a la «naturaleza del negocio» y a lo que haría un buen padre de familia.

PROPIEDAD HORIZONTAL. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE DIVIDIR LOS LOCALES (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

Los propietarios de locales comerciales, autorizados para proceder a su división en la escritura de constitución de propiedad horizontal, que, una vez divididos los locales, entregados con cerramiento provisional, procedieron a establecer salidas a un elemento común del edificio —patio abierto— de las que antes carecían, reclaman a la comunidad de propietarios tales accesos. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid, estimando parcialmente la demanda, declaró el carácter común del patio situado entre los dos cuerpos de la edificación que integran la comunidad de autos, la posibilidad de que el mismo sea utilizado por los distintos propietarios en la forma que resulta de aplicar la Ley, los estatutos y los reglamentos y acuerdos de la comunidad o, en su caso, las resoluciones judiciales recaídas como consecuencia de su impugnación, el derecho de los dueños de locales comerciales entregados con cerramiento provisional para sustituirlo o completarlo sin modificar la estructura del edificio y sin establecer salidas no existentes anteriormente y el derecho de dichos propietarios para dividirlos sin autorización de la comunidad, atribuyendo a los resultantes de la división cuotas cuya suma sea igual a la correspondiente al local dividido, desestimando la demanda en los demás pedimentos. Apelada esta sentencia por los actores, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, estimando parcialmente el recurso, revoca la sentencia apelada en cuanto al límite de su pronunciamiento tercero referido a las salidas de locales, que se reduce al tiempo posterior a la sustitución del cerramiento provisional, pudiendo hacerse en esta sustitución las necesarias para el acceso a los locales constituidos en uso de la cláusula 4.ª del título constitutivo. Interpuesto recurso de casación por la comunidad demandada y apelada, por infracción de los artículos 396, párrafo 1.º, del Código Civil, y 7, párrafo 1.º, de la Ley de 21 de julio de 1960, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el

Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso interpuesto, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado.

Primero.—Al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primer motivo del recurso denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, cuales son, en concreto, los proyectos original y reformado del edificio en cuestión, argumentándose que al entender la sentencia recurrida que en los citados proyectos se daba a la pared de los locales el destino de salida de los mismos al patio interior, se ha incurrido en el error de hecho denunciado. Pero la resolución recurrida no incide en tal error, pues, como literalmente expresa (fundamento de Derecho tercero): «No justifica la posibilidad de las aperturas de salidas prohibidas en la sentencia la certificación del folio 1, en la que se acredita la aprobación por la Comisión Municipal Permanente del proyecto del edificio, haciendo constar que sirve este patio 'para dar acceso a dos portales del conjunto de viviendas, así como a los locales comerciales situados en la planta baja del conjunto edificado'. Se trata de un documento administrativo que no puede ser vinculante. Lo decisivo es el título constitutivo de la propiedad horizontal, que no hace referencia a la exigencia de salida del local 4 a ese patio, aunque lo cita como límite».

El problema que el presente caso plantea es el de decidir si, como consecuencia de la facultad estatutaria de dividir los locales sin la autorización de la comunidad de propietarios (cláusula 4.ª), ello permite practicar salidas al patio común *no existentes anteriormente*. No se discute, pues, si los locales que, tanto en el proyecto como al ser entregados, tienen acceso a dicho patio, limitándose sus propietarios a sustituir los cerramientos provisionales de ladrillo por las correspondientes puertas. De ahí que el único pronunciamiento cuestionado de la sentencia de Primera Instancia sea el tercero, en el que se declara «*el derecho de los dueños de locales comerciales, entregados con cerramiento provisional para sustituirlo o completarlo, sin modificar la estructura del edificio y sin establecer salidas no existentes anteriormente*». Y no es precisamente en base al proyecto la razón que induce al Tribunal *a quo* a revocar la citada declaración, sino a una inadecuada interpretación de la facultad de dividir, por lo que procede la desestimación del motivo examinado.

Segundo.—En los motivos segundo, tercero y cuarto, formulados por la vía del artículo 1.692-5 de la Ley Procesal, se acusa infracción del artículo 396, párrafo 1.º, del Código Civil, y de los artículos 7, párrafo 1.º, y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

En efecto, el artículo 396, párrafo 1.º, del Código Civil establece que podrán ser objeto de propiedad separada «los diferentes pisos o locales de un edificio *o las partes de ellos* susceptibles de aprovechamiento independiente *por tener salida propia* a un elemento común de aquél o a la vía pública...». Y como alega el recurrente, del contenido de esta norma surge una primera limitación a la facultad de división concedida a los propietarios de los locales comerciales por la cláusula cuarta del título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio: tales propietarios pueden dividir sus locales, siempre que los resultantes de tal división sean susceptibles de aprovechamiento independiente «*por tener salida propia* a un elemento común o a la vía pública».

Una segunda limitación a la aludida facultad de dividir surge por apli-

cación del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto prohíbe que, como consecuencia de tal división, «se altere la seguridad del edificio, su estructura general, *su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario*». La alteración de la configuración o estado exterior por la apertura de tales accesos es clara en cuanto supone la existencia de huecos no previstos en el título constitutivo, y el perjuicio para otros propietarios también evidente en cuanto que habiendo adquirido sus viviendas con huecos, en algunos casos exclusivos, al patio interior —elemento común, según declara la sentencia—, la salida y acceso a los locales resultantes de la división a través del mismo viene a convertirle en vía pública, en perjuicio de la intimidad y tranquilidad de los demás propietarios.

Y, por último, una tercera limitación a la repetida facultad de dividir nace de la disposición contenida en el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto establece que cualquier alteración en las cosas comunes afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. Y como alega con acierto el recurrente, la posibilidad de apertura de accesos a los locales resultantes de la división que autoriza la cláusula cuarta del título constitutivo, determina una alteración del patio interior constituido en elemento común para luces y vistas de las viviendas que dan al mismo y acceso al portal número 2 bis de la calle de la Antigua, *en cuanto le convierte en acceso ilimitado de los locales comerciales que resulten de la división del correspondiente al número 4 de la escritura de división horizontal colindantes con el mismo*.

Al no haber respetado la resolución recurrida las citadas limitaciones a la facultad de dividir, es visto que incide en la infracción de las disposiciones citadas, por lo que procede la estimación de los motivos segundo, tercero y cuarto, lo que conlleva la del recurso, sin hacer declaración especial respecto a las costas causadas en las anteriores sentencias, y respecto a las del presente recurso procede la aplicación de lo previsto en el artículo 1.715, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

MODOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD. HALLAZGO. TESORO OCULTO.
Artículos 352, 449, 461, 531, 594 y 615 del Código Civil (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados que hallaron el tesoro y declara no haber lugar al interpuesto por otras partes litigantes, según las consideraciones que a continuación se exponen, de las cuales resultan claramente los hechos y las decisiones de los órganos judiciales de instancia.

