

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA. CAUSA FALSA. Artículo 1.218 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1987).

La eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo ni a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Laotour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandante y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de la misma capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Primero.—1. Como ya ha declarado reiteradamente esta Sala, principalmente en Sentencia de 24 de abril de 1961, y reiterado con posterioridad, es bien conocida la doctrina jurisprudencial tendente a destacar las grandes dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y *por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad*, lo que obliga, en la totalidad de los casos, a deducir la simulación de la prueba indirecta de las presunciones, que requieren dos extremos, cuales son, de una parte, la prueba plena de unos hechos ciertos, y de otra, la deducción lógica de los ocasionantes de la simulación, con enlace preciso y directo entre una y otra.

2. Partiendo de esta premisa, la sentencia dictada por la Sala de Instancia, y que ahora se impugna en el primero de los motivos del recurso por el cauce formal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene en cuenta toda una serie de hechos que, unidos al análisis del contenido de las escrituras públicas aportadas a los autos, le

llevan a la conclusión de la simulación de los negocios jurídicos que documentan, razones por las cuales no cabe estimar la tesis del ahora recurrente y que, fundamentalmente, se basa en la titularidad formularia y documental de las escrituras, haciendo tabla rasa de los demás elementos de juicio, que son los que realmente conforman la simulación del negocio jurídico.

Segundo.—1. Conforme a los dictados del artículo 1.218 del Código Civil, los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, sin que sea dable una interpretación extensiva, toda vez que, como ha podido precisar una copiosa jurisprudencia, el valor o eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo o a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, ya que la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias de 15 de febrero de 1982, 14 de febrero de 1983 y 4 de febrero de 1986), y sin que esta clase de pruebas pueda considerarse superior a las demás en concurrencia con ellas para demostrar un hecho concreto objeto de la estipulación documental (Sentencias de 8 de marzo y 27 de mayo de 1983, 11 de noviembre de 1985 y 4 de febrero de 1986).

2. Así las cosas, es conforme y correcta la doctrina de la sentencia de Instancia cuando, en el fundamento de Derecho correspondiente, sienta la premisa de que la fuerza probatoria de los documentos públicos frente a terceros no se extiende a la veracidad de las manifestaciones consignadas en ellos por los interesados, sino que éstas pueden quedar destruidas en el litigio por los demás elementos de prueba unidos a las actuaciones, lo que le lleva a concluir, tras un minucioso análisis de las pruebas practicadas, la simulación de las escrituras que se esgrimen como título de la tercería ejercitada, deviniendo así inoperante el segundo de los motivos del recurso, fundado en la infracción del precepto sustantivo al principio de este apartado enunciado.

Tercero.—1. Sabido es que nuestro Código Civil, fiel a la tradicional teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*colorem habet, substantiam vero nullam*) y que configura la llamada *simulación absoluta*, y el otro, aquél en que la declaración falsa representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantia vero alteram*) y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o simplemente de simulación relativa.

Esta dicotomía ha llevado a precisar a la jurisprudencia que al existir una discrepancia total entre la voluntad real y la declarada faltan los elementos necesarios para que el negocio jurídico nazca, supuesto predicable de la simulación absoluta, a la par que cuando de simulación relativa se trata, el contrato disimulado puede ser válido si es lícito y reúne, además, los requisitos correspondientes a su naturaleza, cuestión ésta de extremada delicadeza por las repercusiones que puede provocar en la seguridad jurídica, y de ahí que, las más de las veces, sólo encuentre su operatividad entre las partes que los concertaron y sus causahabientes, y de ahí el que sea esta misma jurisprudencia la que, saliendo al paso de posibles fraudes, haya puntualizado para ambos supuestos que al no haber en la escritura pública una compraventa ficticia ni existir una expresa

manifestación de la *causa donandi*, no sólo será nula la venta por simulación absoluta, sino que también alcanzará a la donación (Sentencias de 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1985, 14 de mayo de 1966, 4 de diciembre de 1975 y 22 de febrero de 1986), en relación con el artículo 633 del Código Civil.

2. Aun dando por supuesto la deslealtad procesal que supone el dar al olvido la tesis de Instancia para formular ahora, tras un giro copernicano, un fundamento nuevo a la tesis que se postula en el tercero de los motivos del recurso, es lo cierto que su improsperabilidad es manifiesta por cuanto no es dable proceder *per saltum* en casación para traer a debate una cuestión que no fue propuesta en su momento oportuno, amén de que su inoperatividad sería también evidente teniendo en cuenta la doctrina de que se ha hecho mérito últimamente.

Cuarto.—Finalmente, el último de los motivos del recurso, fundado en la presunción posesoria del artículo 449 del Código Civil, tiene una formulación gratuita en tanto en cuanto olvida los fundamentos fácticos de la sentencia de Instancia, donde, entre otros extremos que al efecto interesan, se afirma que no puede prevalecer la declaración del representante de la entidad que nombra y cuya factura acompaña, y en la que aparecen ciertos muebles vendidos al actor, y ello, añade la resolución de la Audiencia, porque *en todo momento ha sido el demandado el propietario del piso* y la presunción posesoria del artículo 449 del Código Civil no ha sido desvirtuada por la parte actora, y porque no ha justificado que en aquella fecha poseyera bienes suficientes para efectuar una compra de bienes muebles por un elevado importe dinerario.

F. C. L.

SIMULACION RELATIVA. DONACION DISFRAZADA BAJO COMPRAVENTA. REVOCACION POR INGRATITUD. Artículo 648, párrafo 1.º, del Código Civil (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1987).

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Quintanar de la Orden, confirmada por la de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, declaró la nulidad de la venta simulada y la validez de la donación encubierta, sin estimar causa de revocación por ingratitud del donatario, a pesar de que éste había sido condenado por delito de coacciones, consistente en haber cortado varias veces el suministro de agua a la vivienda ocupada por el donante. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, confirma la primera parte de la apelada, pero la revoca en cuanto a la causa de ingratitud, que estima existente, y, en consecuencia, deja sin efecto la donación, estimando el recurso interpuesto por el demandante y apelante, conforme a los siguientes fundamentos:

1. La impugnación que se formula en este recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación por la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, se concreta a la cuestión jurídica, pues los tres motivos de que aquel recurso consta se basan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, la resolución del mismo ha de partir de los hechos probados en la Instancia, que son esen-

cialmente los siguientes: a) El recurrente, demandante, es tío del recurrido, demandado. El padre de éste falleció en 1954 y a poco el recurrente se hizo cargo de la administración de las fincas del demandado y su familia. b) El recurrente había heredado de su padre una bodega, que es objeto del pleito, la que utilizó casi exclusivamente para hacer y almacenar el vino procedente de las fincas que administraba y de las suyas, y con el dinero que obtenía con la venta del vino y créditos concedidos, en su mayoría avalados por el demandado y por su madre, hermana del recurrente, ampliaba y mejoraba la bodega de su propiedad hasta que adquirió una notables proporciones y dependencias. c) Ambos litigantes, tío y sobrino, otorgaron el 11 de agosto de 1977 una escritura de compraventa por la que el primero vendía al segundo una tierra de secano por un precio de 8.000 pesetas, que el vendedor declaró haber recibido ya, y la bodega a que se ha hecho referencia, por un importe de 800.000 pesetas, de las que el vendedor declaró haber recibido 270.000 pesetas, y las restantes 530.000 pesetas las retuvo en su poder el comprador para satisfacer dos préstamos hipotecarios que gravaban la bodega, de los que consta que uno de ellos fue pagado en su último plazo por la madre del recurrido el 28 de abril de 1978. d) En julio de 1981, el actual recurrido se hizo cargo de la administración de sus propiedades y firmó un documento privado redactado por el actor, en el que reconocía que su tío le cedió a título gratuito su finca bodega (compuesta de dos pisos, así como jardín y cercado que hay frente a la misma), y al mismo tiempo cede al actor de por vida la vivienda que existe en la actualidad en la bodega con los citados dos pisos y jardín y le asigna una renta anual de 350.000 pesetas, en virtud de lo cual el demandado pagó al actor 250.000 pesetas, que recibió, e intentó pagarle otras sumas, que no recogió. e) Se ha probado que una vez que el recurrido se hizo cargo de la administración de sus propiedades empeoraron las relaciones familiares, suscitándose varios procesos judiciales entre ellos, uno de los cuales consistente en denuncia del 23 de julio de 1982 por delito de coacciones que el recurrente formuló contra su sobrino, llegándose a instruir diligencias preparatorias, de las que conoció en Primera Instancia el Juzgado de Instrucción de Quintanar de la Orden, que dictó Sentencia absolutoria el 27 de enero de 1984, y recurrida, fue revocada por la Audiencia Provincial de Toledo, por Sentencia de 9 de junio del mismo año, condenando al recurrido, como autor de un delito de coacciones, previsto y penado en el artículo 496 del Código Penal, a las penas de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 pesetas, con arresto sustitutorio y accesorias; siendo los hechos que motivaron dicha condena el haber cortado el acusado en varias ocasiones, después de febrero de 1982, el suministro de agua a la vivienda que cedió de modo vitalicio a su tío, que, a su vez, le había donado la finca y bodega en que radicaba dicha vivienda, valiéndose para ese corte de que la conducción de agua a la vivienda pasaba por la bodega del acusado. f) La sentencia de Primera Instancia, apreciando que en la compraventa constatada en la escritura de 11 de agosto de 1977 no hubo precio, por no probarse su pago, y que el relativo a la bodega vendida, de 800.000 pesetas, es muy inferior al dado por tasación pericial en 1977, de 20.520.963 pesetas, declara la nulidad de la venta por simulación de una donación, accediendo así a la primera de las peticiones de la demanda, y a continuación desestima la segunda, al declarar la validez de la donación encubierta. g) Apelada la sentencia de primer grado por el demandante, únicamente el liti-

gio quedó reducido, como hace observar la sentencia ahora impugnada, al extremo referente a la declaración de validez de la donación disimulada, así como de la improcedencia de su revocación por causa de ingratitud, extremo sobre el que la sentencia recurrida, confirmando la apelada, se pronuncia para desestimarla y considerar no existente la alegada causa revocatoria; en definitiva, dando validez a la repetida donación.

2. Frente a esa resultancia fáctica, el recurso formula sus motivos basados, como ya se ha dicho, en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de ellos acusa la infracción por «aplicación errónea» del artículo 633, en relación con el 1.276, ambos del Código Civil. En su desarrollo examina varias sentencias de esta Sala, de las que deduce que es nula la donación encubierta bajo la forma de compraventa por no reunir los requisitos legales que se exigen en los artículos invocados como infringidos para la validez de la donación. El caso de donación encubierta bajo la forma de compraventa ha sido muy estudiado por la doctrina científica, y reconociéndose en numerosas sentencias de esta Sala la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa (Sentencias de 19 de enero de 1950, 31 de enero de 1955, 2 de junio de 1956, 16 de octubre de 1965 y 31 de mayo de 1982). Pero de otras resoluciones (Sentencias de 29 de enero de 1945, 15 de enero de 1959, 13 de mayo de 1965, 6 de octubre de 1977 y otras) se deduce que se ha negado dicha validez para la donación en la escritura de venta. Para resolver este problema jurídico ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, de las que en el ahora debatido se deduce que por el precio más bien simbólico dado a los inmuebles vendidos, por la aceptación del simulado comprador de la venta que se le hace, la descripción de los bienes objeto del contrato y sus cargas, la causa gratuita que de todo ello deriva y los actos posteriores de los contratantes, revelados, sobre todo, en el documento privado de 1981, por el que el donatario cede vitaliciamente el uso y disfrute de una vivienda y anejos a favor de su tío, que no tiene otra causa que el reconocimiento del sobrino a la anterior liberalidad de aquél; de todo ello deriva, decimos, que existió en el caso debatido una verdadera donación dotada de todos los requisitos que la hacen eficaz en este aspecto y que sirven para desestimar el motivo que se ha examinado.

3. Procede ahora el examen del motivo tercero, que con el mismo apoyo procesal que los anteriores estima como infringido, por interpretación errónea, «el número 1.º del artículo 648 del Código Civil y números 2.º y 3.º», y se desarrolla sobre la base de que en el proceso penal iniciado por el recurrente contra el recurrido, su sobrino y donatario, éste resultó condenado por un delito de coacción por Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha 22 de octubre de 1983. La sentencia impugnada ha estimado que este hecho no debe incluirse en el número 1.º del artículo 648 del Código Civil como causa de revocación de donaciones por ingratitud; sin embargo, es de tener en cuenta que el citado precepto legal se refiere como causa de revocación de donaciones al hecho de «cometer el donatario algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante», expresiones que por su literalidad no hay que reconducir a títulos del Código Penal en concreto, pues no existen con esas palabras más que el título de «delitos contra las personas», de ahí que la norma haya de interpretarse, como hace gran parte de la doctrina científica, en

el sentido de que no es preciso para que se produzca el efecto revocatorio que se trate de uno de los delitos catalogados en el Código Penal contra las personas, la honestidad a la propiedad, sino que el precepto se refiere a todos aquellos por los cuales resulte ofendido el donante que revelen ingratitud. Así lo es, sin duda, la condena por un delito de coacciones que afecta a la libertad y seguridad de la persona del donante, puesto que es innegable que un delito de esa naturaleza recae directamente sobre la persona física del sujeto pasivo, que se ve constreñido o coartado en su libertad de conducta, sea ésta lícita o ilícita, y sufre personalmente los efectos de la conducta del agente o sujeto activo del delito. Criterio análogo ha seguido la Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1983, de la que se deduce que no sólo cuando haya delito declarado, y frente al sujeto pasivo del mismo, actúa esta causa de revocación de donaciones por ingratitud, sino también, aunque otro de los donantes no sea, a la sazón, sujeto pasivo y para el que la acción delictiva sobre el otro repercute solamente como conducta socialmente reproachable o condenable, que es suficiente para la revocación sin necesidad de que formalmente haya sido declarado delito. Por lo expuesto es procedente la estimación de este motivo, y sin necesidad de resolver sobre el segundo, dar lugar a la casación de la sentencia, con estimación de la petición que en quinto lugar del suplico de la demanda se formula con carácter subsidiario, acordando, por tanto, la revocación de la donación por causa de ingratitud, por darse el caso que señala el número 1.º del artículo 648 del Código Civil.

F. C. L.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. PROPIA IMAGEN. *Artículo 1.902 del Código Civil y Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1987).*

Los actores, apelantes y recurrentes, trabajadores de la Empresa Hispano-Olivetti en Barcelona, durante la campaña electoral celebrada con motivo de las elecciones al Congreso y al Senado tuvieron la sorpresa de que la asociación política demandada, Esquerra Republicana de Cataluña, utilizaba para su propaganda un cartel en el que aparecían los actores saliendo de la fábrica cuya titularidad pertenece a la Empresa antedicha, y en dicho cartel se había introducido una bandera catalana, trucando, en su caso, la fotografía, que sin autorización alguna de los demandantes se había hecho por orden de la Esquerra demandada. El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona condenó a la Esquerra a satisfacer a los actores 400.000 pesetas, suma que fue aumentada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona hasta un millón de pesetas. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto, en base a los siguientes fundamentos de Derecho:

Imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un proce-

dimiento mecánico o técnico de reproducción, y en sentido jurídico, habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad. Aun cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos, y contingentes las más de las veces, es lo cierto que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida tendrá un derecho al resarcimiento por violación de un derecho a la intimidad, pretensión que se ha canalizado por los cauces del artículo 1.902 del Código Civil y que últimamente ha encontrado su normativa adecuada por la publicación de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, que tutela el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Es doctrina ya muy reiterada de esta Sala, cuando de daños morales se trata, postulados al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, que la cuantía del daño, o mejor y más propiamente, el *quantum de la indemnización*, en principio, no puede ser discutido en casación, so pena de convertir este recurso extraordinario en una Tercera Instancia, siquiera en algún caso se haya apuntado la posibilidad de combatir las bases cuando de ello hubiere una prueba evidente que resultare de la resolución impugnada.