Primero.—Para la debida comprensión y adecuada resolución del presente recurso, se hace imprescindible relacionar los hechos incuestionados que integran el soporte fáctico del proceso de que el mismo dimana, que son los siguientes: 1.º Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 20 de agosto de 1971, autorizada por el Notario de Teruel don Germán Cabrero Gallego, el hoy fallecido don J. A. S., padre y esposo, respectiva-

mente, de los demandantes, que son aquí recurrentes (aunque no los únicos), vendió la casa de su propiedad, sita en la calle Azagra, número 26, de Albarracín (Teruel), al Ayuntamiento de dicha ciudad, con la condición de que el comprador había de ceder dicha casa al Estado para la construcción de un Parador Nacional de Turismo, pactándose en tal escritura que en el caso de que las obras del referido Parador Nacional no dieran comienzo en el plazo de dos años, a contar desde el 20 de agosto de 1971, el vendedor se reservaba el derecho de retraer la finca vendida, devolviéndola al Ayuntamiento comprador la cantidad-precio de la misma, que fue de 2.549.980,80 pesetas, conteniéndose, además, en la referida escritura pública, bajo la letra *b*), otro pacto, cláusula o condición, del siguiente tenor literal: «No forman parte de la venta y se considerarán siempre propiedad del vendedor todos aquellos objetos ocultos o cuya existencia se ignora de valor artístico o histórico y cuanto se entiende por tesoro según el Código Civil». 2.º Habiendo transcurrido el plazo de dos años sin que hubieran dado comienzo las obras del proyectado Parador Nacional de Turismo, en 26 de febrero de 1976, doña C. S. V. y doña C., doña P., don J. y don M. A. S., viuda e hijos, respectivamente, del vendedor don J. A. S. (que había fallecido el 3 de diciembre de 1975), en su calidad de herederos del mismo, renunciaron expresamente al derecho de retracto que, en la citada escritura pública, se había reservado el vendedor para el expresado supuesto de no comienzo de las obras del Parador en el indicado plazo de dos años. 3.º Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 27 de enero de 1981, autorizada por el Notario de Teruel don F. M. G., el Ayuntamiento de Albarracín vendió la expresada casa (menos el corral de la misma) a don C. A. M., por el precio de 4.225.225 pesetas, sin pactarse en dicha escritura ninguna reserva de derechos a favor de nadie. 4.º Con ocasión de las obras de restauración que don C. A. M. estaba realizando en la referida casa de su propiedad, el día 22 de diciembre de 1982, uno de los operarios, llamado don J. A. C., que trabajaba a las órdenes del señor A., cuando estaba picando un tabique o pared, en su interior, debajo de unas piedras, encontró casualmente un bote de hojalata, provisto de tapadera del mismo material, con un peso de unos tres kilogramos aproximadamente, llegando a dicho lugar un segundo operario, llamado don C. N. T., que fue avisado por el primero, y entre los dos hicieron entrega al señor A. y a su yerno don S. A., que no estaban presentes en dicho lugar, del mencionado bote, que contenía 248 ó 249 monedas de oro de diferentes tamaños, acuñaciones, pesos y años, y diversos documentos, uno de los cuales (pues los otros carecen de interés para lo que es objeto de litis), escrito a mano, es del siguiente tenor literal: «Factura del dinero que hay aquí mío procedente de los muchos años que estube (*sic*) en la Carrera Militar.—Hon... 64... 1024 Ds.—Medias... 12... 96 Ds.—De a 4 Ds... 35... 140 Ds.—De a 2 Ds... 38... 76 Ds.—De a 1 Ds... 100... 100 Ds.—1436 Ds.—Cuyo dinero no tiene ninguna dependencia ni relación con la casa o familia siendo peculiar y pribatibamente (*sic*) mío.—Albarracín y Julio 9 de 1836.—Miguel Navarro y Asensio.—Rubricado». 5.º Conocidos tales hechos por rumor público, se iniciaron, en virtud de denuncia formulada por don J. A. S. V., actuaciones penales (Diligencias Previas número 94/83 del Juzgado de Instrucción de Teruel), en el curso de las cuales, al negar, en principio, el señor A. M. y su yerno señor A. la realidad del citado hallazgo, se lograron recuperar 245 de las expresadas monedas, así como los documentos que se hallaban en el inte-

rior del bote. 6.º En las aludidas Diligencias penales, el citado Juzgado de Instrucción dictó auto, confirmado en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel, por el que acordó el archivo de las mismas y el depósito de las referidas 245 monedas de oro en el Banco de España, en donde actualmente se hallan, hasta que por la jurisdicción civil se resuelva sobre la propiedad o posesión de ellas.

Segundo.—Promovido, ante el Juzgado de Primera Instancia de Teruel, juicio declarativo de mayor cuantía, por doña C. S. V. J. y doña C., doña P., don J. y don J. M. A. S. V. contra don C. A. M. (como propietario de la casa en donde tuvo lugar el mencionado hallazgo) y contra don J. A. C. y don J. C. N. T. (como realizadores de tal hallazgo), con la pretensión de que se les declare propietarios únicos de las citadas 245 monedas de oro, y habiendo los demandados señores A. C. y N. T. formulado reconvencción no sólo contra los mencionados actores, sino también contra el codemandado señor A. M., con la pretensión de que se declare la propiedad que estiman corresponderles sobre la mitad de las aludidas monedas, por su calidad de descubridores casuales de las mismas, en dicho proceso el Juez de Primera Instancia del expresado Juzgado dictó sentencia de fecha 12 de noviembre de 1984, por la que declaró que los demandantes son propietarios de la mitad de las expresadas monedas y los demandados don J. A. C. y don J. C. N. T. lo son de la otra mitad. En el correspondiente recurso de apelación, que interpusieron los demandantes y el demandado don C. A. M., la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia de fecha 26 de diciembre de 1985, por la que, revocando totalmente la sentencia de primer grado, desestima la demanda formulada por los actores contra todos los demandados, a quienes absuelve de la misma, así como también desestima la reconvencción formulada por los demandados don J. A. C. y don J. C. N. T. contra los citados actores, a quienes absuelve de la misma, y se abstiene de pronunciarse sobre la reconvencción que dichos demandados formularon también contra el codemandado señor A. M., por considerarla procesalmente inviable. Contra la expresada sentencia de la Sala *a quo* han interpuesto sendos recursos de casación, por un lado, los actores, y por otro, los demandados, cuyos recursos habrán de ser estudiados por dicho orden, no sólo por ser ése el cronológico de sus respectivas interposiciones, sino también porque la resolución del segundo podría venir determinada por la que haya de merecer el primero.

Tercero.—La cuestión fundamental que los actores en la instancia, y aquí primeros recurrentes, someten a la resolución de este Tribunal, a través del primero de sus motivos, que articulan por el cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que denuncian infracción de los artículos 352 y 615, párrafo 1.º, del Código Civil, y que constituye el *punctum pruriens* o tema nuclear de toda la cuestión litigiosa a que se refiere este recurso, es la atinente a determinar si el bote de hojalata con su contenido de monedas y documentos, que ya ha quedado descrito en el apartado 4.º del fundamento primero de esta resolución, ha de merecer o no la conceptualización legal de tesoro oculto. Para que dicha conceptualización pueda ser atribuida a un depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos es requisito ineludible que no tenga propietario conocido («inhallabilidad» del dueño), como ya exigía la Ley 45, título 28, de la Partida 3.ª («si el thesoro es tal que ningund ome non pueda saber quién lo y metió, nin cuyo es»),

y como reitera expresamente el artículo 352 del Código Civil, cuando condiciona la consideración legal de tesoro a que no conste la legítima pertenencia del expresado depósito oculto e ignorado, requisito que habrá de estimarse concurrente, con la consiguiente atribución al hallazgo de la expresada concepción legal, no sólo, como es obvio, cuando sea desconocida en absoluto la identidad del dueño originario que efectuó o por cuya orden se realizó la ocultación, sino también cuando, aun siendo conocida la identidad del mismo, la excesiva lejanía en el tiempo haga prácticamente imposible, a través de las intermedias transmisiones hereditarias que hayan podido producirse, venir en conocimiento de quiénes sean los sucesores del referido dueño originario y, por ende, legítimos propietarios actuales del mencionado hallazgo, supuesto que estimamos es el contemplado en el presente caso litigioso, ya que si bien aparece probado que el dueño originario de las monedas ahora descubiertas era don Miguel Navarro y Asensio, según consta en el documento de fecha 9 de julio de 1836, hallado dentro del mismo bote que las contenía, la circunstancia, por un lado, de la gran distancia cronológica existente entre las fechas de la ocultación y del hallazgo (casi siglo y medio, concretamente ciento cuarenta y seis años), y, por otro, el hecho de que el referido don Miguel Navarro y Asensio no tenía con los hermanos demandantes, aquí primeros recurrentes, señores A. y S. V., un parentesco en línea recta, sino sólo en la colateral, pues era hermano del tercer abuelo o tatarabuelo del padre de los mismos, hacen prácticamente imposible la averiguación, cuyo cometido entrañaría un supuesto típico de la llamada «*probatio diabólica*», y mucho más la prueba fehaciente de quiénes sean, a través de las numerosas sucesiones intermedias, los actuales sucesores hereditarios del referido don Miguel, condición que, por supuesto, los referidos demandantes no han probado que concorra en ellos, como acertadamente entiende la sentencia recurrida, cuya valoración probatoria al respecto, que no ha sido impugnada por los recurrentes por el cauce adecuado ni por ningún otro, ha de ser mantenida incólume, todo lo cual debe comportar el decaimiento del motivo que acaba de ser examinado y el mantenimiento, por tanto, de la atribución que la sentencia recurrida hace al depósito de las referidas monedas de la concepción legal de tesoro oculto.

Cuarto.—El segundo de los motivos que los demandantes, aquí primeros recurrentes, articulan por el cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por el que denuncian infracción —por no aplicación— de los artículos 449 y 461 del Código Civil, ha de ser también desestimado, pues los citados preceptos, que sólo establecen las presunciones posesorias, de naturaleza *iuris tantum*, que los mismos determinan (la de que la posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos, y la de que la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero, carecen de posible aplicación al presente supuesto litigioso, en donde no se cuestiona problema posesorio alguno, sino el de la titularidad dominical de un tesoro oculto, que viene expresa y específicamente determinada por los artículos 351 y 614 del Código Civil, de aplicación única y preferente, y que excluyen toda la virtualidad de las referidas presunciones posesorias o de cualquier otra.

Quinto.—Con carácter subsidiario, para el supuesto de desestimación de los dos primeros motivos ya examinados, y sobre la base de la cláusula

o condición *b)* de la escritura pública de fecha 20 de agosto de 1971, por la que don J. A. S., esposo y padre, respectivamente, de los demandantes, vendió al Ayuntamiento de Albarracín (Teruel) la casa en la que luego fueron descubiertas las monedas litigiosas, por cuya cláusula o condición *b)*, que ya hemos transcrito literalmente en el apartado 1.º del fundamento primero de esta resolución, el citado vendedor se reservó la propiedad de todos aquellos objetos ocultos o cuya existencia se ignore, de valor artístico o histórico, y cuanto se entiende por tesoro según el Código Civil, que pudieran aparecer en la casa vendida, los mismos recurrentes articulan los motivos tercero y cuarto, ambos por el cauce del ordinal 5.º del artículo pertinente de la Ley Procesal Civil, por los que denuncian infracción del artículo 594 en relación con el 531, ambos del Código Civil (en el tercero), e infracción de los artículos 1, 3.º, y 13, en relación con el 38, 1.º, y 32 de la Ley Hipotecaria (en el cuarto), cuyos motivos han de ser estudiados conjuntamente, dada la íntima conexión que los recurrentes establecen entre ellos, y los cuales deben fenecer, por las siguientes razones: 1.ª Porque en realidad, a través de los mismos, lo que los recurrentes tratan de impugnar es la interpretación que la Sala *a quo* ha hecho de la citada cláusula o condición *b)* de la escritura pública de compraventa de fecha 20 de agosto de 1971, cuya impugnación tratan de hacerla sin mencionar siquiera, ni mucho menos concretar, cuál o cuáles de los preceptos reguladores de la interpretación contractual (arts. 1.281 a 1.289 del Código Civil) consideran que la expresada Sala ha infringido al realizar la exégesis de la aludida cláusula o condición contractual, lo que ya, por sí solo, sería suficiente para la mencionada desestimación de los motivos que se examinan. 2.ª Es doctrina reiterada de esta Sala (Sentencias de 4 de mayo de 1984; 18 de enero y 26 de diciembre de 1985; 10, 19 y 24 de febrero de 1986, entre otras) la de que la interpretación de los contratos es función que compete a la Sala de Instancia, cuyo resultado no puede ser atacado en casación, salvo que se acredite que éste aparece como ilógico o contrario a la Ley, calificativos que, como seguidamente veremos, no son predicables respecto de la interpretación contractual operada por la Sala *a quo*, cuyas consecuencias, por ende, deben ser respetadas. 3.ª La mencionada cláusula contractual, pactada en la ya citada escritura pública de compraventa entre el señor A. S., como vendedor de la casa, y el Ayuntamiento de Albarracín, como comprador de la misma, por la que el primero se reservaba un hipotético y cuestionable derecho de propiedad sobre unos indeterminados e ignorados bienes muebles, que en el futuro pudieran aparecer o ser descubiertos en la casa vendida («todos aquellos objetos ocultos o cuya existencia se ignora, de valor artístico o histórico, y cuanto se entiende por tesoro según el Código Civil»), aparte de no poder ser entendida en modo alguno como creadora o constitutiva de ningún gravamen, servidumbre o carga real sobre el inmueble vendido, pues ninguna reserva del derecho de propiedad sobre unos reales o hipotéticos bienes muebles, por mucha fuerza vinculante que tenga entre los estipulantes de la misma, puede suponer la creación o surgimiento de una servidumbre, carga real o gravamen sobre el inmueble que pueda contenerlos, no tiene (la referida cláusula), como acertadamente entiende la Sala *a quo*, más efectos que los estrictamente obligacionales, que no son objeto de esta litis, entre quienes la pactaron y sus herederos (art. 1.257 del Código Civil); pero que, por mucha que sea la fuerza expansiva que la dirección técnica de los recurrentes haya pretendido, *in voce*, en el acto de la vista

de este recurso, atribuir al principio *standum est chartae*, que establece el artículo 3 de la Compilación de Aragón, a pesar de no haberlo citado como infringido en ninguno de los motivos de su escrito de interposición del recurso, en modo alguno puede vincular al tercer adquirente y propietario actual de la casa, en cuyo título adquisitivo no se consignó la mencionada cláusula ni ninguna otra similar, sin que, por otra parte, el hecho de que la misma, con un, tal vez, demasiado amplio criterio registral, tuviera acceso al Registro de la Propiedad, cuando fue inscrita la adquisición de la casa por el Ayuntamiento de Albarracín, pueda afectar a los futuros adquirentes de tal casa, porque, como ya se ha dicho, con dicha cláusula no se constituyó derecho real de clase alguna sobre la casa vendida, sino que exclusivamente se refería a la reserva, con efectos meramente obligacionales entre quienes la pactaron, de un hipotético derecho de propiedad sobre bienes muebles, y el régimen jurídico de esta clase de bienes no se halla amparado por la acción protectora de los principios hipotecarios, salvo en supuestos excepcionales (hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento, venta de bienes muebles a plazos), con los que el presente caso litigioso no guarda relación alguna.