Mas es el caso que en el supuesto ahora enjuiciado se ataca el *quantum*, lo que conlleva el decaimiento de los dos primeros motivos del recurso primeramente articulado por los perjudicados de la difusión de sus imágenes: el primero, amparado en el artículo 1.692, 4.º, y en el que se denuncia la disconformidad con la valoración del daño moral causado, y el segundo, bajo el mismo ordinal, en cuanto lo ampara en el artículo 1.902 del Código Civil, inaplicable al caso de autos en tanto en cuanto la Ley Orgánica ya calendarada ha de primar, como Ley posterior y especial, a la genérica invocada.

Asimismo, ha de decaer el tercero y último de los motivos, en que, bajo el ordinal 5.º del artículo 1.692, se denuncia la infracción del artículo 9, apartado 2.º, de la Ley Orgánica citada, en tanto en cuanto entiende que no se han tomado las medidas previstas en la citada disposición en orden a prevenir ulteriores intromisiones, toda vez que dicha regla no se impone imperativamente al Juez en el sentido de que *ex officio iudicis* haga uso de la misma, sino que por estar prevista para un proceso civil ordinario ha de seguir las reglas generales de petición de parte y prueba consiguiente, con observancia del principio de contradicción, y en el escrito rector del proceso los afectados por la difusión se limitaron a demandar la tutela por vulneración del derecho a la propia imagen, sin interesar la medida que ahora se postula con carácter de cuestión nueva, vedada a la casación, como tantas veces se ha dicho.

F. C. L.

DEPOSITO IRREGULAR. NATURALEZA JURIDICA. PRENDA SOBRE CREDITOS. COMPENSACION LEGAL. Artículos 1.195, 1.196, 1.198, 1.200, 1.202, 1.766 y 1.768 del Código Civil, y 309 del Código de Comercio (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Banco Intercontinental Español, S. A. (Bankinter), demandó a la Caja Rural fundado en que don D. C. P. era deudor al Banco en cifra superior a 14 millones de pesetas, y para evitar la ejecución convino con el Banco constituir a favor de éste un derecho de prenda sobre los derechos derivados de dos depósitos o imposiciones a plazo fijo por importes de ocho millones y un millón de pesetas en la Caja Rural, lo que llevó a efecto en escritura de 24 de abril de 1980. Llegados los vencimientos de los plazos fijados en las imposiciones, 11 de junio y 21 de julio de 1981, el Banco, como acreedor pignoraticio y en ejercicio de las facultades del depositante, requirió a la Caja Rural depositaria para que le entregase el principal depositado más los intereses pactados, conforme a los artículos 1.766 del Código Civil y 306 del Código de Comercio, sin ser atendidos tales requerimientos notariales por la Caja Rural, la cual alega que es acreedora frente al depositante, don D. C. P., por una suma mucho mayor, habiendo firmado por ello éste, en 12 de febrero de 1980 —por tanto, antes de la escritura de constitución de la prenda—, un documento en virtud del cual las imposiciones a plazo quedaban afectadas en garantía de los saldos deudores, descubiertos en cuenta corriente o riesgos que tuviera pendientes con la Caja Rural, en cuya virtud se operó una compensación parcial, traspassando el saldo acreedor en las cuentas a plazo al saldo deudor en la cuenta corriente del mismo don D. C. P.

El Juzgado de Primera Instancia de Orihuela estimó la demanda declarando preferentes los créditos pignoraticios y condenando a la Caja Rural a entregar al Banco la imposición inicial de ocho millones de pesetas (ya que la de un millón había sido embargada) más los intereses legales, así como al pago de los daños y perjuicios causados, que se determinarán en ejecución de sentencia; sentencia que fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Caja Rural, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero o depósito irregular, calificándolo unos de contrato de préstamo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.768, al poder el depositario servirse de la cosa depositada, y otros de contrato *sui generis*, al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero o cosa fungible depositada al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada; siendo también mayoritaria la opinión de los que entienden que tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente los elementos típicos del depósito —restitución de la cosa cuando le sea pedida artículo 1.766 del Código Civil— y se

acentúan los del préstamo —recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto—. De lo expuesto se desprende, sin género de dudas, que el importe de las imposiciones a plazo fijo constituidas por don D. C., en la Caja Rural Central de X, pasó a ser propiedad de la depositaria, sustituyendo la propiedad anterior del depositante por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito sobre el que se constituyó un derecho real de prenda a favor de la entidad recurrida Bankinter, cuya existencia y eficacia está supeditada a la existencia del derecho de crédito sobre el que se constituyó la garantía.

2. Pues bien, el problema que se planteó en Instancia y que es traído a este recurso, es el relativo a si al ser también la Caja Rural al tiempo de realizarse la imposición a plazo fijo, acreedora del señor C. por una cantidad mayor a la depositada, se produjo o no una compensación de **los respectivos créditos y deudas** por imperio de la Ley, y, por tanto, si cuando se constituyó el derecho de prenda ya no existía el derecho de crédito gravado por haberse extinguido por dicha compensación. A este respecto, y frente a la tesis de la recurrente, se sostiene por la sentencia recurrida y por el Banco actor que no concurren los requisitos exigidos para que dicha compensación opere, por cuanto: *a)* el artículo 1.200 del Código Civil dispone que la compensación no procede cuando alguna de las deudas proviniere de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario, argumento inaceptable porque, como se ha dicho, en el supuesto de depósito irregular de dinero o cosa fungible no hay depósito, propiamente dicho, dado que la propiedad de lo entregado pasa al dominio del depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de cantidad, obligación y correlativo derecho, que en las imposiciones a plazo fijo sólo nacen cuando llega el día señalado; *b)* el artículo 1.196, 5.º, del mismo cuerpo legal establece que para que proceda la compensación es preciso que sobre ninguno de los créditos o deudas exista retención o contienda promovida por tercera persona y notificada oportunamente al deudor; retención, custodia que presupone la existencia de un litigio en el que el deudor se convierte en depositario judicial hasta el fin de la litis, supuesto que no es el de este recurso, en cuanto que al tiempo de constituirse las imposiciones a plazo no existía sobre ellas retención o contienda judicial; *c)* la circunstancia de que se otorguen pólizas intervenidas por Corredor de Comercio para actuar el mecanismo de la compensación, no puede tener otra finalidad que la de suplir por vía convencional la falta de algún requisito legal para que la compensación forzosa opere, ya que cuando concurren todos tal compensación se produce en pleno Derecho, con el efecto extintivo de las deudas en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores (art. 1.202), y *d)* nada resulta de las actuaciones que permita poner en duda que la Caja Rural y don D. C. son acreedores principales y, a su vez, deudores principales el uno del otro en las operaciones de crédito y depósito irregular que entre ellos mediaron, en cuanto nada existe que autorice a afirmar que uno y otro no actuaban en su propio nombre y por su propia cuenta. Por otra parte, no puede olvidarse que si, a tenor del artículo 1.198 del Código Civil, la cesión de un crédito a tercero no impidió al deudor, que no la consintió, oponer al cesionario la compensación de las deudas anteriores a ella que tuviera con el cedente, es indudable que lo mismo debe ocurrir cuando el presunto deudor no consiente la

constitución de un derecho real de prenda, sobre el crédito que lleva potencialmente la virtualidad de su enajenación, pues si en aquel supuesto, que implica la transmisión de la titularidad plena del crédito, se produce el señalado efecto limitativo, con igual razón se debe producir en la hipótesis de constitución de un derecho real limitativo del dominio.

3. Lo anteriormente expuesto lleva aparejada la estimación de los tres motivos del recurso, pues: *a)* el primero de ellos, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, y en el que se denuncia la infracción de los artículos 1.768 del Código Civil y 309 del Código de Comercio sobre la naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo fijo, debe acogerse, dado que, según lo razonado anteriormente, el depósito irregular, en general, al transferir la propiedad del dinero o de la cosa fungible que se entrega al receptor hace desaparecer la característica típica del depósito, la custodia, que es sustituida por la obligación de restitución de cantidad, típica del préstamo o del contrato *sui generis*, de que se trata, no pudiendo entenderse, por tanto, que nos encontremos ante un depósito común con los efectos propios del mismo, como parece sostener la actora, y acepta la sentencia recurrida, por la simple circunstancia accesoria de haberse constituido aparentemente sobre él un derecho de prenda; *b)* el segundo motivo, apoyado en el mismo ordinal, denuncia la infracción de los artículos 1.195, 1.196 y 1.202 del Código Civil sobre compensación, y merece igual aceptación porque, como se acaba de argumentar, no existe obstáculo legal alguno que se oponga a la compensación de pleno derecho entre los 8.000.000 de pesetas, a que asciende la imposición a plazo fijo realizada por el señor C., y la deuda por mayor cantidad que dicho señor tenía en aquel momento con el Banco receptor de la imposición, y *c)* el tercer motivo, con idéntico amparo, acusa la infracción por aplicación indebida del artículo 1.196, números 1.º y 5.º, y artículo 1.200 del mismo Código sustantivo, y debe ser también estimado, ya que, como se dijo en la fundamentación que antecede, el señor C. y la Caja Rural son recíprocamente deudores y acreedores principales el uno del otro, en cuanto al conceder el crédito y al realizar la imposición actuaran en nombre y por cuenta propia, y en cuanto no existía sobre ninguno de los créditos retención o contienda al tiempo de producirse la compensación, es decir, al tiempo de realizarse la imposición, sin que, por otra parte, sea aplicable al caso de litis la normativa del artículo 1.200, dado que, según se ha reiterado abundantemente, en el caso de litis no existe el depósito que el precepto contempla como impeditivo de la compensación.

F. C. L.

AGUAS. SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO. ACCION NEGATORIA. USU-CAPION. ABUSO DEL DERECHO. *Artículos 414 y 557 del Código Civil; 5, 10, 11, 14 y 127 de la Ley de Aguas de 1879* (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, estima parcialmente el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandada y apelante, en cuanto no resultó probada la existencia de los daños y perjuicios a cuya

indemnización se había condenado por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Guadalajara, sentencia que fue confirmada por la de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, y lo desestima en los demás motivos, conforme a los siguientes fundamentos:

1. En el primer motivo, formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción, por no aplicación, del artículo 14 de la hoy ya derogada Ley de Aguas de 1879, vigente al tiempo de interponer la demanda, y del artículo 557 del Código Civil, argumentando, en síntesis, que al haberse interrumpido el aprovechamiento de las aguas por el titular del predio donde las aguas nacen durante más de un año y un día consecutivos, dicho titular pierde el dominio de las aguas no aprovechadas adquiriendo el derecho a ellas quien por igual espacio de tiempo las hubiere aprovechado, deduciendo de ello el recurrente que es aquí donde entra en juego el artículo 557 del Código Civil, que regula la servidumbre forzosa de acueducto, ya que partiendo —dice— del derecho de aprovechamiento que el artículo 14 de la Ley de Aguas le concede, lo único que el demandado hace es conducir sus propias aguas a través de un predio intermedio. Pero al argumentar así olvida el recurrente que el derecho de aprovechamiento por un tercero de las aguas que nacen en un fundo de propiedad privada, en los supuestos en que el dueño de éste no las aproveche en su totalidad o en parte (artículos 10, 11 y 14 de la Ley de Aguas), *sólo tiene lugar cuando «las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron y entran naturalmente a discurrir por otro de propiedad privada»*. A partir de ese momento, los dueños de tales predios *«inferiormente situados y los lateralmente, en su caso, adquieren, por orden de su colocación, la opción de aprovechar aquellas aguas y consolidar por el uso no interrumpido de su derecho»* (artículos 5 y 10 de la Ley de Aguas, a los que expresamente remite su artículo 14). Pero lo que no pueden hacer los dueños de tales predios inferiores o laterales, ni, por supuesto, ningún tercero, es penetrar en la propiedad privada para buscar aguas o usar de ellas sin la licencia de sus dueños por prohibirlo terminantemente el artículo 414 del Código Civil y el 127 de la repetida Ley de Aguas. Y lo cierto es que en el caso de autos —según expresa la sentencia de Primera Instancia— lo que hizo el hoy recurrente fue realizar el aprovechamiento *«por medios artificiales, no por el cauce natural del agua y desde que ésta sale de la finca, sino que la toma del agua se ha realizado en el mismo manantial con la construcción de una arqueta de cemento de forma viciosa y clandestina y sin conocimiento ni autorización del dueño»*, extremos éstos a los que es obligado atenerse por no haber sido impugnados en casación. Partiendo, pues, de la inexistencia de derecho por parte del recurrente al aprovechamiento abusivo que ha llevado a efecto, huelga hablar de servidumbre forzosa de acueducto, cuyo principal requisito consiste precisamente en acreditar el derecho a la disponibilidad de las aguas cuya conducción se intenta. Todo lo cual impone la desestimación del motivo.

2. Igual rechazo merece el correlativo, también articulado por el ordinal 5.º, en el que se acusa infracción, por no aplicación, del artículo 7 del Código Civil, en cuanto dispone que *«los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo»*. En este caso —dice el recurrente— se está ejercitando un derecho de propiedad inadmisibile desde

el punto de vista social, para privar de unas aguas que no se utilizan a quien realmente las necesita y viene utilizando. Pero tales argumentos carecen de virtualidad desde el momento en que el actor, aquí recurrido, *no intenta privar a nadie del uso de las aguas que naturalmente salen de su fundo*. Lo que justamente trata de impedir es que el recurrente, contraviniendo los ya citados artículos 414 del Código Civil y 127 de la Ley de Aguas, penetre en la propiedad ajena y sin permiso de su dueño verifique obras de captación en el mismo lugar en que las aguas nacen y conducirlas de forma viciosa y arbitraria hasta su propiedad. Como ha declarado esta Sala, la doctrina del abuso del derecho ha de ser aplicada con especial cuidado, como de excepcional condición que es, y presupone, en cuanto institución de equidad, una actitud meramente pasiva del que sufre un daño en su patrimonio, sin culpa por su parte. En el caso de autos no cabe sostener que el actor procediese con abuso de derecho, puesto que ni se ha probado la intención de dañar ni la falta de un interés legítimo, ni procedió de mala fe (que sería necesario probar) o contra la función social del derecho ejercitado, cuyos límites normales fueron respetados. El actor se limitó a ejercitar normalmente un derecho que le corresponde según Ley, con la lícita finalidad de poner término a una transgresión jurídica, concurriendo, por tanto, a su favor una justa «causa *litigantis*», que excluye todo abuso de derecho (Sentencias de 5 de febrero y 9 de junio de 1959, 7 de julio de 1980, 31 de octubre de 1981, 9 de febrero y 25 de junio de 1983, 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 30 de junio de 1986).

3. Por la misma vía del ordinal 5.º se articula el tercero y último motivo, en el que se alega infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil. La sentencia de Primera Instancia, confirmada por la de apelación, sin hacer razonamiento alguno al respecto en los fundamentos legales, en la parte dispositiva condena al demandado «a los daños y perjuicios que hubieren podido causarse, y si los hubiere, que se fijarán en ejecución de sentencia», lo cual evidencia que *el actor no probó* en el momento procesal oportuno *la existencia de tales daños y perjuicios* y, consiguientemente, el Tribunal *a quo* debió absolver al demandado de tal condena, por cuanto es reiterada la doctrina de esta Sala que enseña que para que pueda prosperar la acción por daños y perjuicios es necesaria la prueba de ellos, sin que sean suficientes meras hipótesis o conjeturas, y ello sin perjuicio de que pueda dejarse para ejecución de sentencia la determinación del *quantum*, pero partiendo siempre de las bases sentadas a tal efecto en aquélla (Sentencias, entre las más recientes, de 3 y 7 de junio y 29 de septiembre de 1986), debiéndose estimar, por tanto, este motivo en los concretos términos que se indican.