Sexto.—La desestimación de todos los motivos del recurso interpuesto por los demandantes, primeros recurrentes, nos lleva necesariamente al estudio del que también han intervenido los demandados, segundos recurrentes, don J. A. C. y don J. C. N. T., que lo articulan a través de tres motivos. En cuanto al primero de ellos, aunque no mencionan siquiera cuál es el ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro del cual pretenden encauzarlo, y por el que dicen denunciar infracción del artículo 542, 2.º, de la misma Ley, de la lectura del desarrollo del mismo, que hacen en el escrito de interposición del recurso, ha de entenderse, pese a su muy defectuosa formulación, que lo articulan por el cauce del primer inciso del ordinal 3.º del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, denunciando quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, concretamente el artículo 359 de la repetida Ley, por haber incidido la sentencia recurrida en incongruencia, al no haberse pronunciado en cuanto al fondo de la pretensión que dichos recurrentes habían formulado en el proceso de que este recurso dimana. Si bien es cierto que procesalmente no es admisible la reconvencción que un demandado formula contra su codemandado, al no existir en el proceso trámite hábil para que el demandado reconvenido pueda contestar a la acción que en su contra ejercita el reconviniente (Sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 1975 y 3 de julio de 1978), también lo es que, al haber afirmado el demandado don C. A. M., en su escrito de contestación a la demanda, que se consideraba dueño exclusivo del tesoro litigioso, por ser el propietario de la casa en que el mismo había sido descubierto, los codemandados señores A. C. y N. T., que se estimaban propietarios de la mitad de dicho tesoro, en cuanto descubridores casuales del mismo, al contestar a la demanda que contra todos tenían formulada los actores, a los que ya nos hemos referido en los fundamentos anteriores, aunque con la denominación incorrecta de reconvencción, lo que hicieron, aprovechando que la relación jurídico-procesal estaba constituida correctamente entre todos los interesados en el asunto litigioso (menos el Estado, cuyos derechos, que le puedan corresponder con arreglo a la legislación aplicable sobre el patrimonio histórico, en ningún caso quedarán afectados por la reso-

lución de este litigio), fue deducir una demanda principal contra el code mandado don C. A. M., que si bien debería haber dado motivo a la formación de autos independientes, posteriormente habría conducido a la acumulación de éstos a los inicialmente formados al tener que ser resueltos los dos por una sola y única sentencia (arts. 161, 5.º, y 162, 6.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), cuya tácita acumulación de autos se hizo en la no correcta forma ya expresada, pero con la que no se ha producido situación de indefensión alguna para el demandado señor A. M., el cual, en su escrito de contestación a la demanda formulada por los actores, en vez de limitarse a pedir que se le absolviera de la misma, ya formuló el *petitum* de su referido escrito de contestación en los siguientes términos: «Previos los demás trámites legales procedentes, dictar sentencia por la que sean desestimadas todas y cada una de las pretensiones de los demandantes, *así como las que puedan formular los demandados*, en su contestación, absolviendo a todos los efectos a esta parte demandada y declarar no haber lugar a nada de lo que se solicita por la contraparte y *demás demandados*» (folio 91 de los autos), y, además, aunque no existió trámite de réplica, por haber renunciado los actores a la réplica, el Juzgado dio traslado al señor A. M. de la mal llamada reconvencción que contra él formularon los codemandados señores A. C. y N. T. para que contestara a la misma, cuyo trámite evacuó el señor A. M., oponiéndose de nuevo a las pretensiones de sus codemandados (folios 116 a 119 de los autos), por lo que al no haber existido indefensión alguna para el señor A. M., carece de toda justificación el obligar a los señores A. C. y N. T. a acudir a un nuevo e innecesario proceso para que se resuelva sobre su pretensión, la cual puede y debe ser resuelta en el proceso a que este recurso se refiere sin merma de garantía alguna, cuya no resolución actual conculcaría incluso el derecho que el artículo 24, 2.º, de nuestra Constitución concede a los ciudadanos a un proceso sin dilaciones indebidas, por lo que al no haber la sentencia recurrida resuelto la referida pretensión incurrió en incongruencia, con la consiguiente infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha de llevar a la estimación del motivo que hemos examinado.

Séptimo.—Los motivos segundo y tercero, que los recurrentes señores A. C. y N. T. formulan sin mencionar tampoco el número del ordinal pertinente a través del cual pretenden articularlos, y por los que denuncian infracción —por inaplicación— de los artículos 351, 2.º, y 614 del Código Civil (en el segundo), y de los artículos 609 y 610 del mismo Código (en el tercero), han de fenecer, por superfluos e innecesarios, toda vez que al haber la sentencia recurrida dejado de pronunciarse en cuanto al fondo de la pretensión deducida por dichos recurrentes, como ya se ha dicho en el fundamento anterior, no ha tenido posibilidad de aplicar o no los preceptos que se invocan como infringidos o algunos de ellos, lo que imposibilita toda censura acerca de ello.

Octavo.—El acogimiento del primero de los motivos del recurso interpuesto por los demandados señores A. C. y N. T., con la consiguiente estimación del referido recurso, obliga a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate, acerca del cual ha de hacerse constar que, sin perjuicio de mantener el pronunciamiento que la sentencia recurrida hace sobre la desestimación de la demanda formulada por los actores,

como se desprende de la desestimación que aquí hacemos del recurso de casación por ellos interpuesto, ha de resolverse sobre la propiedad del tesoro oculto objeto de litis o de lo que el Estado haya de abonar (en el caso de que le corresponda la propiedad del mismo, según la legislación sobre patrimonio histórico que fuere aplicable a este supuesto), lo que se hace en los siguientes términos: la mitad de dicho tesoro o, en su caso, de lo que el Estado haya de abonar por el mismo, corresponde al demandado don C. A. M., en cuanto propietario de la casa en que dicho tesoro se hallaba, y la otra mitad, por partes iguales, a los demandados don J. A. C. y don J. C. N. T., toda vez que aparece probado en autos que fueron los que descubrieron dicho tesoro, por casualidad, cuando, como albañiles, trabajaban en las obras de restauración de la mencionada casa, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 351 y 614 del Código Civil o, en su caso, de la legislación sobre patrimonio histórico que pudiera ser aplicable a este supuesto.

COMENTARIO.—Han sido decisivos para la resolución del pleito dos tipos de consideraciones: Uno, derivado de que la cláusula contenida en la escritura de compraventa al Ayuntamiento sólo puede tener valor, en principio, frente a éste, pero no frente a otro sucesivo o ulterior adquirente, por carecer de trascendencia real. Y aunque la finca en que se realizó el hallazgo no se hubiese transmitido a un tercer comprador, parece que tampoco hubiera tenido virtualidad la cláusula frente a los halladores del tesoro oculto, aunque quienes lo encontrasen hubiesen trabajado contratados por el Ayuntamiento, en cuanto a la mitad correspondiente a los mismos. Para que dicha cláusula hubiera surtido algún efecto en el sentido pretendido por los primitivos vendedores es preciso que hubiere sido completada poco más o menos así: «A fin de que esta cláusula, que constituye condición esencial de la presente compraventa, produzca efectos frente a terceras personas, la parte compradora se obliga a hacerla constar en las transmisiones que otorgue o contratos que celebre relativos a la finca transmitida. Y para el supuesto de que, por cualquier causa, la misma careciese de efectividad, el Ayuntamiento se obliga a indemnizar a los vendedores, cualesquiera que sean las transmisiones efectuadas y el tiempo transcurrido, o a sus herederos, en la cantidad igual al valor total del hallazgo o tesoro efectuado». La otra consideración es la de no existir parentesco en línea recta entre el primitivo propietario del tesoro y quienes vendieron la finca al Ayuntamiento, sin que éstos acreditasen ser herederos de aquél.