SERVIDUMBRE. ACCION NEGATORIA (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica González-Felipe, declara no haber lugar al recurso de revisión interpuesto por el actor y apelante a quien se había desestimado el recurso de casación por falta de forma, conforme a los siguientes pronunciamientos.

1. Contra la Sentencia de 16 de octubre de 1981, dictada por la Sala

de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, recaída en el procedimiento instado ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital en ejercicio de acción negatoria de servidumbre que confirmó en parte la de primer grado, se ha formulado este recurso extraordinario y excepcional, no sin antes haberse preparado y formalizado el de casación que fue declarado inadmitido por esta Sala en Resolución de 10 de diciembre de 1982.

2. Ha de tenerse en cuenta que el recurso de revisión, por su carácter extraordinario y excepcional ya indicado, no es medio que autorice a los litigantes a proponer el nuevo examen de las cuestiones o extremos que ya tuvieron su lugar adecuado en el pleito a que afecte, pues en cuanto se trata de una acción autónoma encaminada a destruir la presunción de verdad que a la cosa juzgada atribuye el artículo 1.257 del Código Civil, obliga a una aplicación restrictiva de los presupuestos que lo regulan, no siendo documento decisivo, a efectos de revisión, aquel que ya ha sido tenido en cuenta por la sentencia de instancia, sin que su contenido tuviese alcance obstativo respecto al fallo (Sentencias de 18 de enero de 1958, 30 de junio de 1971, 13 de diciembre de 1982, 6 de mayo de 1983 y 10 de julio de 1986).

3. En esta inteligencia y conforme también a la doctrina jurisprudencial, la revisión de las sentencias firmes sólo procede por alguno de los motivos rigurosamente tasados en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 21 de febrero, 17 de septiembre y 15 de noviembre de 1983 y 3 y 14 de julio de 1986), y es el caso que aquí acontece, que no se especifica en la fundamentación jurídica del recurso cuál o cuáles de los supuestos taxativamente comprendidos en dicho precepto es el que concurre en este recurso, lo que ya de por sí bastaría para su rechazo. Pero es que aún profundizando en el contenido del escrito inicial no se atisba cuál sea la regla procesal a la que se acoge el recurrente, pues si la base fáctica en que se apoya es la existencia del recibo de 17 de junio de 1967 y la escritura pública de 16 de junio de 1972, como quiera que según reconoce la recurrente en la alegación sexta, fueron presentados por el demandado don A. M. M. al contestar la demanda en la fase de Primera Instancia, quiérese decir, que son absolutamente inidóneos para servir de soporte al montaje de un recurso de esta naturaleza, pues como apunta la Sentencia de 14 de julio de 1986 —con cita de las Sentencias de 3 de marzo de 1983 y 2 de julio de 1985—, para aplicar la normativa del número 1.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es menester que el documento o documentos en cuestión hubiesen estado detenidos por fuerza mayor o por malicioso proceder de la parte favorecida por la sentencia impugnada, o lo que es igual, que habiéndolo tenido en su poder el interesado que insta la revisión lo haya perdido o, que noticioso de su existencia durante el pleito, no hubiese podido aportarlo a causa de fuerza mayor o por culpa del adversario, cuyas circunstancias obviamente no concurren en el caso que aquí se contempla.

4. Peores condiciones fácticas y jurídicas concurren en la certificación registral de 28 de octubre de 1985, que en forma subliminal se ofrece en el último párrafo de la alegación octava del escrito del recurso, como acreditativo del fraude o de la falta de elementos probatorios auténticos y de plena fiabilidad con que se dictó sentencia firme en el procedimien-

to ahora cuestionado, pues en definitiva a esas causas se reducen los supuestos previstos con régimen de *numerus clausus* en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y decimos, que esa certificación jamás podrá gozar de una virtualidad revisoria, en el sentido y con la finalidad que es exigible en un recurso que es capaz de quebrantar la verdad jurídica de la cosa juzgada material (art. 125, 1, 2.º, CC), dado que la certificación obtenida de un Registro como el de la Propiedad, que tiene un propósito definido y trascendente en su existencia, cual es la de publicidad formal de sus asientos (arts. 221 a 237 LH y 232 a 355 de su Reglamento), como premisa insoslayable e indefectible de los principios hipotecarios de legitimación y fe pública registral, pivotes de la publicidad material de su contenido, cualesquiera que sea su fecha —la fecha de la certificación—, como documento que es definitivamente según la expresión de los artículos 1.261 del Código Civil y 596, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede ser tenida en cuenta a efectos de revisión, puesto que es una simple constancia exteriorizada de un contenido registral, sustancialmente público y al que en cualquier ocasión, motivo o fecha, se tiene acceso por todos los que tengan un interés en consultarlo, cuya posibilidad manifiestamente está desmintiendo cualquier alegato de retención, apoderamiento, ignorancia, ocultación, o, en definitiva, alguna maquinación fraudulenta, para sustraer el contenido material del documento al conocimiento del órgano judicial, para su tenencia en cuenta como elemento de juicio, para conseguir arteramente de esta suerte, una resolución firme contraria al adversario y favorable al maquinador, pues a ello se reduce consecuentemente el mandato del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

F. C. L.

ACCESION. MUTACION DE CAUCE.—Artículos 370 y 372 del Código Civil
(SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1987).

El actor, propietario de dos fincas rústicas que lindaban originariamente con el río Cinca, pretende que se declare su derecho de propiedad sobre el cauce del río abandonado en toda la longitud del terreno ribereño que le pertenece, frente al demandado que lo había inscrito registralmente a su favor como exceso de cabida.

El Juzgado de Primera Instancia de Fraga desestimó la demanda basado fundamentalmente en que en las descripciones de las fincas del actor no se dice que éstas lindan con el río, sino que lindan con camino. (Este camino había sido construido por los vecinos del pueblo bordeando la orilla o ribera con carácter provisional para transportar materiales para la defensa del río.)

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza estima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y revocando la Sentencia del Juzgado declara que el actor es propietario de la parte abandonada del cauce del río Cinca comprendida entre los límites constituidos por el camino, las prolongaciones de los linderos Norte y Sur de sus fincas y el cauce actual del mismo río, procediendo la reducción del correspondiente exceso de cabida inscrito a favor del demandado.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte demandada y apelada, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al mismo conforme a los siguientes fundamentos:

1. Debe comenzarse el estudio y resolución del presente recurso de casación por los cinco últimos motivos, relativos a la cuestión de hecho y fundamentados en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; es decir, alegando el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. A tal efecto el motivo 7.º del recurso impugna la apreciación de hecho de la sentencia recurrida, cuando dice que las dos fincas del actor ahora recurrido antes de 1940 lindaban con el río Cinca, mientras que para una de ellas, no para la otra, la escritura de 4 de noviembre de 1977 dice que por el Este y Sur linda con camino. El motivo ha de ser desestimado porque, en primer lugar, lo que asevera el motivo no contradice ni demuestra error alguno de la Sala de instancia al afirmar que hasta que se construyó el camino, hacia 1940, ambas fincas lindaban con el río (Considerando primero, A); después se construyó el camino, que en un principio tenía carácter provisional para bajar materiales para la defensa del río, pasando también por el límite este de la finca del recurrente, cuyo dueño a la sazón más allá del camino plantó árboles, mientras que no lo hizo así el antecesor del recurrido en lo relativo a su parte ulterior al dicho camino. En segundo lugar, no se probó que entre las fincas del demandante y el río se interpusiese finca alguna ajena, al tratarse de terreno que desde 1907 estuvo anegado por el río que en años sucesivos lo fue dejando desecar y añadiendo más tierras. Así resulta del documento, que evidentemente contradice lo afirmado en el recurso, obrante al folio 95 de los autos, extendido por el Ayuntamiento de Torrente de Cinca. En definitiva, existe la misma razón para ambos litigantes en cuanto a poseer el terreno respectivo situado más allá del citado camino, sin que pueda haber diferencia alguna basada en que uno de ellos plantó chopos frente su parcela y el otro no.

2. El motivo octavo impugna la afirmación de hecho de la Sala *a quo*, de que la finca del demandado y recurrente linda por el Este con camino cuando según la escritura de 17 de febrero de 1982 figura que linda por Este y Sur con el río. El motivo debe ser también desestimado, porque la escritura aducida es muy posterior a la situación de hecho a que se refiere la sentencia recurrida, y refleja tal documento una situación provocada por la conducta del demandado que agrupó o añadió a su finca un terreno mucho mayor procedente de la orilla del río incluso en su parte situada entre las fincas del recurrido y el río. Tampoco se revela, por consiguiente, la supuesta equivocación de la Sala de instancia, lo que da lugar a la desestimación de este motivo.

3. En el motivo noveno se acusa otro supuesto error de la sentencia recurrida, ahora consistente según el recurso en que la mutación de cauce del río Cinca en los lugares de referencia no se produjo hasta 1940, sino a partir de este año. No se alega ningún documento concreto que acredite lo que se afirma, pero del referido informe del Ayuntamiento de Torrente de Cinca se deduce claramente que después de 1907, como con-

secuencia de las riadas, desapareciendo unas tierras aparcadas y que ha sido a partir de 1940 cuando el río ha ido dejando más tierras, lo que ocasionó la variación de cauce por aluvión; de todo ello se deduce que la afirmación de la Sala de apelación se refiere a un punto en el tiempo aproximado, sin que concrete si lo cuenta desde antes o desde después, con lo que queda desvirtuado el supuesto error, que por otro lado sería intrascendente, dados los hechos que aparecen acreditados en el sentido expuesto y en los que se basa asimismo la sentencia impugnada.

4. El motivo décimo, también relativo a cuestión de hecho, afirma que el río Cinca es navegable y flutable, circunstancia que no niega la sentencia que se recurre, y sin que el motivo revele error en este punto de aquélla, por lo que ha de ser también desestimado, aparte de no basarse en documento alguno oportunamente aportado a los autos. Y, por último, en cuanto a la *questio facti*, el motivo undécimo afirma que se equivoca la Sala al mantener que la mutación de cauce operada entre los años 1907 y la actualidad se debió a un hecho natural, mientras que las pruebas, sin decir cuáles ni señalar documentos idóneos, demuestran en sentir del recurrente que el Estado y los vecinos han trabajado en defensa de sus propiedades. Pero esta afirmación no contradice que la mutación del cauce fuese natural o debida a causas naturales, como son las riadas o avenidas, de las que continuamente se habla en los autos, así como de tierras arrastradas por el río, cuyos efectos trataron de paliar en lo posible los vecinos, pero ello no da carácter artificial o no natural a la variación del cauce del río en el supuesto debatido. En definitiva, ha de ser rechazado este motivo, quedando con ello como base del fallo de casación la situación de hecho en que se basó la sentencia recurrida para la estimación de la demanda.

5. Tal situación de hecho se recoge esencialmente en el considerando primero de la sentencia recurrida, donde se pone de relieve: a) Que las fincas del demandante, ahora recurrido, parcelas números 63 y 64 del polígono 2, lindaban con el río Cinca hasta que se construyó el camino hacia 1940, lo mismo que la parcela número 61 bis, propiedad actualmente del recurrente. b) El camino fue construido por los vecinos después del año 1940, sirviendo para paso y con el fin de bajar materiales para la defensa del río, no para deslindar propiedades separándolas de las riberas fluviales, aunque actualmente se trata de un camino de uso general. c) La parcela del demandado, número 61 bis, también fue atravesada por el mismo camino en su lindero Este, y hasta el 17 de febrero de 1982 figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad con una extensión de 20 áreas y 80 centiáreas, y a partir de aquella fecha se le dio una extensión de tres hectáreas y una área por la variación del curso del río, y solicitó el actual recurrente la inmatriculación de este exceso de cabida en el Registro de la Propiedad. d) El demandado y recurrente aportó a los autos un documento privado de fecha 4 de febrero de 1983, de compra de una parcela de 32 áreas entre el camino y el río enfrente de las tierras del demandado y recurrido, documento que ha sido impugnado por la contraparte, parcela cuya existencia no se acreditó en los autos, ni que esté situada entre las parcelas números 63 y 64 y el río Cinca.

6. Los motivos primero y sexto se refieren a la impugnación de la cuestión de Derecho y todos ellos se basan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primero se alega la apli-

cación indebida del artículo 370 del Código Civil, y en los motivos tercero y sexto se vuelve a alegar la infracción del mismo artículo 370, respectivamente por aplicación indebida e interpretación errónea. El recurso parte de que la existencia del camino a que se ha hecho referencia impide que los predios del demandante y recurrido lindan con el río, también de que la variación del curso del río no fue natural y que se pretende acomodar la extensión de los predios citados según el curso actual del río. Dichos tres motivos han de perecer por las siguientes razones: a) No se atiene a la situación de hecho probada estimar que el camino limita los predios del actor y recurrido, pudiendo afirmarse, según se vio, que en la misma situación respecto del camino y su extensión más allá del mismo se hallan tanto los predios del actor como los del demandado. b) Tampoco se atiene a los hechos probados sostener que la variación del cauce del río no fue por causas naturales, y no por obra del hombre, puesto que fue debido a las riadas y avenidas que se sucedieron. c) Tampoco el motivo sexto se atiene a los hechos probados, puesto que la mutación de cauce no tuvo lugar de forma súbita en 1940, sino que se ha sucedido por aluvión a partir de ese año hasta mucho después y la estimación de la demanda implica, como se pide en el suplico, la prolongación ortogonal de los linderos de las fincas del actor «hasta la orilla del río Cinca», sin que se especifique ni se haya debatido en la litis a qué época o fecha ha de referirse, por lo que es lógico entender, como ha hecho la Sala *a quo*, hasta «el cauce actual del río». No ha habido, pues, infracción en concepto alguno del artículo 370 del Código Civil, incluyendo en su ámbito por analogía, no sólo el abandono de cauce, sino la mera variación o alteración del mismo por el cambio natural del curso de las aguas, lo que da lugar a que los dueños de los terrenos ribereños se atribuyan las partes del cauce dejadas libres por la corriente de las aguas en la longitud respectiva a cada uno, o, como se ha solicitado, en la prolongación ortogonal de los predios afectados.

7. Los motivos segundo y cuarto se basan en el hecho, no acreditado, de que las parcelas del demandante y recurrido no colindan con el río Cinca, y sostiene, en contra de la agrupación de fincas efectuada por el propio recurrente, que los terrenos entre camino y río serían de uso general por serlo el camino y como accedidos al mismo; y, por otro lado, la condición de ribereño del demandante, sancionada por las pruebas practicadas en la litis, es el presupuesto de hecho que el artículo 370 del Código Civil considera suficiente para que le pertenezcan los terrenos dejados por las aguas en toda la longitud de sus fincas; terrenos cuya identificación no se ha discutido en la litis, pues son los situados entre dichos predios y el río. Todo ello teniendo en cuenta que la acción declarativa de dominio, que ha sido la ejercitada en la demanda, exige para su éxito los mismos requisitos que la acción reivindicatoria; debiendo consiguientemente ser desestimados los motivos segundo y cuarto del recurso.

8. Por último, el motivo quinto, alega la inaplicación del artículo 366 del Código Civil, y subsidiariamente de los artículos 370 y 372 del mismo Cuerpo legal, sosteniendo que la finca del recurrente colinda por Este y Sur con el río y no obstante la sentencia recurrida no le concede accesión al menos por el Sur, lo mismo que al actor le corresponde por el Este. Pero el fallo de la sentencia recurrida no deriva que se pronuncie en

contra del derecho de accesión en la parte correspondiente a la finca propiedad del demandado recurrente, sino que como consecuencia de reconocer el derecho de accesión del demandante únicamente declara que procede «la reducción» de la cabida de la inscripción de la finca del demandado en la extensión que resulta tener la parte del dicho cauce atribuida al señor P., al que se atribuye «la parte que resulte» del indicado cauce; todo lo que implica reconocimiento del derecho de accesión del recurrente en la parte que conforme a las normas legales vigentes le corresponde, sin menoscabo del derecho de los dueños colindantes. Por tanto, no se infringe en el fallo recurrido ninguno de los preceptos legales invocados en este motivo, que, en consecuencia, ha de ser desestimado, así como la totalidad del recurso.