Es más bien escasa la literatura jurídica, antigua y moderna, sobre el tema, no obstante la importancia que actualmente ha adquirido. Por ello no está de más decir algunas palabras al respecto.

A mi modo de ver, los requisitos actuales para que pueda hablarse de *tesoro oculto*, desde el punto de vista legal, son:

1.º *Ocultación*, lo cual implica una circunstancia de carácter físico y otra de carácter intelectual, consistentes, respectivamente, en que el objeto no se encuentre a la vista (pues de estarlo se aplicaría la doctrina de la ocupación) y no se sepa ciertamente ni existan indicios de esa ocultación. Esto es así porque si se sabe ciertamente su ocultación por motivos de seguridad o cualquier otro, no merece tal calificativo. En este sentido, ya manifestó PAULO que «si alguien esconde alguna cosa bajo

tierra por ánimo de lucro (v.gr.: para evitar impuestos, diríamos hoy), o por miedo o por razones de seguridad, no hay tal tesoro. Y si quien lo encuentra se lo apropia comete hurto» («Si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non este thesaurus; cuius etiam furtum fit». D., 41, 1, 31, 1).

2.º *Cosa mueble de valor*, pues si bien la clásica definición romana lo limitaba a los bienes muebles metálicos (*pecuniae*), ya una Ley del Emperador LEÓN lo refirió a todos los muebles en general (*vetustiori mobilia*). Este requisito impide considerar como tesoro el pavimento de mosaico romano descubierto casualmente en un fondo.

En este sentido, califica el tesoro el Código Civil francés como «toda cosa escondida o enterrada sobre la que nadie puede acreditar su propiedad y que es descubierta por azar» (art. 716, párr. 2.º), y el italiano entiende por tesoro «cualquier cosa mueble de valor, escondida o enterrada, de la que nadie puede probar ser dueño» (art. 932, párr. 1.º). En análogo sentido, el artículo 723 del Código Civil suizo, mientras que para el B. G. B. se trata de «una cosa que ha permanecido oculta tanto tiempo que no puede averiguarse quién es el propietario» (parág. 984). Pero notemos que la circunstancia de ignorar quién sea el dueño es común a otros modos originarios de adquirir la propiedad (v.gr.: ocupación, art. 610 del Código Civil), por lo que no es nota peculiar del tesoro oculto, que baste a diferenciarlo de otras instituciones.

F. C. L.

B) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

LEGITIMAS EN CATALUÑA. SU PAGO (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1988).

Admite los anticipos de legítima, conforme a la facilidad reservada en capitulaciones matrimoniales, aplicando el artículo 132 de la Compilación catalana.

DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO PLENAMENTE. DERECHO TRANSITORIO (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1988).

Reconoce los derechos sucesorios a favor de la adoptada plena, cuya adoptante se había obligado a instituir la heredera en la porción que la Ley señala a los hijos legítimos, habiendo fallecido bajo testamento, en el que omitió tal disposición a favor de la adoptada, conforme a la legis-

lación vigente en el momento de otorgarse la escritura pública de adopción, en la que se contiene tal estipulación.

LEGÍTIMA EN CATALUÑA. PAGO. INTERESES. TUTELA. RESPONSABILIDAD DEL TUTOR. *Artículo 139 de la Compilación catalana* (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona (Sala 2.ª de lo Civil), que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hospitalet de Llobregat, conforme a los siguientes fundamentos:

I. Los actores de este proceso son los herederos de don J. M. A. y reclaman la legítima que a su causante correspondía en la herencia de la madre de éste, doña M. A. M., frente al demandado, heredero universal de doña M. Asimismo, reclaman daños y perjuicios irrogados por la actuación sucesiva de doña M. y de su heredero, como tutores de su causante, durante el período de su incapacidad legal (desde el 11 de diciembre de 1952 hasta el 8 de abril de 1976), que le llevaron, por negligencia de los tutores, a perder su parte en la herencia de su padre y marido de doña M. La sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de l'Hospitalet de Llobregat, condena al demandado heredero a que satisfaga a los actores la cuarta parte de los bienes relictos de doña M. A. M., más intereses legales, a partir de la fecha de su muerte y a la indemnización de daños y perjuicios por el demandado, como consecuencia de su actuación como tutor del causante de los actores.

II. Recurre la sentencia la actual heredera de quien fue demandado, fallecido en el curso del proceso, con un único motivo, que fundamenta en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo infringido el artículo 139, 3.º, de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña y el artículo 4, 1.º, del Código Civil, al exponer que la legítima no debe devengar intereses en el caso, para el tiempo en el cual el legitimario vive en casa y compañía del heredero y a sus expensas. En el actual proceso, arguye el recurrente, no se dio el supuesto de la convivencia, porque heredero y legitimario tenían domicilios distintos; pero el legitimario, hasta que murió (6 de septiembre de 1978), ya capaz, vivió antes y después de la muerte de su madre en una casa de la herencia, cultivando la tierra de la finca de la que usaba y disfrutaba, situación que entiende susceptible de aplicación analógica del citado precepto de la Compilación, con la consecuencia de enervar el devengo de los intereses, a cuyo pago condena la sentencia impugnada.

III. La base de aplicación del artículo 139, 3.º, de la Compilación, en cuanto releva del pago de intereses de la legítima debida al heredero o usufructuario universal, viene motivada, según Sentencia de esta Sala de fecha 24 de marzo de 1962, en una especie de compensación de tales intereses por alimentos, que consisten, según los artículos 142 y 146 del Código Civil, en una amplia asistencia, que comprende, según una varia-

ble proporción entre los medios de quien los recibe, sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. Ello se traduce en una actitud activa de atenciones que, indudablemente, requieren una base probatoria que no se da en este supuesto, ya que no hay declaración en tal sentido, en las sentencias de Primera Instancia y apelación, ni resultan de la prueba de confesión, ni de una vaga y dubitativa testifical, ni siquiera trató de probar en el proceso el demandado la naturaleza y extensión de sus prestaciones. Antes bien, resulta un abandono de la atención debida a persona que estuvo largo tiempo incapacitada, perdiendo derechos hereditarios, sin constitución de organismo tutelar e incluso con oposición de su tutor a la petición de pobreza para promover el proceso en el que recuperó su capacidad. De modo que ni existía convivencia en casa (presupuesto legal) ni prestaciones alimentarias equivalentes que pudieran constituir el fundamento de una aplicación analógica, con sus requisitos de falta de norma específica e identidad de razón de aplicación de otra (Sentencias de esta Sala de 7 de enero de 1981 y 14 de julio de 1986, entre otras).