F. C. L.

DERECHO DE SUPERFICIE. CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS». EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES. EQUIDAD.—Artículos 3, apartado 2; 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1987).

(La cláusula *rebus sic stantibus* tiene su propio campo de aplicación en las relaciones *inter partes* del derecho de obligaciones, no encajando en la rigidez propia de los derechos reales con eficacia *erga omnes*.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica González-Elipe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, con base a los siguientes fundamentos:

1. Con ocasión del derecho de superficie constituido por la después demandada y hoy parte recurrida, sobre finca de su pertenencia a favor de la Sociedad recurrente por término de diecisiete años que vencían de conformidad a lo pactado el 31 de diciembre de 1981, la Entidad superficiaria, con base fundamentalmente en el aumento del valor de las edificaciones por ella construidas en el referido predio como prestación esencial de los contratos de 1965 (marzo y abril) y de la diferencia entre los cánones convenidos y satisfechos anualmente a la superficiante y lo que realmente podría haber obtenido como renta arrendaticia por alquiler de temporada de verano del complejo hotelero construido y explotado a sus expensas, solicitó en su demanda inicial la sociedad recurrente que «se declarara prorrogada por el plazo que estime procedente, la duración del derecho de superficie cedido por la demandada a mi poderdante sobre la finca registral número 2.554 del Registro de la Propiedad de Villanueva y Geltrú..., libro 40 de Sitges..., mediante el pago por mi principal a la demandada del canon anual que asimismo estime procedente». Para ello el alegato jurídico hacia hincapié en el principio de equidad o aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* como igualmente cualquier fórmula correctora de la simplista aplicación de la regla *pacta sunt servanda*, en

atención a la desorbitante desproporción de las prestaciones recíprocas de las partes de acuerdo con lo convenido, por el advenimiento de circunstancias económicas en el transcurso del tiempo que hacen irritante el cumplimiento literal del contrato.

2. El recurso presente, una vez denegada la pretensión de la demandante en ambas instancias, se apoya en sus tres motivos, en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reiterando su postura inicial y mantenida a lo largo del proceso, en el acogimiento de una fórmula correctora de los predicados establecidos en los artículos 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil, para que salvando el formal respeto a lo contratado, se establezca como instrumento de equilibrio de las prestaciones que se dicen desprovistas actualmente de toda ponderación económica, la precitada prórroga del derecho de superficie, a cuyo fin en el motivo primero cita las Sentencias de esta Sala cuya doctrina estima infringida por no aplicación, así como en el tercero de los motivos, invoca como conculcado el artículo 3, 2, del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta por falta de aplicación, no sin antes hacer énfasis en el segundo de los motivos al entender que los preceptos sustantivos citados al principio han sido erróneamente interpretados en las sentencias de instancia; y ello quiere decir que el recurso se encauza por la vía jurídica exclusivamente, permaneciendo intocados los pronunciamientos fácticos de aquéllas, pero obvio es, que los tres motivos giran con una exclusiva orientación y como quiera que se basa en el entendimiento de que la relación jurídica negocial si bien fijada en sus términos en el momento del contrato que le dio vida, queda sujeta a las contingencias e influjos de las circunstancias nuevas que se produzcan a lo largo del tracto continuo de la duración y desarrollo del negocio jurídico que no se agota en un solo tracto, sino que requiere la permanente interrelación de prestaciones de las partes durante un lapso de tiempo determinado, en cuyo supuesto, que la recurrente entiende que produce aquí, han de modificarse las prestaciones de manera y modo que se pueda restablecer su equilibrio y es claro que tanto la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus*, como por la de la teoría más subjetiva de la quiebra o desaparición de la base del negocio, como la de la equivalencia de las prestaciones o de la equidad al amparo del artículo 3.º, 2, del Código Civil, no son sino distintos mecanismos que la jurisprudencia y la técnica doctrinal utilizan para enmendar el pretendido desequilibrio producido en el cumplimiento del contrato a lo largo del tiempo en que, en forma continuada, haya de producirse. En consecuencia, poniendo de relieve los puntos básicos de la doctrina de esta Sala quedarán resueltos los tres motivos.

3. A partir de la importante Sentencia de 13 de junio de 1944 la doctrina ya consolidada estima como premisas imprescindibles para su aplicación: 1.ª Alteración extraordinaria de las circunstancias, al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración. 2.ª Desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumbe el contrato por aniquilamiento de las prestaciones. 3.ª Que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisible. 4.ª Que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio (Sentencias de 6 de junio de 1959, 31 de marzo de 1960, 31 de octubre de 1963, 27 de junio de 1984 y 17 de mayo

de 1987). Y ello indica la extremada cautela de su aplicación, pues no en balde el propio artículo 3.º, 2, del Código Civil dice «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita», lo que evidentemente no se da en el caso presente, pues ello equivaldría a dejar ineficaz la fiel observancia de los preceptos sustantivos que se dicen violados por interpretación errónea en el segundo motivo.

4. No hay que olvidar: A) Que el aumento de valor del inmueble no es consecuencia de una prestación continua o permanente y periódica de la Sociedad recurrente, sino que es producto tan extrínseco a la dinámica negocial como lo es la plusvalía, es decir, el resultado del general y común descenso del valor de las monedas en que se cifra dicho valor, pero la construcción de los edificios y demás elementos inmuebles del complejo hotelero fueron sí, una prestación convenida a la que se obligaba la superficiaria, pero aquella prestación, por su propia naturaleza, constituyó una realización de tracto único que se agotó en el transcurso de los dos primeros años de la vigencia del derecho de superficie, sin que, por tanto, la actividad negocial de la superficiaria a que se refiere tal prestación haya contribuido en la obtención de su aumento de valor. B) Que el aumento de valor era una circunstancia tan previsible que en el propio contrato se va aumentando el canon a satisfacer por la Entidad recurrente, en el transcurso de los años porque a los contratantes no podía serles desconocido, por ser notorio y de común conocimiento, el mayor costo de la vida por la devaluación monetaria ya expuesta, operando como una cláusula convenida y concretada específicamente en punto a su cuantía, de estabilización de las prestaciones recíprocas. C) No será lógicamente tan irritante y oneroso el supuesto desequilibrio de dichas prestaciones, cuando la parte recurrente propugna la continuación del derecho de superficie sin importarle la cuantificación del canon en la prórroga, sin que pueda computarse como factor supuestamente desequilibrador de las contraprestaciones el aumento de valor del inmueble que ha de revertir a la superficiante, como tampoco podría propugnar ésta lo contrario en el caso posible de disminución de valor (minusvalía). D) Por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (arts. 2, 2.º, y 107, 5.º, LH y 16, 1.º, de su Reglamento), está sometido a un estatuto, cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente que son propias de las relaciones negociables de índole personal dentro del campo del Derecho de obligaciones, en las que su natural fluidez propician esas medidas en pro de la mayor ponderación en las prestaciones recíprocas. No se dan, por tanto, los requisitos exigidos por el ordenamiento y doctrina legal para el éxito de los motivos del recurso.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. NULIDAD DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.—*Artículos 1, 2, 5, 6 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).*

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada (Comunidad de propietarios) y apelante contra la Sentencia de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón declarando la nulidad por vicios formales de los acuerdos de la Junta extraordinaria de la Comunidad de propietarios, conforme a las siguientes consideraciones:

1.ª Como iniciación de esta sentencia, se hace preciso en aras de su mejor estudio y solución dejar fijados los presupuestos de hecho que bien por no aparecer combatidos en forma, bien al estar aceptados por los contendientes, merecen el calificativo de probados. Tales datos son: I) En el artículo 8.º de los Estatutos de la Comunidad demandada (Conjunto Residencial Santa Olaya) aparece, bajo el epígrafe «Elementos comunes», lo siguiente: «La avenida central y los andenes que enlazan los distintos bloques son de uso público. No obstante, la Junta de Propietarios podrá establecer determinadas restricciones en su uso, en beneficio de la seguridad y reposo de los residentes. No son en cambio de uso público las zonas de aparcamiento de vehículos, que se reservan para quienes viven en el conjunto residencial, tolerándose únicamente el estacionamiento temporal de los vehículos de quienes visitan algún local o vivienda del conjunto». II) Lo que se denuncia por la parte actora, Comunidad de Propietarios del «Antiguo Solar Aceites Vegetales, S. A.» (en lo sucesivo, COPRAVESA), es la instalación por la Comunidad de propietarios demandada en el bordillo de la acera del local de que es propietaria de unos tubos en forma de U invertida que obstaculizan totalmente el acceso a los locales de su pertenencia de toda clase de vehículos. III) La Comunidad demandada, mediante citación cursada el 19 de enero de 1985, convoca a los propietarios de pisos y locales del inmueble Santa Olaya, «... en primera convocatoria, a las 7 de la tarde, y en segunda a las 7'30...», en el «Orden del día» de dicha citación no aparece ningún epígrafe relativo a «Ruegos y preguntas». IV) En referida Junta, bajo el epígrafe de «Ruegos y preguntas» y en segunda convocatoria se trató lo relativo a una jardinera que se había instalado a la entrada de un local comercial, la cual se acordó retirar. También se sometió a discusión otro tema que se indicaba en el ya citado epígrafe de «Ruegos y preguntas», el relativo a no permitir la circulación de vehículos y camiones por encima de la acera, como venía aconteciendo en determinados lugares, por cuanto con ello, según la citada Comunidad, se rompían los bordillos, y a fin de evitar dichas actuaciones se acordó colocar en los bordillos de las aceras aros que impidieran el acceso de vehículos y camiones. Dichas cuestiones figuraban bajo los números 2.º y 3.º del apartado 5.º del Orden del día, epígrafe «Ruegos y preguntas». V) A referida Junta y en segunda convocatoria asistieron 152 propietarios, con una participación económica del 70,89 por 100. La cuota de la actora COPRAVESA, que asistió a la misma, es del 22,92 por 100. VI) El acuerdo fue aprobado

por los asistentes, salvo, al parecer, el voto de la actora y aquí recurrida, que no consta hiciere advertencia alguna a que se tratase en Junta bajo el citado apartado de «Ruegos y preguntas» ninguno de los temas discutidos. VII) COPRAVESA suplica en su demanda que se declaren nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en la Junta extraordinaria ya citada que se encuentran comprendidos en los puntos 2.º y 3.º del extremo 5.º del citado epígrafe, los cuales han sido precisados en el apartado IV) de este fundamento, por estimar son contrarios a los Estatutos y, en todo caso, por contrariar lo dispuesto en el artículo 15 y concordantes de la Ley de Propiedad Horizontal.

2.ª Sobre la base de los elementos fácticos que se dejan señalados y dando un primer paso en la estructuración del contenido jurídico de este recurso, se hace preciso igualmente señalar que en él y cual aconteció en la segunda instancia los temas de discusión son en realidad dos: a) El relativo a la competencia del Juzgado de Primera Instancia ante quien se presentó la demanda y por el que se decidió el juicio, ya que según la Comunidad de propietarios Santa Olaya, y por aplicación de la norma 5.ª en relación con la 2.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, era al Juez de Distrito a quien correspondía la competencia para conocer de la cuestión (motivación 2.ª). b) El que versa sobre si el acuerdo adoptado es contrario a los Estatutos o infringe algún precepto de la citada Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto los arcos de hierro, aun cuando no vulneren el derecho de los propietarios singulares a abrir puertas o huecos en su fachada sobre la calle o plaza interior de la comunidad, su instalación según la entidad actora COPRESA «impiden en absoluto el acceso al local comercial de vehículos» de la misma (motivación primera).

3.ª Así fijado el dintorno fáctico-jurídico sobre el que va a discurrir el presente recurso, y siguiendo la sistemática observada por esta Sala respecto al examen de los motivos atendiendo al ordinal del artículo 1.692 de la Ley rrituaria en que se encuentren amparados, es obvio que el primero a contemplar ha de ser el señalado con el número 2.º del escrito de la recurrente, ya que, cual se ha dicho, en él se denuncia bajo el marco procesal del parágrafo segundo del citado artículo de la Ley de Ritos, la incompetencia o inadecuación del procedimiento por infracción de lo dispuesto en el artículo 16, norma 5.ª, de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con la norma 2.ª del mismo precepto. La motivación decae, en cuanto parte de una inexacta a la vez que personalmente interesada interpretación de la normativa que se dice infringida, al pretender atribuir a la denominada Justicia de Distrito la competencia para conocer de la litis que aquí concluye. El error radica, como se desprende de la sentencia impugnada, en no hacer tenido en cuenta que la norma 5.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal que se dice infringido, viene referido única y exclusivamente a los supuestos descritos en el párrafo 3.º de su norma 2.ª, así como en la 3.ª, ninguno de los cuales es el aquí comprendido.

4.ª En cuanto a la motivación primera, en ella se imputa a la sentencia recurrida con residencia formal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, la vulneración del artículo 6.º en relación con los 5.º y 16, 1.º y 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal. Su apoyo razonado se encuentra en que para la Comunidad de propietarios «Santa Olaya» el

acuerdo discutido «se enmarca entre los de mera administración para regular detalles de convivencia y adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, para los que viene facultada la Comunidad de propietarios a medio de su Junta en el artículo 6.º de la Ley de Propiedad Horizontal». Asimismo y para reforzar su argumentación se dice que COPRAVESA, «propietaria de un local colindante en la vía pública —por la que tiene su frente y entrada natural y con el terreno de desahogo del edificio por su parte posterior, del que está separado por una acera encintada de acceso a los diversos portales del inmueble; extremos estos reconocidos por la misma demandante y que obran probados en autos—, pretendía abrir un hueco de entrada por dicha fachada posterior para servir de entrada y salida de vehículos a su local, fundándose en el derecho que tenía concedido por los Estatutos al facultarle a abrir huecos a tal fachada», razones por las que, en opinión de la recurrente, la instalación de los arcos en U ni es contraria a los Estatutos ni impide el acceso de vehículos al local de la actora.

5.ª Esta motivación no puede prevalecer, dado que todo en ella gira en torno a una cuestión de puro hecho, de la cual, si bien derivan efectivamente interesantes consecuencias jurídicas que después serán contempladas a los efectos que se indicarán, no son medio adecuado para la admisión de la motivación ni por lo tanto del recurso. En efecto, el presente recurso viene construido, cual se ha puesto ya de relieve, con sustento procesal en dos motivaciones de las que la segunda se asienta en el ordinal 2.º y está en el 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos. Ningún motivo se ha formulado, por tanto, con apoyo en el número 4.º de dicho precepto, único que permitiría a esta Sala adentrarse en la contemplación de la prueba documental. Por otra parte, nada tampoco se ha hecho para acreditar la verdadera situación fáctica existente en el lugar de autos en orden a las consecuencias que la instalación de los tubos en U hayan podido producir, ni en favor de la tesis sustentada por la actora ni en la que es mantenida por la demandada y aquí recurrente, todo lo cual conduce ineludiblemente a aceptar la declaración contenida en el fundamento 4.º de la Sentencia impugnada de que «la instalación de tales arcos de hierro impiden en absoluto el acceso al local comercial de vehículos, habida cuenta que su destino no es otro que la exposición de automóviles». Y no puede olvidarse a tales efectos la apática conducta procesal de la Comunidad de Propietarios «Santa Olaya», por cuanto si bien tanto ella como la actora interesaron en su momento la prueba de reconocimiento judicial, que fue admitida, el hecho de no haberse practicado «por atenciones de índole preferente, de carácter penal», no eximía a la demandada de haber reiterado su práctica a título de diligencia para mejor proveer en primer instancia y, en su caso, de solicitarla nuevamente en segunda instancia al amparo de lo dispuesto en el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nada de lo cual fue interesado. Por último y en cuanto a la infracción del artículo 6.º de la Ley de Propiedad Horizontal que se acusa, su alegación es inoportuna dado que viene referido a los Reglamentos y no a los Estatutos.