TESTAMENTO Y CODICILO EN BALEARES. PARTICION DE HERENCIA. ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Mahón, conforme a los siguientes fundamentos:

1. El mejor entendimiento de la cuestión traída al recurso hace preciso conocer las circunstancias que la determinaron, para lo que bastará recoger resumidamente los antecedentes, con gran claridad expuestos en la sentencia recurrida, y señalar lo que gravita en los motivos con los que se articula o fundamenta: *a)* En 16 de agosto de 1979 fallece don I. P. V., viudo de doña M. F. G.; del matrimonio nacieron tres hijos, R., I. y M. P. F.; habiendo otorgado testamento ológrafo, que lleva fecha 20 de febrero de 1978, completado con otro al que el testador denomina codicilo de 6 de diciembre del propio año, documentos ambos debidamente protocolizados; en dicho testamento se instituye herederos a los tres hijos del causante y se hace una serie de legados a cada uno de ellos, con lo que se viene a distribuir la totalidad del caudal hereditario, salvo algunos muebles y tres inmuebles reseñados por la recurrente en su escrito de demanda, disponiéndose en cuanto a las deudas que pudieran gravar la herencia sean satisfechas por los tres instituidos herederos por partes iguales. *b)* Don I. y don M. promovieron en 1981 juicio voluntario de testamentaria para la división y adjudicación de la herencia, sustanciado con la intervención de doña R., en el que tras diversos incidentes se dicta Auto por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en grado de apelación, de fecha 24 de octubre de 1985, confirmando la resolución de Primera Instancia, teniendo por separados del juicio a sus promotores. *c)* En 8 de mayo de 1984, don M., por sí y en representación de su hermano don I.,

otorga escritura pública de aceptación de la herencia de don I. P. V. y adjudicación de los bienes que de dicha herencia les han correspondido, prometiendo entregar determinada finca a doña R. para dar cumplimiento a la voluntad del causante, así como los demás bienes constitutivos del legado específico a su favor; en la relación de bienes se incluyen aquellos tres inmuebles reseñados por la recurrente de los que no dispuso el testador, los que son adjudicados a los otorgantes don M. y don I. d) En el presente recurso gravita como cuestión fundamental, hasta el punto de servir de apoyo a cuatro de los motivos de los cinco del recurso, la interposición por los hermanos don I. y don M. de aquel juicio voluntario de testamentaría, calificado de «acto propio», al que incompatibiliza con el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes.

2. Se denuncia en el primer motivo del recurso, amparado en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los artículos 359 y 372, números 3.º y 4.º, de la expresada Ley, relativos, el primero, a la congruencia que han de guardar las sentencias, y aquellos números del segundo, a la apreciación de los puntos de Derecho fijados por las partes dando las razones y fundamentos legales procedentes para el fallo, y el pronunciamiento del fallo, en los términos prevenidos en los artículos 359 y 360; en cuanto a la primera cuestión, si por incongruencia hemos de entender la disconformidad o discrepancia entre suplico de la demanda o, en su caso, reconvención y parte dispositiva o fallo de la sentencia que se tacha de incongruente, confrontados los pronunciamientos que del Juzgado se suplican: declarar la nulidad de la escritura pública de 8 de mayo de 1984 y la de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad en contemplación de la susodicha escritura, con el fallo de la sentencia, conforme al cual se declara la nulidad de dicha escritura, si bien se dice únicamente en cuanto en mérito de ella los demandados se adjudicaron de la herencia de don I. P. V. las fincas que se relacionan, así como la de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad en virtud de los actos ahora declarados nulos, ordenándose la cancelación de dichos asientos registrales, es visto se da absoluta conformidad, pues el condenar a menos de lo pedido no altera la congruencia, sin que ello afecte el que, como se quiere hacer ver en el desarrollo del motivo, si por voluntad de don I. y don M. la partición y adjudicación de la herencia en su integridad se encomendaba al juicio voluntario de testamentaría, en lo que se hallaban comprometidos, se contradicen al otorgar la escritura de 8 de mayo de 1984, por lo que al conceptuarlo de acto propio les vetaba de dicho otorgamiento, y al no haber sido objeto de atención por el juzgador constituye una clara inobservancia de cuanto dispone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y no le afecta como se indica por cuanto la sentencia de Primera Instancia no le dio más trascendencia que la de haber sido rechazado por don I. y don M. como medios para dilucidar la cuestión, sentencia que no fue recurrida por doña R. y que, en consecuencia, delimita el ámbito jurisdiccional del recurso de apelación; como no menos porque fijaba la situación jurídica de la actora y hoy recurrente en el fundamento de Derecho de dicha sentencia aceptado por la de apelación, con arreglo a la que giran los razonamientos jurídicos de la misma sin hacer referencia concreta a la situación creada por la interposición del mencionado juicio de testamentaría, es porque no había de afectar a la conclusión

final, a la que llega conducido por dichos razonamientos jurídicos, que para nada los interfiere, no pasando de mera anécdota; y como con respecto a aquella otra alegación referente a la forma en la que han de dictarse las sentencias, la recurrida cumple con los requisitos recogidos en aquellos números 3.º y 4.º del artículo 372, citado, ya se razona con amplitud, claridad y precisión, conducente al fallo totalmente congruente con las pretensiones de la parte actora, si bien lo sea en menos de lo pedido, el motivo ha de ser desestimado.

3. Se denuncia en el segundo de los motivos, amparado en la causa 5.ª del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de los números 4.º y 6.º del artículo 1 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial reflejada en las sentencias que se citan, en cuanto a la fuerza vinculante del acto propio, en el supuesto de autos, al haber don I. y don M. planteado el juicio voluntario de testamentaría encaminado a inventariar, liquidar, partir y adjudicar la herencia de su padre don I. P. V., toda vez que estando comprometidos con dicho juicio por propia iniciativa procedieron «contradiciéndose» al otorgamiento de la escritura de 8 de mayo de 1984, lo que ha de llevar consigo la incorrección jurídica del instrumento público en cuestión implicative de una posterior conducta en desacuerdo con el susodicho «acto propio»; mas yerra la recurrente al calificar de «acto propio», al que refiere el principio de Derecho reconocido por la jurisprudencia de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», aquel planteamiento de juicio voluntario de testamentaría, pues si dichos «actos propios» son los que como expresión inequívoca del consentimiento se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor, no cabe entender, como no entendió el juzgador de Instancia, que el simple planteamiento de un proceso judicial a los fines de dilucidar una situación jurídica en conflicto, por entender era válido para ello, pueda arrastrar a seguirle y prohibir cualquier conducta posterior apartándose del mismo, cual pretende la recurrente, ni se crea, ni se modifica, ni se extingue derecho subjetivo alguno, máxime cuando no se trata de burlar la Ley o menoscabar el interés o derecho de la parte que se cree perjudicada, a la que asisten cuantas acciones puedan emanar de la situación jurídica que en la herencia de su causante le asistan, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

4. En el tercer motivo, por igual vía que su anterior, se denuncia la infracción del número 2 del artículo 6 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial reflejada en las sentencias de esta Sala que se citan, en relación con la renuncia de derechos, con lo que se viene a plantear una tercera cuestión de orden a aquel juicio voluntario de testamentaría al que se viene haciendo referencia, ahora al entender que si el testamento ológrafo bajo el que falleció don I. P. V. entrañaba una «partición parcial» por el que los herederos adquirieron el derecho de distribuir el caudal relicto, resulta indudable que la actitud de don I. y don M. al promover dicho juicio es acto concluyente sobre la renuncia a los derechos dimanantes de aquella partición del testador y consecuente «su toma de partido por la distribución de bienes a través del juicio de testamentaría»; aparte de que a diferencia de los aspectos o consecuencias que se quieren derivar de la tan repetida iniciación de aquel juicio de testamentaría que se contempla en los motivos anteriores, eran cuestiones debatidas, la una en cuanto podría afectar a la congruencia, la otra en su significación de

acto propio, la que se trae a este tercer motivo, al no haber sido objeto de discusión en la litis en resolución, en la sentencia ha de ser calificada de cuestión nueva y por ello vedada para su acceso al recurso; pero es que, además, el acudir al juicio de testamentaria no es acto concluyente del que pueda entenderse renunciados aquellos derechos derivados del testamento, puesto que cabe interpretar de muy diverso modo, pues si, por un lado, se ha de pasar por la partición hecha por el testador, cuando los herederos no se entendieren habrá que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, nada obsta que llegado tal entendimiento siempre existirá la posibilidad de prescindir del procedimiento, luego no cabe entender que al acudir al mismo suponga la renuncia de un derecho que al heredero corresponde mientras penda la liquidación total de la sucesión; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