6.º Mas no se limitan a lo indicado las causas que producen el perecimiento de este motivo. En efecto, de acuerdo, efectivamente, que como en él se indica el acto sobre el que se proyectó el acuerdo aquí discutido no es de disposición y sí de administración, por lo que su adopción no

requiere unanimidad. Pero esto ya lo declaró la sentencia impugnada y carece de trascendencia a los efectos pretendidos por la recurrente. Lo verdaderamente esencial es el acierto o error de dicha resolución, cuyo fallo declara la nulidad de los acuerdos adoptados por la Comunidad de Propietarios «Santa Olaya» en la Junta extraordinaria de 25 de enero de 1985, relativos a la instalación de los tubos o aros de hierro en forma de U, así como la prohibición de circular vehículos y camiones por las aceras, tomando para tal decisión como punto de partida, que referida limitación «... en ningún momento se estableció en los Estatutos ...», y que, además, con ello «... se está vulnerando lo dispuesto en el último párrafo del artículo 10 de la misma Ley...» (Considerando 4.º).

7.ª Por las consideraciones hasta este momento hechas, es evidente que el fallo impugnado es adecuado. No obstante, sobre la base de los supuestos fácticos señalados en el primero de estos fundamentos y al margen del rechazo del motivo que se está examinando por las razones que han quedado expuestas, es conveniente poner de relieve como colofón de esta sentencia, la obligación que tiene esta Sala, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.º, 6, del Código Civil, de contribuir en el desempeño de las atribuciones que le vienen conferidas, tanto a completar el ordenamiento jurídico como a señalar módulos para la interpretación de las normas discutidas o discutibles, concretamente, en este caso, de las que por virtud del recurso son objeto de discrepancias.

8.ª Centrado así el objeto de los siguientes fundamentos, se procede a su delimitación como base de la exposición interpretativa normativo-doctrinal que esta Sala va a realizar: a) Cual ha quedado en su momento indicado, la Junta extraordinaria, tantas veces citada, en que se aprobó lo aquí discutido, se celebró en segunda convocatoria. b) Esta se realizó en la misma citación que la primera y para media hora después si aquella no se pudiese celebrar por falta de quórum. c) El artículo 16, norma 2.ª, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal dice que cuando la mayoría no pueda obtenerse por falta de asistencia personal, «se procederá a una nueva convocatoria con los mismos requisitos que la anterior...». d) Esta Sala, ya en Sentencia de 13 de octubre de 1982, interpretando el citado artículo, norma y párrafo estableció que la validez de los acuerdos que hayan de adoptarse por mayoría caso de no concurrir el quórum exigido por la Ley, exigen se haga «una nueva convocatoria con los mismos requisitos que la primera», lo cual es distinto de lo aquí verificado, esto es, realizar en la misma citación las dos convocatorias conjuntamente y para el mismo día, con media hora de diferencia entre una y otra. La citación hecha vulnera, por tanto, la clara dicción del párrafo segundo de la norma segunda del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y la exégesis que del mismo realizó esta Sala en la sentencia que se ha dejado indicada. Y si bien es cierto que por un viciado, aun cuando generalizado uso, posiblemente inspirado en una también viciada práctica inspirada en las convocatorias de las Sociedades Anónimas (art. 53 de la Ley reguladora), se vienen refundiendo en las citaciones para las referentes a la Propiedad Horizontal ambas convocatorias con un lapso de tiempo entre una y otra que no suele exceder de las dos horas, ello, en este régimen de bienes, constituye un uso o práctica *contra legem* y, por tanto, originador de nulidad radical.

9.ª Se pasa así a la contemplación del extremo relativo a si el acuerdo referente a la instalación de los aros de hierro en forma de U por la Comunidad de propietarios recurrente es contrario a los Estatutos, como se pretendía por la actora y parece declararse por la sentencia impugnada (Considerando 4.º), o si como se pretende en el motivo primero, ello no es acertado. Para resolver dicho extremo, es esencial fijar la atención en el presupuesto de hecho de que se ha dejado expuesto en el apartado I) del primer fundamento, en el cual se transcribe el contenido del epígrafe «Elementos comunes», referente al punto aquí discutido. De su contenido aparece con la suficiente claridad, en opinión de esta Sala, que la posibilidad de realizar dicha instalación entraba perfectamente en el ámbito de las facultades de la Junta y no implica transgresión de las normas estatutarias. Por ello, tal calificación de contraria a los Estatutos no resulta admisible. Y sólo resta un tema a examinar, que no obstante su interés práctico e incluso jurídico no ha sido objeto de la debida atención. Se trata del epígrafe «Ruegos y preguntas», que, cual se indicó en los apartados III) y IV) del primer fundamento, no aparecía en el «Orden del día» de la convocatoria adjunta a la citación para la Junta cuestionada. El artículo 15 de la tantas veces citada Ley de Propiedad Horizontal señala los requisitos que debe reunir la convocatoria para las Juntas de propietarios y concretamente, por lo que a dicho extremo se refiere, que ellas se indiquen «... los asuntos a *tratar* y hora, día...». La convocatoria enviada a los propietarios para la indicada Junta extraordinaria no contenía el epígrafe «Ruegos y preguntas», que aún cuando en términos generales suele ir referido a asuntos no demasiado trascendentes y generalmente de orden interno, en el caso aquí contemplado no acontecía, así como acredita este proceso. Resulta evidentemente sorpresivo para la buena fe de los copropietarios asistentes a estas Juntas enfrentarse con unos «Ruegos y preguntas» de la entidad de los comprendidos en el epígrafe aquí estudiado. Y si bien es cierto que en el supuesto contemplado la circunstancia de no haber opuesto objeción alguna COPRAVESA, asistente a la misma, encierra un tácito asentimiento a su tratamiento y votación, no lo es menos que si se hubiere formulado y justificado su protesta el mantenimiento en la Junta de dichos «Ruegos y preguntas» habría sido causa de nulidad de todo lo bajo ese aspecto tratado y discutido.

COMENTARIO.—Es de advertir que la declaración de la sentencia de ser contrario al artículo 16, norma 2.ª, de la Ley de Propiedad Horizontal el citar en segunda convocatoria conjuntamente con la primera y para el mismo día con media hora de diferencia entre ambas ya no es de aplicación, pues ha sido admitido por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, que modifica, entre otros, el citado precepto legal.

F. C. L.

COMUNIDAD DE BIENES. DIVISION. SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. EXTINCION.—*Artículos 392, 600, 1.062, 1.700 y 1.708 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1987).*

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley estimando que existe extinción de la comunidad de bienes, interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había revocado en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cervera, conforme a los siguientes fundamentos.

1. Suscrito por el demandante y el fallecido causante del demandado un documento privado de fecha 28 de abril de 1972 en el que, luego de relatar la compra, por aquél a éste, de la mitad indivisa de una finca sobre la que el comprador había edificado a su costa y con consentimiento del transmitente, una nave destinada a granja, convienen constituir entre ellos «una comunidad por mitad y *pro indiviso*», a la que uno aporta el inmueble construido y el otro «la finca o solar descrito que figura como vendido en su mitad indivisa «puntualizando seguidamente que» las cuotas de cada uno en la comunidad serán iguales en todo caso», comprometiéndose ambos a continuar la explotación de la granja «como hasta ahora», bajo la dirección técnica de uno de ellos y prestando su trabajo manual el otro y haciendo expresa renuncia a cualquier reclamación por diferencia del valor de sus respectivas aportaciones y mención asimismo en el documento, de que, entre sí, nada se adeudan «por consecuencia de la explotación de la granja que realizan en común», la situación así inicialmente establecida, ya se interprete como una simple comunidad de bienes, regida por lo pactado y, en su defecto, por la normativa de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, según la tesis del demandante, instante de la división de la cosa común, que tendría su apoyo no sólo, como expone el motivo 1.º del recurso, correctamente formulado al amparo del genérico número 5.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil —puesto que el error de derecho del antiguo número 7.º ha sido omitido en el actual motivo 4.º—, por infracción del artículo 1.281 del Código, en las palabras expresas en el contrato en cuestión, sino, además —aceptando la postura de la contraparte—, en cuanto sociedad pactada sin la observancia de requisito formal alguno, en la previsión del párrafo segundo del artículo 1.669 —Sentencia de 19 de enero de 1970— del propio Código, que remite a las disposiciones de la comunidad de bienes los supuestos de sociedad oculta, ya que entienda, al hilo de aquella postura, ampliamente desarrollada en enjundiosos razonamientos de la Sala de Instancia, que se trata de una sociedad civil irregular vinculante *inter partes*, la alternativa clama, siempre, por el éxito de la pretensión del actor de extinguir la agrupación existente que es lo que, básicamente, constituye el mandato de la Sentencia de Primera Instancia, toda vez que aunque, apurando la argumentación en la dirección más favorable al demandado, se aceptase que la remisión que hace el artículo 1.669 del Código a las reglas de la comunidad de bienes, sólo tiene relevancia frente a terceros, que es ante los que, verdaderamente, es oculta la sociedad, no puede olvidarse que ésta se extingue —aparte

el supuesto aquí inaplicable del artículo 1.704 del Código Civil—, por la muerte de uno de los socios, conforme al artículo 1.700 del Código Civil, que establece esta estricta causa de extinción, tanto más operativa en el presente caso, si es que cupiese establecer gradaciones en tal causa de extinción del vínculo asociativo, cuanto que el juego del *intuitus personae* aparece aquí acentuado por la originaria limitación personal de la discutida sociedad y el texto de la estipulación 5.ª del contrato que, al señalar el cometido específico de cada contratante, en el quehacer común, está manifestando que los interesados no previeron la prolongación del vínculo más allá de sus vicisitudes personales, de modo que, faltando el pacto de continuación, la concurrencia de una causa de disolución provoca la extinción de la sociedad, aunque, de hecho, haya permanecido el estado de cosas hasta entonces existente, sin oposición de nadie, como fenómeno de pura inercia, que ni autoriza a pensar, dada la insensibilidad del Código a la continuidad sin pacto, en una prórroga tácita —que más bien sería una nueva sociedad, a la que, por otra parte, no se ha aludido siquiera por ninguno de los interesados— ni afectar a la facultad del partícipe sobreviviente, de instar ante la actitud pasiva de los sucesores del fallecido, la declaración judicial de la concurrencia de la causa de disolución y, ya en este punto, sea porque se ha producido, con aquella citada prolongación una especie de comunidad ordinaria (Sentencias de 21 de septiembre de 1907 y 4 de julio de 1959), susceptible de invocar frente a ella el artículo 400 del Código Civil, sea por aplicación del artículo 1.062 del mismo ordenamiento, dada la remisión del 1.708, pedir la enajenación de la cosa común en pública subasta con admisión de licitadores extraños, conforme a lo suplicado en la demanda, tal y como, en esencia, se pronunció la Sentencia de Primera Instancia, para retornar a cuyo mandato, confirmándolo en este punto, procede, acogiendo el primero de los motivos de casación, anular la impugnada en este particular desestimatorio de la demanda y estimatorio parcial de la reconvencción.

F. C. L.

COPROPIEDAD. APROVECHAMIENTO COMUN DEL AGUA DE UN POZO.—Artículo 397 del Código Civil (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1988).

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 por el demandado y apelado 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 Alcañiz, con base en los siguientes fundamentos.

1. En relación con lo postulado por el actor en el suplico de la demanda inicial de las actuaciones y estimando parcialmente sus pretensiones, la sentencia recurrida en su fallo condena a los demandados a que respeten *los caudales* que fluyen del pozo a que la controversia se contrae, dejando que discurren desde éste a la balsa de contención

a través del túnel de comunicación con la expresa prohibición para los mismos de que extraigan caudales por medio de moto-bomba u otro cualquier medio para recogerla en la balsa adosada a dicho pozo, que ha sido reformada y rehabilitada, sin consentimiento del actor, y asimismo a devolver a su antiguo estado esta balsa adosada al pozo.

2. La resolución impugnada fundamenta su fallo en la apreciación conjunta de la resultancia de las pruebas que pormenorizadamente pone de relieve en su primer Considerando, estableciendo «como probados e indubitados», los hechos siguientes: a) que desde el año 1920 el aprovechamiento de las aguas que manan del pozo discutido, propiedad por mitades y *pro indiviso* de actor y demandado, se venía haciendo desde la balsa construida en la finca del actor, a la que llegaba *naturalmente* el agua del referido pozo, y desde la cual se regaban tanto la finca del demandante como las situadas en planos inferiores y pertenecientes a los demandados; b) en el año 1984, mediante la reconstrucción con cemento de una antigua balsa de tierra existente junto y adosada al mencionado pozo, llevada a cabo por los demandados, y sacando agua de aquél por medios mecánicos, se riegan porciones de finca, que antes no se regaban, y c) la demanda se interpuso sin haber transcurrido un año y un día desde la realización de las dichas obras por los demandados.

3. Deducido el primer motivo del presente recurso por la vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando error en la apreciación de la prueba, es de poner de relieve que, como ya expresaron las Sentercias de esta Sala de 29 de noviembre y 6 de diciembre de 1985, estableciendo jurisprudencia, sancionada con reiteración por otras muchas posteriores y cuya notoriedad hace innecesaria su cita, el error en la apreciación de la prueba como el propio precepto que autoriza su denuncia sienta, ha de estar basado en «documentos» que obren en autos y que los documentos a que la norma se refiere son aquellos en los que se constata un hecho, acto o negocio jurídico producido con independencia de las actuaciones judiciales a las que ha sido incorporado como uno de los medios de prueba que autoriza el artículo 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo hábiles, por consiguiente, al efecto de fundamentar la tacha de «error» que el precepto de la Ley Procesal Civil primeramente citado admite como motivo de casación, las actuaciones judiciales por las que se acreditan la práctica de otras probanzas, que cual la confesión, reconocimiento judicial, pericial y testifical requieren quede en autos una constancia fehaciente de que fueron ejecutadas con observancia de las formalidades legales pertinentes, así como de su resultado, de lo que da fe el Secretario a quien compete la facultad de «documentarlas». Por ello el motivo aquí en análisis, deducido por los recurrentes con apoyo en lo que, según su tesis, resulta de prueba pericial, de la de reconocimiento judicial y de la testifical no puede prosperar, imponiéndose su rechazo, por la circunstancia, además, como se desprende de los alegatos que le sirven de desarrollo, de que trata de convertir lo que es ámbito limitado del recurso que nos ocupa en una tercera instancia, lo que no es lícito dada la concreción exigible para que pueda operar la censura casacional, a todo lo que es de añadir, por último, que precisamente el primer Considerando de la Sentencia recurrida entre los medios probatorios que conjuga para establecer las conclusiones fácticas a que se ha hecho mé-

rito en el segundo fundamento de Derecho de esta resolución, lo hace, también, de la documental y en el motivo que nos ocupa ni tan siquiera se contiene una cita de la misma.

4. El rechazo del primer motivo del recurso, antes analizado, conlleva el decaimiento del que se articula como segundo, alegando, con amparo procesal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la aplicación indebida por la Sentencia recurrida del artículo 397 del Código Civil, precepto que en cuanto establece que ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellos pudieran resultar ventajas para todos, fue rectamente aplicado por el pronunciamiento judicial combatido, con perfecta adecuación a las conclusiones fácticas que establece, conclusiones que, como es obvio, han quedado inalteradas en este trámite casacional a virtud de la desestimación del primer motivo.