6. El motivo quinto, último del recurso, amparado en la causa 5.ª del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.056 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial reflejada, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1961, al considerar erróneamente la resolución recurrida que el testamento rector de la sucesión de don I. P. entraña una partición parcial de su herencia, que ha de respetarse, la que contradice la citada sentencia; es de tener en cuenta que, según sienta la expresada sentencia, la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio, lo que hay que entender de pleno conocimiento de ello, por lo que no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante, supuesto bien distinto al que se contempla en el recurso en el que el testador hace una distribución y adjudicación de la plena totalidad de sus bienes que constituyen su herencia, como no menos respecto a las deudas al disponer sean pagadas por los instituidos herederos por iguales partes, y como expresión de ser esta distribución total la que responde a su voluntad con emotivas palabras dice que «todo cuanto dispongo me lo ha dictado el corazón y abrigo la esperanza de que comprenderéis que al disponer esta repartición entre vosotros sólo me guía el deseo de que ninguno de vosotros salga perjudicado respecto los demás, y querría haber acertado para que al disfrutar de ello guardéis el mejor recuerdo mío y no dudéis de cuánto os he querido a todos», y si bien en el complementario que dice codicilo hace referencia a los bienes omitidos, un chalet y un piso, aclara el uno por olvido y el otro por adquisición posterior, y según reseña la recurrente aún existe una tercera finca, es claro que todo ello no representa sino una mínima parte dentro de la totalidad de la herencia, que cabe encajar en lo dispuesto por el artículo 1.079, como entiende el juzgador de instancia, y no cabiendo duda que no resulta infringido el artículo 1.056 del Código Civil, el motivo ha de ser desestimado.

TESTAMENTO. REVOCACION (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1988).

La voluntad que se exige en el artículo 739, 1.º, del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior puede ser no sólo la «expresa» allí mencionada, sino también la «deducida», que acoge el artículo 675 del mismo Cuerpo legal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Valencia, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esa capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1.º El único problema de fondo que se discutió en el pleito de que trae causa el presente recurso, y que constituye también la esencia de los seis motivos casacionales en que se ampara el mismo, gira en torno de la solución legal y doctrinal que haya de darse a la revocación tácita de los testamentos. La parte recurrente ampara su primer motivo en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los restantes cinco siguientes en el ordinal 5.º del mismo artículo, denunciando, respectivamente, error en la apreciación de la prueba documental, referida al propio testamento cuestionado, e infracciones de los artículos 675; 739, 1.º; 1.281, 2.º, y jurisprudencia concordante, en lo referente a la interpretación que deba darse a los actos de última voluntad otorgados por la testadora; y como unos y otros cauces procesales empleados vienen referidos al mismo y único punto fáctico y doctrinal de una pretendida compatibilidad entre los testamentos otorgados por doña P. M. en 21 de julio de 1980 y 22 de enero de 1981, resulta necesario estudiar conjuntamente todos los motivos aducidos, realmente referidos a un proceso interpretativo, exponiendo separadamente el desarrollo de la cuestión doctrinal y la fundamentación propia del caso concreto.

2.º El tema de la revocación testamentaria tácita puede plantearse, en el plano de *lege ferenda*, en una doble vertiente: el mero otorgamiento del nuevo testamento, considerado de manera global, deja sin efecto el testamento anterior, igualmente considerado de forma unitaria, o más bien, la revocación sólo debe producirse en tanto en cuanto que el contenido de la última disposición testamentaria sea incompatible con el de la anterior; nuestro Código Civil se inclina por el sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior, y en el artículo 739, 1.º, establece: «El testamento anterior queda revocado de Derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte». Este sistema, que goza de las ventajas de la sencillez, ha prevalecido en la aplicación práctica del Derecho, imponiéndose el criterio rigorista de exigir que la manifestación de voluntad del testador, dejando subsistente todo o parte del anterior testamento, tenga que aparecer constatada explícitamente en el posterior; rigorismo en contradicción con la realidad práctica de que el causante, en ciertos casos, haya querido solamente complementar, aclarar o interpretar su disposición anterior, deduciéndose claramente del propio tenor testamentario su voluntad compatibilizadora, pero sin la constancia expresa. La armonización hermenéutica es posible hacerla conciliando el comentado artículo 739 del Código Civil, con el 675 del mismo Cuerpo legal, e interpretando la segunda disposición testamentaria conforme a la verdadera intención del testador, deducida del propio tenor del testamento, y admitiendo la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con los del posterior, según la prevalente voluntad del *de cuius*, implícita en la disposición testamentaria, y deducida del sentido literal de sus palabras; postura más acorde

con la moderna doctrina científica, al entender que la «voluntad» que se exige en el artículo 739, 1.º, del Código Civil para dejar subsistente un testamento anterior puede no sólo ser la «expresa» allí mencionada, sino también la «deducida», que acoge el artículo 675 del mismo Cuerpo legal; doctrina integradora que ya hizo suya la Dirección General de los Registros en varias resoluciones.

3.º Sin apartarse de la doctrina que se acaba de exponer, y con estricta sujeción a la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a la aplicación del artículo 675 del Código Civil, es necesario dejar señalado aquí, como jurisprudencia pacífica, que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», y sólo para el caso de que surgiera la duda, «se observará lo que aparezca más conforme con la intención», pero siempre «según el tenor del mismo testamento»; sin que, por otra parte, sea lícito al intérprete extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención (Sentencias de 5 de marzo de 1944, 6 de febrero de 1958, 19 de noviembre de 1964, 5 de junio de 1979 y 24 de marzo de 1982). Así, pues, habida cuenta de todo lo expuesto, las precedentes reglas interpretativas nos conducen a la obligada conclusión de que doña P. M. O. no quiso en ningún momento compatibilizar sus diversos testamentos, pues aun en los dos primeros, que en nada afectan al problema aquí debatido, cuando decide hacer solamente un pequeño legado relativo a ropas usadas y nombrar el albacea, lo efectúa mediante una disposición revestida de todos los elementos necesarios, y repitiendo o reiterando la institución de heredero que ya tenía efectuada. En el tercer testamento —disposición que se pretende compatibilizar con el último— cambia la testadora de voluntad e instituye herederas a sus sobrinas, convirtiendo al recurrente en legatario de la casa de la localidad de Gilet y del saldo de las cuentas habidas en la Caja de Ahorros de Valencia: voluntad que nuevamente sufre una radical transformación en el definitivo testamento de fecha 21 de enero de 1981, ya que en éste sus sobrinas pasan a ser únicamente legatarias del saldo de la libreta de ahorro abierta en la Caja de Sagunto; aparece un nuevo albacea con facultades no sólo para retirar y entregar a los legatarios los fondos existentes en la Caja de Sagunto, sino también para disponer de la totalidad del saldo de la Caja de Valencia, que en el anterior testamento constituía parte del legado del recurrente, y significativamente expresa, por último, su voluntad clara y terminante de permanecer, por el momento, sin heredero instituido, ya que, según dice, «no lo tiene decidido y lo deja para un último testamento»; voluntad definitiva la citada, puesto que no se otorgó posterior disposición testamentaria, que constituye la ley fundamental de la sucesión, sin permitir modificación de clase alguna después de la muerte del *de cuius*, y tal modificación se produciría contraviniendo tanto la voluntad «expresa» como la «deducida» de doña P., si se accediera a la pretendida compatibilización de los testamentos, pues resultaría que la causante tendría unos herederos expresamente no queridos por ella y unos legatarios distintos de los pensados últimamente, tanto en lo que respecta a la adjudicación de ropas como en lo relativo a la casa de Gilet y al saldo de las

cuentas de la Caja de Ahorros de Valencia; interpretación comparativa que imposibilita la coexistencia de los testamentos de fecha 21 de junio de 1980 y 22 de enero de 1981, según la voluntad de la testadora, directamente deducida del tenor de las disposiciones testamentarias.

COMENTARIO.—No podía ser otra la solución del litigio, dada la terminante redacción del artículo 739, párrafo 1.º, del Código Civil, ya que aunque la jurisprudencia ha pretendido atenuar el rigorismo formal de este precepto, hace falta siempre que exista una voluntad del testador, si bien imperfectamente manifestada, favorable a la coexistencia y compatibilidad entre las varias disposiciones testamentarias (dos o más) para que las anteriores no se entiendan revocadas por las posteriores prevaleciendo la última. Lo que, evidentemente, no sucede en el presente caso, pues la propia testadora dice ser su voluntad dejar el nombramiento de heredero para otro testamento posterior, que, por cierto, no llegó a otorgar. Por lo que se impone la apertura de la sucesión intestada, conforme al artículo 912, número 2.º, del Código Civil, en cuanto a los bienes de que no ha dispuesto la testadora en su último testamento, a favor de sus más próximos parientes, sobrinos de la testadora, entre ellos las dos sobrinas legatarias en éste; sin que, en consecuencia, corresponda derecho alguno al extraño, actor, apelado y recurrente, que había sido instituido heredero en los dos primeros testamentos y legatario en el tercero, sin nombrarlo en el cuarto y último, conteniendo los tres primeros institución de heredero.

PARTICION (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Daroca por el demandado y apelado, conforme a los siguientes fundamentos, de los que se desprenden los hechos que motivan el pleito.

1. Que la única cuestión debatida en el litigio mantenido entre los hermanos don A. y don P. S. R., el primero en calidad de actor y el segundo en la de demandado, versa sobre la interpretación del alcance que haya de concedérsele a la tercera de las cláusulas contenidas en el testamento abierto otorgado por su padre don P. S. G. el día 26 de diciembre de 1972, cláusula expresiva de que instituye herederos a sus dos hijos A. y P., distribuyéndose las fincas como ya las tienen recibidas, para su administración y cultivo, sosteniendo don A. que las fincas en cuestión habían sido administradas conjuntamente por ambos hermanos hasta la fecha del fallecimiento de su padre e incluso con posterioridad hasta el momento en que en el juicio de testamentaría seguido fue encomendada su administración a un tercero, y, por el contrario, don P., que los dos hermanos cultivaban las que expresamente les había adjudicado en vida el padre común, postulando, en definitiva, don A. que los bienes del causante, a excepción de dos legados establecidos por éste, debían adjudicarse a los dos herederos instituidos por partes iguales y no en la forma en que habían sido adjudicados en el cuaderno particional realizado

por el contador dirimente señor D. S. en el juicio voluntario de testamento origen de las presentes actuaciones.

2. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, desestimando el pedimento de la demanda antes concretado, aprobó el cuaderno particional a que también se ha hecho mérito, y recurrida la expresada sentencia por don A. S. R., la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza la revocó parcialmente, acogiendo, en definitiva, todas las pretensiones de la demanda, interponiendo contra la misma el demandado don P. S. R. el presente recurso de casación, que articula a través de tres motivos, con la pretensión de cuestionar la terminante aseveración contenida en el segundo considerando de la sentencia recurrida, según la que «pese a la afirmación del padre en el testamento del 26 de diciembre de 1972, en el que manifestó que instituía herederos a sus dos hijos, distribuyéndoles las fincas como ya las tenían recibidas para su administración y cultivo, lo cierto es que no ha resultado acreditado que el padre entregara a los hijos ninguna finca para que la administraran y cultivaran», y combatir la apreciación de pruebas y de su resultancia a favor de la tesis de que las fincas eran administradas y cultivadas por ambos hermanos.

COMENTARIO.—Es lástima que la sentencia no transcriba literalmente la cláusula testamentaria cuya aplicación se discute, pues de su redacción literal podría desprenderse si se refiere a la institución de herederos o a la partición, según la previa cuota de igualdad entre los dos hermanos. Parece inclinar a esto último el nombramiento de albacea, quien en la interpretación de esa cláusula asignó determinadas fincas en el cuaderno particional a cada uno de los dos hermanos. Esta posibilidad cierra el paso, al menos en principio, a entender que lo que se quiso con dicha cláusula fue dejar un portillo abierto para que el mismo testador efectuase la partición a través de la asignación de las fincas para su administración y cultivo a los hijos, pues, en todo caso, la partición se presupone que habría de ser previa a la disposición testamentaria. Y al no resultar acreditado así, fue congruente la sentencia de la Audiencia, confirmada por el Tribunal Supremo en la decisión adoptada.

Una vez más debe insistirse en la necesidad de que en la redacción del instrumento público se observe la necesaria claridad, sin términos oscuros ni ambiguos, tanto más necesaria en los actos de última voluntad, por la fundamental razón de que si se yerra no puede volver a enderezarse, como decía gráficamente el Rey Sabio, ni puede ser objeto de explicación por el otorgante, que ha fallecido.

USUFRUCTO (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1988).

Declara que la viuda usufructuaria, por disposición testamentaria de su marido, del usufructo del tercio de libre disposición y a la que, al mismo tiempo, la corresponde el usufructo del tercio de mejora, por ministerio de la Ley, no puede ejercitar, antes de la liquidación de la sociedad conyugal y partición o adjudicación de la herencia, la acción reivindicatoria del derecho real de usufructo respecto a bienes concretos y determinados, ya que este derecho real no se origina a favor de los copartíci-

pes en una comunidad hereditaria ni por el testamento ni por la declaración de herederos abintestato, habida cuenta de que, conforme al artículo 1.068 del Código Civil, sólo la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, lo que hace que al no derivar de la comunidad hereditaria una atribución concreta de bienes carezca, en principio, el heredero de la legitimación para reivindicar dada la indeterminación de sus derechos hasta las pertinentes adjudicaciones, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 10 de noviembre de 1965 y 16 de septiembre de 1985.

NOTA.—Quizá hubiera sido otra la resolución de haberse ejercitado, en vez de la acción reivindicatoria, la acción de petición de herencia. Como el usufructuario viene considerado como legatario, a menos que el causante expresamente le atribuya la cualidad de heredero, cabe discutir si como tal legatario podría ejercitar una acción que, por su carácter universal, parece que compete a los herederos. Si esto es así, el usufructuario tendría que comenzar por concretar su derecho, bien de acuerdo con los demás interesados en la herencia, bien a través del juicio de testamentaría. Aunque no lo dice la sentencia, parece obvio que los bienes eran privativos del causante, pues de haber sido comunes del matrimonio, la viuda no sería sólo usufructuaria, sino también copropietaria en cuanto a su participación en la disuelta comunidad conyugal. Es de lamentar el modo sucinto en que se producen algunas de las sentencias, que impide un exacto y detallado conocimiento de las circunstancias de hecho.