F. C. L.

USUCAPION EXTRAORDINARIA EN CATALUÑA.—Artículo 342 de la Compilación (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica y González Elipe declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Vilanova y Geltrú, conforme a las siguientes consideraciones.

1. Como consecuencia de la cesión del usufructo «... de todo aquel huerto cercado de paredes, con sus árboles frutales, pozo de noria y lavadero, sito en esta villa y calle de Descalzos..., equivalente a cincuenta áreas...», como reza la escritura otorgada ante el Notario señor Torrente e Higüero de Villanueva y Geltrú el 13 de noviembre de 1876 por don Antonio Samá Urgellés como cedente y el Santo Hospital de pobres y enfermos de dicha villa como cesionario, se promovió demanda por esta Institución de caridad o benéfica, interesando la declaración de propiedad de dicha finca en noviembre de 1978 —en lo que fundamentalmente atañe al tema circunscrito del recurso—, en atención a que los descendientes del cedente y hoy recurren habían inventariado dicha finca como perteneciente al caudal relicto de su padre, don Juan Samá y Torrente, según escritura de manifestación de su herencia de 29 de octubre de 1976 e inscrita en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, siendo de consignar que la declaración de propiedad que en estricto rigor civil impetra en el suplico de la demanda el Hospital de San Antonio Abad, como ahora se le designa, se basa en la adquisición por usucapión, habida cuenta de que el huerto desapareció como tal al construirse sobre el solar un edificio, Teatro Apolo, que ya en el año 1984 —así como el Salón de Bailes asentado sobre pertenencias del citado huerto— figuraban como explotaciones del susodicho Hospital en los libros de actas de sesiones celebradas por su Patronato a ciencia y conciencia del cedente y sus familiares herederos, poniendo de relieve

la Institución demandante que el cesionario no hizo uso de ninguno de los derechos que el propietario cedente se había reservado en la citada escritura de cesión del usufructo, ni hizo jactancia de sus derechos como tal hasta el acto de conciliación celebrado sin avenencia a instancia de los hoy recurrentes, según demanda para ese acto de 26 de abril de 1961, en el que reconoce tales dimisiones dominicales.

2. El primer motivo del recurso con sede en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia error en la apreciación de la prueba. En el motivo, aparte de poder resaltar su incorrección técnica al no exponer con rigor y concreción cuál es el error de hecho y cuál de los documentos es el que ofrece en contraste, la notoriedad y contundencia de tal error, tratando esta Sala de depurar la controversia que en el desarrollo del motivo se suscita, ha de proclamarse: *a)* Ni la sentencia de apelación pone en duda el tracto sin solución de continuidad en la cadena de sucesiones desde el cedente don Antonio Samá y Urgellés y los demandados-recurrentes, ni la inclusión de la finca en un inventario de manifestación de herencia, unilateralmente confeccionado, es razón suficiente para proclamarse propietarios quienes se declaran herederos del causante. *b)* Las afirmaciones de hecho relativas a la adquisición por prescripción extraordinaria de la finca en cuestión, que contiene dicha sentencia, no tienen asiento procesal en las declaraciones de los escritos procesales de las partes, sino que lo tienen en las circunstancias reales que deduce dicha Sala *a quo* de los documentos obrantes en autos y de todo el material probatorio que en él se halla, aparte de que, como es sabido, y aquí se pone una vez más de relieve, que los escritos procesales de las partes no son aptos en el recurso de casación para acreditar errores de hecho en que pudiera haber incidido el Juzgador de instancia. *c)* Incurre en defecto técnico el motivo, al atribuir error de hecho a la sentencia impugnada basado en el contenido literal y conceptual de la escritura de 13 de noviembre de 1876, pues las afirmaciones que dicha resolución judicial hace respecto de tal documento constante del negocio jurídico, clave de esta litis, podrían en todo caso y no se ha hecho, impugnarse por vía del artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con invocación de los artículos 1.281 a 1.289 que se estimaran infringidos, pues es cuestión técnicamente de interpretación y no de valoración de prueba. *d)* La rotunda proclamación del dominio, *stricto sensu* no ha sido combatida en forma adecuada en el recurso y tal proclamación es correcta en atención a que el usufructo cuya definición no se contiene en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1960, de 21 de julio, y Ley de 20 de marzo de 1984) y ha sido tomada del Código Civil por virtud de la disposición final segunda de dicha Compilación, arrastra la clásica definición del *Digesto* (7, 1, 1) en que se mantiene la frase *salva rerum substantia* que algunos doctrinarios estiman que aparece en un pasaje de Paulo. Así pues, bien, a tenor y conforme al Derecho catalán vigente en el año 1876, bien a tenor y conforme al actualmente en vigor, la consabida limitación del derecho de usufructo que lo distingue del de propiedad (arts. 279 a 282 y, concretamente, el artículo 281 de la Compilación Foral aludida), es lo cierto, que salvo que otra cosa se disponga en el título de constitución de tal derecho —que, según su dimensión, podría confundirse con el dominio, del que en principio es una facultad segregada del mismo—, el usufructuario ha de res-

petar la esencia de la cosa usufructuada y, en el presente caso, la escritura de 13 de noviembre de 1876 en su condición primera dice «que el día que la casa cedida (debe decir cosa), fuese por el concepto que fuese, dejase de aprovechar directamente al Santo Hospital en la forma de usufructo, en que viene cedida, caducará *ipso facto* dicho usufructo y se incorporará nuevamente a la propiedad, la cual el cedente reserva perpetuamente para sí y los suyos», por lo que si ya en el año 1884 el usufructuario hizo desaparecer el huerto y construyó un edificio para espectáculos —Teatro Apolo o Jardines Apolo—, cuya realidad conocía el cedente que intervenía y firmaba las actas de sesiones del Patronato de dicha Institución benéfica, del que formaba parte como miembro del mismo en que se resolvían cuestiones afectantes a ese edificio y su explotación como espectáculo y posteriormente lo consentían los familiares y herederos, vecinos de la población donde se ubica tal edificio, quíerese decir que ya con arreglo al estatuto constitucional, el usufructo había caducado *ipso facto*, como gráficamente expone la escritura tan mencionada de 13 de noviembre de 1876 y paladinamente se reconoce en la demanda de conciliación formulada por la familia Samá el 26 de abril de 1961 (folios 537 y 538), lo que supone que el huerto cedido que debía cumplir una finalidad de ayuda alimentaria de la Institución cesionaria, al desaparecer como tal finca hortofrutícola hizo caducar el usufructo sobre él constituido, comenzando una posesión sin título, ni buena fe, pero que a ciencia y paciencia del cedente y sus causahabientes perduró al menos hasta 1961, en concepto de dueño y con el *animus rem sibi habendi*, que lo hace apto para la prescripción extraordinaria conforme al artículo 342 de la Compilación Foral catalana según el Derecho actual y al Usatge 156 *omnes causae* que sólo exige treinta años de posesión incluso con mala fe, *sis vol bonas o malas* y que derivado según la común doctrina científica, de la Ley 3.ª título 2.º, libro X, del Fuero Juzgo, copia a ésta dicho *usatge* en su texto latino, casi literalmente, haciéndose notar que la treintena de años se considera común a la prescripción exstrictiva y adquisitiva en el Derecho común catalán anterior a la Compilación Foral de 1960.

3. El segundo motivo con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción de la Ley 8, del título 2.º, libro 33, del *Digesto*, por ser aplicable a Cataluña como supletorio del vigente en 1876, según la cual el usufructo constituido a favor de personas jurídicas en general duraba cien años, por lo que el que se instituyó por escritura de 13 de noviembre de 1876 habíase extinguido en dicha fecha del año 1976 y es obvio que el motivo ha de fracasar ante la sola consideración de que el usufructo como tal se extinguió cuando violentando el usufructuario la esencia o sustancia de la cosa usufructuada —no simplemente mejorándola—, sino transformándola material y físicamente, con extinción del usufructo conforme a la propia carta institucional de ese derecho real, a la vista, conocimiento y consentimiento del cedente y sus causahabientes, comenzó una posesión atípica, pero con eficacia usucupativa, por virtud del *animus rem sibi habendi*, de que estaba transida, que al culminar en la adquisición del pleno dominio, conforme ha quedado establecido anteriormente, hace inaplicable el texto justiniano como Derecho supletorio catalán en 1876, a la situación real proclamada como hecho por la Sala *a quo* y que no ha sido desvirtuada

en este recurso, por lo que la sentencia ajustó a tal situación el ordenamiento jurídico adecuado.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE PASO.—ACCESION INVERTIDA. CONSTRUCCION EXTRALIMITADA.—Artículo 530 del Código Civil (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Malpica y González-Elipe, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Cuéllar, conforme a los siguientes fundamentos.

1. El procedimiento a que se contrae el presente recurso de casación fue promovido por el hoy recurrente, dueño de un edificio en construcción en la finca «Monsalvo», de Cuéllar (Segovia), plaza del Campo, que fue paralizada su construcción en virtud de una acción interdictal de obra nueva que fue estimada en la Sentencia firme del Juzgado ratificando la paralización de la obra. La demanda actual no se limitaba a pedir la declaración de su derecho a reanudarlas, sino que al socaire de ella, propugnaba la declaración de nulidad por simulación de los negocios plasmados en los documentos de división de cosa común y de compraventa de 13 de diciembre de 1950, y el derecho a continuar la obra lo fundaba en el documento de 10 de diciembre de 1950, de donde extraía «la posibilidad que otorga el artículo 545 del Código Civil al dueño del predio sirviente para variar a su costa el lugar inicialmente señalado para la servidumbre de paso» y también, *ad cautelam* y subsidiariamente la figura de la accesión inversa..., ya que la edificación es mucho más importante que el suelo de la servidumbre». Rechazada la demanda por el Juzgado, en cuanto a la acción de simulación y la prevenida en el artículo 545, 2.º, del Código Civil ya citado, aceptó, sin embargo, la pretensión deducida en punto al reconocimiento de la «accesión invertida», si bien con la extraña contraprestación no de entregar el valor del suelo invadido, sino de la cesión de otro terreno del demandante que se concretaría en ejecución de sentencia, todo lo cual comportaba el rechazo de la demanda reconvencional que interesaba el derribo de lo construido que afectase al paso o calleja objeto de la controversia. La Sala de apelación revocó la sentencia de primer grado, en lo concerniente al pronunciamiento tercero en que aceptaba la accesión invertida, y por suponer todo ello el rechazo de la demanda condenó al actor al derribo de lo construido en suelo no propio conforme a lo solicitado en la demanda reconvencional.

2. Ha de ponerse de relieve que el recurso discurre por los cauces del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por ello, obviamente, acepta las declaraciones fácticas contenidas en la sentencia impugnada, ya que no las combate por la única vía adecuada del número 4.º del mismo precepto procesal, lo que trasciende al desarrollo y análisis del recurso en todos los motivos que lo sostienen.

3. El primer motivo denuncia la infracción del artículo 530 del Código Civil al no considerar como una servidumbre de paso el existente en el huerto en el cual construye el recurrente, de un metro y cuarenta centímetros de ancho, para bajada al lavadero según se describe en el documento privado fechado en Cuéllar el 10 de diciembre de 1950. El motivo no puede prosperar porque no hay infracción de una norma cuando, como ocurre con el artículo 530 del Código sustantivo que se dice conculcado, se limita a hacer una definición jurídica y como tal abstracta cuyo contenido ha de resultar forzosamente de las declaraciones de la Sala *a quo* de la realidad existencial; por ello, cuando dicho Tribunal proclama la existencia de un condominio sobre tal paso o calleja y no afectada por una servidumbre, basándose en forma explícita en el mismo documento privado invocado por el recurrente en el motivo y además en la escritura pública obrante a los folios 42 a 45, está formulando una declaración de hecho probado que sólo se puede combatir por la citada vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o por la del ordinal 5.º, pero con cita en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil como reglas de interpretación, supuestamente conculcadas por el Juzgador de instancia, por cuya razón el motivo decae; pero es que, además, no podría servir de base a la supuesta errónea interpretación del documento privado, la circunstancia de emplearse en él la palabra «servidumbre» como destino del paso o calleja de autos. En efecto, es sabido que la naturaleza de las instituciones jurídicas, en general, como la de los contratos en particular, no depende de la nomenclatura asignada por los particulares, sino la que responda a las exigencias del ordenamiento jurídico cohesionado con la exacta realidad tangible del objeto, del derecho, o del negocio jurídico sujeto a la calificación y es evidente que con vistas del artículo 530 del Código Civil, no es concebible la constitución de una «servidumbre para todos los individuos» (*sic*) como reza el documento que se analiza —supónese quiere decir «indivisos»—, sin la concreción exacta de cuál es el inmueble dominante y sobre todo la determinación del propietario del «paso o calleja» que ha de ser distinto del de los predios adyacentes al mismo, dándose el caso que del propio documento lo que se infiere en forma sistemática y teleológica es que se constituye un condominio sobre el tan repetido «paso» a favor de los propietarios de las fincas aludidas en forma inequívoca en el tan calendado documento, que en forma más o menos directa acceden al mismo y que de esta suerte pueden servirse de la «calleja» en beneficio de todos. Y así se confirma con la lectura de la escritura de 13 de diciembre de 1950 cuando en la «Exposición, número 1.º, cuatro» se dice que don Luciano Espeso de Pablos es dueño de dos sextas partes *pro indiviso* de una calle con su lavadero al fondo, de una anchura de 1,40 metros por 15 metros de larga, siendo así que precisamente las casas que se constituían en predios dominantes según el documento privado de 10 de diciembre de 1950 eran seis. Por lo demás, y habida cuenta de lo expuesto, es obvia la imposibilidad de que la sentencia recurrida pueda haber infringido los artículos 532, 533, 536 y 564 del Código Civil, que también se invocan en el motivo segundo como infringidos y subsiguientemente, por las mismas razones, ha de fracasar el motivo tercero que acusa la violación del artículo 537 del mismo cuerpo legal con tangencial invocación del artículo 1.282 sustantivo, pues todos ellos regulan

distintas facetas y aspectos de la figura jurídica de servidumbre que no es la que se contempla en esta litis, sino la de condominio.

4. El cuarto motivo que denuncia la infracción del artículo 545 del Código Civil incide en el mismo defecto casacional de sus precedentes, cual es hacer supuesto de la cuestión al tomar como premisa de su alegato y aplicación del ordenamiento jurídico la existencia de una servidumbre sobre el «paso o calleja» que conduce al lavadero, siendo así que la sentencia en forma contundente establece la presencia de un condominio sobre el mismo; consecuentemente por tanto, el motivo fracasa por no ser lícito hacer supuesto de la cuestión en casación como señala la jurisprudencia de esta Sala en doctrina unánime y consolidada.

5. El quinto motivo que acusa la infracción de la jurisprudencia que interpreta el artículo 361 del Código Civil, cuyas sentencias invoca, olvida que es precisamente la doctrina de esta Sala la que unánimemente exige acerca de la llamada accesión invertida, que se trate de una edificación que invade parcialmente el terreno colindante ajeno, que sea realizado de buena fe y que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el del terreno ocupado o invadido (Sentencias de 12-XII-1908, 31-VI-1923, 16-III-1959, 2-VII-1960, 16-VI-1961, 25-II y 17-VI-1971, 23-X-1973, 10-XII-1980, 15-VI y 30-XI-1981, 1-X-1984 y 24-I y 29-IV-1986). Y es el caso de que en el supuesto aquí contemplado hay una declaración expresa de mala fe en el constructor, ahora recurrente, al que al ser cuestión de hecho sometida a la soberanía de la Sala y no haberse desvirtuado por el cauce procesal adecuado del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de permanecer incólume (Sentencias de 6-XII-1983, 15-II-1984, 31-I y 29-XI-1985), tanto más cuanto que explícitamente la Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1984 indica como supuesto indispensable de la subsistencia de presunción inicial de la buena fe, que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto oportunamente, lo que no acontece en este supuesto en el que como dice la sentencia recurrida, el constructor «sobradamente sabía que el terreno que iba a ocupar era ajeno y que se alteraba esa división y este conocimiento lo confirma su proceder al recobar antes de las obras, el consentimiento de los demás condueños como se reconoce en la demanda, que necesitaría igualmente para modificar la servidumbre de paso en el mejor de los casos si fuera servidumbre, al discutirse la concurrencia de los requisitos del artículo 545, párrafo 2.º, lo que no obtuvo del demandado que se opuso a la continuación de la obra mediante el cauce procesal oportuno», pues, en efecto, ejercitó la acción interdictal de obra nueva. En definitiva, que tras la declaración firme de mala fe del constructor y la de que éste no es dueño de la parcela sobre la que radicaba la antigua casa que es de la madre política, es decir, el terreno que ocupa el grueso de la edificación —que tampoco se ha descalificado por vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, nos encontramos con el obstáculo serio y realmente insalvable de que la facultad del artículo 361 del Código Civil para dinamizarse procesalmente mediante el ejercicio de la acción oportuna, como ha hecho el aquí recurrente, precisaría para su éxito que se hubiera promovido contra todos y cada uno de los condóminos que ostentan la titularidad *pro indiviso* del «paso o calleja» en cuestión, como propietarios exclusivos

de las casas adyacentes al mismo según el documento privado de 10 de diciembre de 1950 y ello por imperativo de los artículos 394, 397 y 399 del Código Civil, toda vez que afecta al derecho de propiedad de su cuota parte que no es susceptible de enajenación sin su expreso consentimiento, no siendo válido ni lícito por insuficiente, la demanda promovida con tal propósito contra uno o varios de los cotitulares del condominio, sino que ha de serlo respecto de todos ellos por tratarse de un inequívoco supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que aquí se ha incumplido y que enerva en su raíz la pretensión del recurrente en este aspecto, además de los antes señalados.

F. C. L.

CONSTRUCCION.—SERVIDUMBRES. LIMITACIONES CONTRACTUALES (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley pretendido, según los hechos y consideraciones que claramente resultan de la siguiente parte de la sentencia.

1. La cuestión debatida, que llega al presente recurso, se proyecta sobre dos diferentes extremos: A) Don P. M. M., propietario de un amplio solar, sito en el Caserío del Arenal, término municipal de Lluchmayor, procedente del predio Son Verí d'Abaix (Palma de Mallorca), segregó de su expresada finca varias parcelas o solares que vendió a diferentes personas entre ellas a don P. A. V. M., 96 metros, 66 decímetros cuadrados, estableciéndose en la cláusula c) que «el edificio que se construya en el solar vendido deberá emplazarse a 12 metros de distancia de la calle denominada 18 de Julio (hoy, Gran y General Consell), de suerte que quede sin edificar a lo largo de dicha calle una zona de la anchura indicada, en la cual no podrá levantarse en ningún tiempo a fin de no impedir las vistas a los demás solares vecinos pared alguna de una altura superior a 80 centímetros. Es también obligación del comprador construir la pared lindante con la expresada calle 18 de Julio de piedra hasta una altura de 80 centímetros y sobre ella una verja de hierro o madera de 1 metro, 60 centímetros, también de altura. La faja de terreno sin edificar de 12 metros podrá utilizarla, 9 metros para jardín y 3 para terraza adjunta a la edificación, no pudiendo sembrar árboles ni arbustos de ninguna clase que impidan o puedan impedir por su desarrollo las vistas de los solares vecinos». Idéntica cláusula se incluyó en la escritura de compraventa otorgada a don D. C. T., a quien se transmitieron 150 metros y 6 decímetros cuadrados, con la única salvedad de que la parte de este solar, colindante con el anterior, en la parte que daba a la calle de Miramar habría, además, de edificar a 3 metros de la misma. La cláusula se incluyó en todos los demás solares y, concretamente, en la escritura de venta de otra demandada en rebeldía, constando tales cláusulas inscritas en el Registro y en las transmisiones realizadas a doña M. R. P. por los anteriores, cuyos herederos se encuentran también en rebeldía. B) Don D. C. T. y don A. V. M., uniendo sus solares,

llevaron a cabo obras consistentes en, por una parte, el cerramiento, con estructura metálica y cristales, de la terraza adjunta a la edificación y, por otra, en la construcción en la zona de 9 metros de una terraza cubierta con su toldo de láminas graduables y con cierre metálico y cristales en uno de los lados. La demandada, doña J. G. P. —rebelde—, instaló en la franja de 9 metros un armazón de hierro en el que iba colocado un toldo plegable. El vendedor promovió juicio declarativo de mayor cuantía en solicitud de que se declarase que expresadas obras infringían las limitaciones impuestas en sus respectivos títulos de adquisición y que se los condenase a retirarlas y a dejar las fincas respectivas en las condiciones señaladas en las dichas limitaciones. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial revocó su sentencia y accedió a ella. Contra esta última sentencia se recurre en casación por don D. C. T. y don A. V. M.

2. El primer motivo del recurso se formula al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, en su faceta de inaplicación, de «los artículos 1.281 al 1.289 del Código Civil, que regulan, en términos generales, la interpretación de los contratos, en relación con los artículos 530, 536, 543, 545, 594 y 598 del propio texto legal, reguladores de las servidumbres, cuyo contenido y alcance ha sido erróneamente interpretado»; ya en el desarrollo, cita la doctrina jurisprudencial que señala que en los contratos en que se establece algún gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre tales extremos, sin que sea lícito interpretarla extensivamente, y que la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a quien impuso el gravamen y ocasionó la oscuridad, por lo que considera que no se infringen las limitaciones impuestas por la servidumbre, dado que las terrazas tienen la anchura de 3 metros permitida y el cerrado de las mismas mediante estructura metálica y cristales no está prohibido, ya que al hablar de terrazas no se especifica si abiertas o cerradas y las sentencias dictadas en materia de arrendamientos urbanos expresan que techar o cerrar una galería o terraza no es ganar un espacio, sino limitarlo; también dice que el toldo no puede tener la categoría de edificio o construcción y que el de autos no sobrepasa el límite de 2,40 metros, autorizado por el párrafo segundo de la cláusula C) del contrato, así como que el artículo 1.287 obliga a tener en cuenta los usos y costumbres del país, que —sigue afirmando— tuvo sin duda en cuenta el Juzgado de Primera Instancia para interpretar la «ratio del gravamen» y la evolución de las servidumbres en función de las necesidades y circunstancias futuras, por lo que reconoció que el edificio del Club Náutico hizo variar la situación primitiva. El perecimiento del motivo se produce por la reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que la conjunción de normas del ordenamiento jurídico sin la adecuada separación la tiene vedada la doctrina jurisprudencial, por cuanto proyecta confusión en la pertinencia y fundamentación del motivo, que es obligación insoslayable del recurrente, como afirman el artículo 1.707, 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las Sentencias, entre muchas otras, de 14 de marzo, 25 de abril, 24 de mayo y 9 de diciembre de 1985, sin que se alcance a comprender cómo pueden infringirse y en qué aspecto se inaplican los artículos sobre las servidumbres, si se reco-

noce el carácter de predial y voluntaria, establecida por contrato, de la que nos ocupa, de forma que el propio recurrente reconoce que los artículos 530 y 536 definen la servidumbre como gravamen real y la posibilidad de que se establezcan por la voluntad de los propietarios mediante contrato, «como ocurre en este supuesto», los artículos 543 y 545 consignan su inalterabilidad para hacerlas más gravosas o menoscabar su uso y los artículos 594 y 598, específicos de las servidumbres voluntarias, aluden a la forma de constituirse y a su obligatoriedad; ciertamente las servidumbres voluntarias que rigen prioritariamente por el título de su constitución, determinante de los derechos de los predios dominantes y sirvientes, cualidad mutua que tienen todos los solares en que se dividió la finca matriz, y sólo en defecto de título se rigen por las disposiciones del título VII del libro II del Código Civil que le sean aplicables, por lo que el Tribunal de instancia procedió a examinar el contrato y a interpretarlo cual le corresponde con carácter prevalente y que ha de mantenerse, salvo que se acredite ser ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal (Sentencias de 26-I y 14-III-1981, 30-X y 22-XI-1982, 1-VI y 29-IX-1983, 16-IV y 18-V-1984, 6 y 9-XII-1985 y 8-VII y 20-X-1986, entre muchas otras), lo que justifica que las normas interpretativas o valorativas de prueba no puedan citarse en bloque, debiendo razonarse sobre cada una de las que se considere aplicable, y no puede entenderse que la interpretación de la Audiencia sea extensiva, ni que haya oscuridad provocada por el actor-vendedor, pues las limitaciones se establecen en beneficio de todos los adquirentes de solares, pudiendo afirmarse que son mutuamente predios dominantes y sirvientes, aspecto puramente declarativo, consistente en la búsqueda del sentido de la norma; tampoco puede tratar de aplicarse una jurisprudencia como la recaída en interpretación de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre resolución contractual ante obras incontinentes que varíen la configuración o estructura, pero que pueden desmontarse con simples operaciones para volver la finca al estado inicial en el momento de concluir el contrato; terraza proviene de terrazo y el significado que le cuadra, como más ajustado al problema que nos ocupa, es el de terrado, «sitio de una casa, descubierto y por lo común elevado, desde el cual se puede explayar la vista», sin que ello quiera decir que ésta se refiera sólo al mar, ni que desapareciese la razón de la servidumbre con la construcción del Club Náutico, pues todas las limitaciones, como la de los 9 metros, pretenden espacios libres y abiertos, evitar la sensación de agobio que produce la gran ciudad, por lo que se buscan esos espacios abiertos, sobre todo en los sitios de veraneo, de formal tal que lo construido en dichos 9 metros tiene más el carácter de una marquesina o cobertizo permanente que, cual el cierre de la terraza, impide o limita el que los demás puedan explayar la vista, que no impide, en cambio, la verja en la linde de la calle, pues su carácter de enrejado no limita la visión y así perviven las afirmaciones de la Sala de instancia de que «ningún dato contractual permite identificar las vistas protegidas con las vistas al mar, pues éstas, a tenor de lo expresamente estipulado, no son las únicas que no pueden ser obstaculizadas» y que «se confunde lo que contractualmente se expone como permitido (árboles o arbustos en el jardín) con lo expresamente prohibido (edificar obstaculizando las vistas)».

3. El segundo motivo se ampara en el número 4.º del artículo 1.692 y se formula con carácter supletorio, para el supuesto de que no prosperase el anterior, examinándose por ello en segundo lugar; acusa error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal, sin resultar contradichos por ningún otro elemento probatorio; cita las escrituras públicas de compraventa, el dictamen pericial y el acta de reconocimiento judicial. El perecimiento del motivo se produce por las propias razones expuestas en el anterior, dado que lo que realmente se pretende no es señalar el hecho erróneo y cuál ha de sustituirlo, sino llevar a cabo una nueva valoración probatoria, para tratar de imponer su propio criterio sobre el más objetivo y desinteresado de la Sala, que interpretó acertadamente las escrituras públicas, únicas que tienen carácter de prueba documental, ya que el dictamen pericial y el acta de reconocimiento judicial constituyen medios de prueba diferentes «que se documentan en el propio procedimiento», lo que les priva del carácter que exige el ordinal 4.º del artículo 1.692 antes citado; por otra parte, la apreciación de la prueba de peritos es cometido del Tribunal de instancia, quien en tal tarea no tiene otro límite que las reglas de la sana crítica, no recogidas en ningún precepto legal que pueda citarse como vulnerado en casación, lo que excluye toda posibilidad de una nueva censura de la pericia, convirtiendo este recurso en una tercera instancia (Sentencias de 18 y 21-V-1976, 1-II y 19-X-1982, 13-V-1983, 10-III-1984, 11-VI-1985 ó 6-XII del propio año, con la de 25-X-1986); y es que la prueba de peritos es, por principio general, de apreciación libre y no tasada, ni el artículo 632 de la Ley Procesal, ni el 1.240 del Código Civil, contienen una norma sustantiva, sino la mera referencia a un elemento ilustrativo para el juzgador, valorable por éste según su prudente arbitrio (Sentencias de 3-III-1976 y 18-II-1977); y por lo que atañe al reconocimiento judicial, tampoco su ponderación es vinculante, sino de libre valoración, como no ajustado a reglas jurídicas, salvo la constancia de un dato irrefutable apreciado por los sentidos y reflejado en la diligencia, ignorado a la hora de la decisión final, hipótesis que no se da en el conflicto examinado (Sentencias de 6-XII-1985 y 25-X-1986, ya citadas, o la de 8-VIII-1953, con muchas otras).

F. C. L.

SERVIDUMBRE NEGATIVA DE LUCES Y VISTAS (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1988).

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 por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de esa capital, reiterando nuestro más Alto Tribunal la doctrina de que los huecos abiertos en pared propia son de mera tolerancia y sólo pueden ganarse por prescripción si existe acto obstativo, conforme a las siguientes consideraciones:

1.ª El señor F. M. ejercitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo acción negatoria de servidumbre, respecto al solar de su propiedad situado en la calle Jovellanos, número 19, de aquella ciudad, acción que tenía su justificación dado que, los entonces demandados y hoy recurrentes, habían adquirido la casa número 17 de la misma calle, colindante por la izquierda con el indicado solar, y después de su derribo, habían procedido a efectuar la nueva edificación, abriendo en la pared propia que daba sobre el fundo ajeno un total de doce ventanas con vistas rectas, sin que constara el título justificante del derecho real de servidumbre. Los demandados alegaron que en el antiguo edificio, y desde tiempo inmemorial, existían sobre la misma pared huecos abiertos, y que la existencia aparente de estas ventanas, y su continuado aprovechamiento, constituía el título adquisitivo de la servidumbre.

2.ª Los dos motivos del recurso deben estudiarse conjuntamente, pues aunque el primero se fundamenta en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error en la apreciación de la prueba, por no haberse apreciado, según se dice, «el valor de las actas notariales con las fotografías del anterior edificio», lo cierto es que el hecho de la existencia de los huecos en la antigua construcción está admitido en la demanda (hecho segundo), y ha servido de base para la argumentación jurídica de la resolución impugnada; cosa distinta es el valor que deba darse a este hecho, a la luz de los preceptos legales y de la jurisprudencia, y precisamente a este extremo se refieren las argumentaciones del primer motivo y del siguiente, que, amparado en el ordinal 5.º del mismo precepto procesal, denuncia la infracción de los artículos 537, 538 y 1.941 del Código Civil.

3.ª Constituye reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a la aplicación de la legislación antigua, en materia de servidumbre de luces y vistas: A) que aquella legislación histórica, y como consecuencia del derecho que tenía todo propietario de hacer en su propiedad lo que quisiera, sin otros límites que los jurídicos y los morales, no ponía traba a la facultad de abrir huecos, para luces y vistas, en pared propia; B) que tales luces o vistas no constituían derecho alguno de servidumbre, y, por consiguiente, no impedían el derecho que tiene el colindante para disminuirlos o anularlos, edificando dentro de su propiedad, y C) que la falta de ejercicio de ese derecho de edificar, por más o menos tiempo, no engendraba prescripción de servidumbre en favor del propietario que tuviere abiertos los huecos en su pared; este criterio normativo no ha sido alterado por el Código Civil vigente, en cuanto mantiene las mismas posibilidades de la legislación anterior: la facultad de abrir huecos con las características que señala el artículo 581; los derivados de la adquisición del derecho real de servidumbre mediante título del artículo 582, y por virtud de la prescripción conforme a los artículos 537 y 538; formulándose, para este último supuesto, que los huecos abiertos en pared propia y en correspondencia con suelo y cielo ajenos, son de mera tolerancia, salvo pacto o concesión expresa, y no pueden ganarse por prescripción, sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo, en razón a que, cuando alguno se aprovecha de esas luces, aspira a constituir una servidumbre negativa, evitando que el dueño de la finca a que afectan pueda construir en contigüedad y, por consiguiente, perjudicarlas (Sentencias de 25-II-1943, 14-III-1957, 2-X-1964, 21-

XII-1970, 21-III-1975 y 30-IX-1982). La doctrina que se acaba de exponer es determinante para el perecimiento de los dos motivos del recurso, pues no habiéndose alegado ni acreditado la existencia de hecho alguno obstructivo, a partir del cual pueda empezar a constarse el plazo prescriptivo de la servidumbre negativa que se reivindica, es obligado rechazar todos los argumentos expuestos.

F. C. L.

DONACION DE CASERIO EN VIZCAYA. BIENES QUE COMPRENDE.—

Ley 12 del título XX del Fuero de Vizcaya (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1987).

Discutido si en la donación de un caserío vizcaíno se comprende (tesis del demandante, apelado y recurrente) o no (tesis de los demandados, apelantes y recurridos) una tejavana existente dentro de su perímetro, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, casa la dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, revocatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Durango, en base a que la Ley 12 del título XX del Fuero de Vizcaya, norma que puede considerarse vigente según la disposición transitoria primera de la Ley 42/1959, de 30 de julio, en la que se contiene la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava, posterior a la fecha de la donación y equivalente a las contenidas en los artículos 348, 350, 353, 359 y 1.097 del Código Civil, aplicables, en virtud de la disposición final segunda de la citada Compilación como suplementarias, establece que en cualquier transmisión de dominio de un caserío se comprenden «todos sus pertenecidos»; lo que conduce a la conclusión de que, al donarse el caserío, se donó todo lo edificado en él.

COMENTARIO.—La citada Ley recoge el principio tradicional del Derecho vizcaíno que establece la indivisibilidad del caserío, que fundamenta Angulo (*Derecho Privado de Vizcaya*, Madrid, 1903, pág. 40) en la íntima trabazón o enlace existente entre todos sus elementos, de tal suerte que sus diferentes partes o pertenecidos existen los unos para los otros y todos en función del fin único al que sirve el caserío, cual es suministrar los medios económicos para el mantenimiento de una familia sin la mísera estrechez que caracteriza a la masa de la población rural de otras regiones. Por cuya razón, concluye, no vacilo en asentar la afirmación de que la casería es por su naturaleza indivisible.

F. C. L.

DIFERENCIAS ENTRE USUCAPION EXTRAORDINARIA Y PRESCRIPCION EXTINTIVA (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1987).

La diferencia se destaca en el artículo 1.963 del Código Civil que distingue entre la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles, que prescriben a los treinta años (párrafo primero) y la pérdida del dominio por consecuencia de la usucapión consumada (párrafo se-

gundo). La primera opera por el mero lapso de tiempo fijado por la ley; la segunda exige otros requisitos, entre ellos la posesión en concepto de dueño. Por esta razón no es posible que se «unimismen» (*sic*) la prescripción extintiva del dominio y la usucapión, como presupone un autorizado sector de la doctrina, aun referidas al mismo lapso de tiempo de treinta años. Los artículos 1.962 y 1.963 tratan de la prescripción de acciones, extinguiéndolas por el transcurso del tiempo sin su ejercicio, y ello como efecto distinguible y separable y autónomo de la pérdida mediata del dominio que se sigue a través de la perfección de la usucapión. El párrafo segundo de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra constituye, por tanto, una particularidad cuando dispone que «las acciones reales que no tengan establecido plazo especial sólo prescriben a consecuencia de la usucapión con la que resulten incompatibles». Esta particularidad sería innecesaria y redundante si aquellos artículos del Código Civil merecieran el mismo tratamiento.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEVACION A ESCRITURAS PUBLICAS DE DOCUMENTOS PRIVADOS DE COMPRAVENTA.—Artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital. Y en su segunda sentencia confirma íntegramente la del Juzgado, condenando a los demandados a declarar la obra nueva, dividir horizontalmente y cumplir los trámites necesarios para el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas a los compradores en documento privado de los pisos correspondientes.

Los fundamentos de Derecho son los siguientes:

1. En el presente procedimiento, la Sentencia del Juzgado, tras desestimar las excepciones formuladas por los demandados, condenó a éstos a declarar la obra nueva, dividir horizontalmente y cumplir los trámites necesarios para el otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas a los compradores, con expresa imposición a aquéllos de las costas, siendo de destacar en esta Sentencia del Juzgado, de fecha 28 de septiembre de 1981, el expresivo y singular último considerando de la misma en el que literalmente se dice: «Que excepcionalmente el Juzgado quiere poner de relieve la censurable conducta de los demandados doña I. A. B., doña J. A. G. y don F. D. M., que, por diferencias entre ellos, tienen, sin hacer la declaración de obra nueva de la finca litigiosa, sin practicar la división horizontal y sin otorgar las correspondientes escrituras a los adquirentes en documento privado desde 1969, a lo que estaban obligados por aplicación de los artículos 1.089, 1.254 y 1.280, número 6, del Código Civil, con las dificultades y riesgos que ello comporta, conducta temeraria que debe llevar a imponer las costas del procedimiento a todos

los demandados, según el artículo 1.902 del Código Civil».—Frente a esta categórica sentencia, la Sala de Audiencia, por el contrario, acoge la excepción invocada por los apelantes en orden a la falta de personalidad de la parte actora «por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en el juicio y no acreditar el carácter o representación con que aquélla reclama», considerando además excesivamente impreciso y falto de datos el acuerdo de la Comunidad de propietarios de la casa número 63 de la calle Encarnación Oviol, de Villaverde Bajo (Madrid), que convocada y reunida en asamblea extraordinaria el día 10 de octubre de 1977 con el único punto del Orden del día de «Solución de escrituras de propiedad», tomó el acuerdo al respecto de «autorizar al presidente E. M. M. a otorgar en nombre de la Comunidad poder general para pleitear a favor del Procurador de Madrid, don J. M. G., para entablar acción judicial contra doña I., doña C. y don F. A. B. y don F. D. M. para cumplimiento de contrato», indicándose a continuación en nota adicional que «han votado en esta reunión a favor de lo acordado los veinte copropietarios asistentes y los seis ausentes que anteriormente delegaron en el presidente, constitutivos de la mayoría absoluta».

2. Que si bien es cierto que el acta de referencia adolece de cierta imprecisión y falta de concreción respecto a relación de copropietarios y delegaciones efectuadas, la Sala estima que en el caso presente resulta más patente y apremiante la necesidad de poner término definitivamente a una situación ciertamente injusta, perjudicial y de riesgo para la gran mayoría de los integrantes de la Comunidad de propietarios litigante, cuyo interés superior no debe ceder ante quien con su proceder obstruye y consigue impedir durante tantos años lo que resulta ser una pretensión no sólo elemental, razonable y justa, sino también harto aconsejable: la elevación a escritura pública de los documentos privados de adquisición de los pisos de la calle Encarnación Oviol, número 63, de Villaverde Bajo, en Madrid. Razón por la cual debe estimarse el motivo tercero del presente recurso, en el que, al amparo del antiguo número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente al tiempo de la interposición de aquél, se denuncia la infracción del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, por el concepto de violación por inaplicación del mismo, resaltando al efecto el interés común y superior que para la citada Comunidad tiene la acción ejercitada por el presidente de la misma, también comunero; acción cuya finalidad no interfiere en los legítimos derechos autónomos que corresponden individualmente a todos y cada uno de los propietarios.

COMENTARIO.—Aborda esta sentencia, siquiera no lo desarrolle con la deseable profundidad, la sugestiva e importante cuestión de las facultades de representación que, conforme a la ley y sin necesidad de atribución expresa y detallada por la Comunidad de propietarios, competen al presidente de tal Comunidad, conforme al artículo 12 de la Ley 49/1960, de 21 de julio.

Parece evidente que si, según los términos literales de la Ley, «el presidente... representará en juicio y fuera de él a la Comunidad en los asuntos que la afecten», no es preciso que consten con todo detalle las facultades conferidas en cada caso por la Junta de propietarios, pues de otro modo vendría a ser superfluo e inane la facultad de representación

que se le atribuye legalmente y, además, actúa a favor del presidente, que no olvidemos es un copropietario, la reiterada doctrina jurisprudencial según lo cual todo comunero puede realizar actos en favor o beneficio de la comunidad. Y nadie discute que el régimen de la propiedad horizontal constituye una especialidad de la comunidad de bienes.

Frente a este sano criterio mantenido en la sentencia no es raro encontrar funcionarios, sobre todo del orden administrativo, que exigen en la certificación de la Junta se especifiquen minuciosamente las facultades del presidente, incluso haciendo constar que se le faculta para elevar a escritura pública los acuerdos adoptados o comparecer ante Notario. Si la representación en el orden judicial ha de servir para algo, no deberá precisar previo acuerdo de la Junta, frente a la común práctica contraria seguida habitualmente. Piénsese en una demanda urgente (verbigracia: por daños inminentes y graves) que no dé tiempo a reunir a los propietarios en Junta. Ello, a salvo de la responsabilidad en que pueda incurrir el presidente por su temeridad o imprudencia. Y lo mismo cabe decir en el orden extrajudicial siempre que no se trate de aquellos actos para los cuales se requiere acuerdo expreso de la Junta de propietarios conforme a la ley. Es deseable que en la próxima reforma de esta Ley se resuelvan estas y otras cuestiones planteadas.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA
y FRANCISCO CASTRO LUCINI

DONACION: NO ES PRECISA LA TRADICION PARA QUE EL DONATARIO ADQUIERA LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la Sentencia.—A partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad al donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que, sin duda, es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y el 1.095, consistente en la entrega *datio rei*, *datio possessionis*, signo exterior denotador de la transmisión dominical al consistir en un signo exterior de la reconocibilidad del dominio en favor del cesionario.

En el caso de las donaciones, el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación, según el artículo 633 en relación con

el 1.462 y el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida *ad solemnitatem* para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609, de tal suerte que en aquélla la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya, mientras que en la compraventa la entrega es cumplimiento de la obligación de entregar, y tradición de efectos traslativos del dominio y antes de la cual la cosa permanece en el patrimonio del *tradens*.

J. Q. S.

LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO NO CONSTITUYE POR SI UN DERECHO REAL SOBRE EL INMUEBLE (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la Sentencia.—Entiende la recurrente que la anotación preventiva de embargo sobre los bienes inmuebles, constante en el Registro de la Propiedad, confería a su favor la titularidad de un «derecho real» sobre tales inmuebles, lo que determinaba su preferente derecho al cobro de su crédito con el numerario que se obtuviera al enajenarse los mismos. Como ya sancionó la Sentencia de esta Sala de 5 de julio de 1917, la anotación preventiva de un embargo practicada por mandamiento judicial tiene por finalidad principal el garantizar con los bienes en que aquélla se realiza las responsabilidades nacidas del crédito que motivó el despacho de la ejecución y que han de hacerse efectivas en el procedimiento adecuado, pero en manera alguna modifica esa anotación la naturaleza jurídica de dicho crédito, ni convierte, por tanto, en derecho real sobre la finca anotada, el personal que se trata de hacer efectivo en aquel juicio especial; por lo que tiene también sancionado la jurisprudencia que la preferencia que otorga la anotación sobre los bienes anotados al acreedor que la obtuvo, se refiere solamente a los que tengan contra el mismo deudor otros créditos contraídos por éste con posterioridad a dicha anotación; puntualizando la Sentencia de 14 de diciembre de 1968 que la anotación preventiva de embargo no atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos o negocios obligacionales preferentes, y aclarando en definitiva la Sentencia de 17 de marzo de 1978 que el embargo como acto procesal y la anotación, que es su proyección registral, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos, ni altera la naturaleza de las obligaciones.

J. Q. S.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LOS ESTATUTOS NO PUEDEN FACULTAR A ALGUNOS PROPIETARIOS A REALIZAR ACTOS DE DIVISION SIN LA AUTORIZACION DE LOS RESTANTES (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—No obstante la permisibilidad de los pactos estatutarios no contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal, ha de enten-

derse que ésta tiene un carácter imperativo que impide la validez de aquellos otros que contravienen las disposiciones de la misma, y especialmente las normas que, como las contenidas en el párrafo 2.º del artículo 8 y en el artículo 11, y en beneficio de la comunidad de condueños, imponen el consentimiento unánime de los propietarios para la división de los pisos y locales, o para la alteración de la estructura del edificio. En el supuesto que nos ocupa, y en aplicación de la doctrina anteriormente anotada, ha de entenderse que los pactos estatutarios que facultaban a los propietarios de los locales para realizar actos materiales o jurídicos de división o segregación de los mismos, sin necesidad de la autorización de los restantes propietarios, es contraria al precepto del artículo 8, 2.º, y del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal.

J. Q. S.

*JURISDICCION CIVIL: EL ARGUMENTO DE LA «VIS ATRACTIVA»
APARECE UTILIZABLE EN LA ACTUALIDAD (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1987).*

Doctrina de la Sentencia.—El argumento de la *vis atractiva* de la jurisdicción ordinaria, entendiendo por tal el orden jurisdiccional civil aparece utilizable también en la actualidad. En la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, desaparecidas las especiales, la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en la misma. Los Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. Por tanto, no existe una jurisdicción ordinaria frente a jurisdicciones especiales en el sentido de que éstas conozcan selectivamente de aquellas materias que expresamente se sustraigan al conocimiento de aquéllas. Además del orden civil, existen el penal, el contencioso-administrativo y el social, principalmente. Parece, pues, que estos órganos deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas; criterio distinto del anterior de la *vis atractiva* y de la especialidad. Empero, cuando ni aún así pueda atribuirse el conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará como residual, según el número 2 del fundamental artículo 9.

Como se ha concluido por un autorizado sector de la doctrina, parece preferible que a falta de una solución legislativa, conozcan los Tribunales civiles de pretensiones indemnizatorias contra la Administración, aunque sean por daños derivados de situaciones regidas por normas jurídico-administrativas, a que los Tribunales del orden contencioso-administrativo conozcan de pretensiones indemnizatorias contra particulares que a veces pueden ser completamente ajenos a la actividad administrativa.

J. Q. S.

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION JURIDICA NO ACOGE UN DERECHO INCONDICIONAL (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La casación, lejos de ser una tercera instancia en la que el Tribunal Supremo pueda examinar y valorar libremente todos los elementos de convicción traídos al proceso, es un remedio procesal encaminado a determinar si dados unos hechos, no adecuadamente destruidos, es correcta o no la apreciación jurídica efectuada por el juzgador de instancia, resultando también improcedente la pretensión de que por ser más beneficiosa y abierta deba considerarse así la nueva redacción, ya que el proceso civil se rige por el principio de dualidad de partes y contradicción, de forma que lo favorecedor para una es perjudicial para la otra y el principio constitucional de protección jurídica no acoge un derecho incondicional a tal protección, sino el de obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas, que lo son en el presente caso las de la ley anterior, conforme a las cuales se preparó el recurso.

J. Q. S.

EL ARTICULO 1.280 DEL CODIGO CIVIL NO EXIGE FORMALIDADES «AD SOLEMNITATEM», SINO «AD PROBATIONEM» (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala tiene establecido, de acuerdo con las normas de los artículos 1.278 y 1.279 del Código Civil, que las del artículo 1.280 no comportan la exigencia de formalidades *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*, de suerte que el juzgador de instancia puede pronunciar la existencia de un contrato, es decir, que reúna los requisitos del artículo 1.261 de dicho cuerpo legal, sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita, pudiendo, por tanto, proclamarlo el Tribunal *a quo* por apreciación de los medios de prueba aducidos en las actuaciones.

J. Q. S.

EL PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO. ES VALIDO EL AFIANZAMIENTO DE UNA DEUDA FUTURA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que la acción de tercería de dominio entraña la pretensión principal del levantamiento de la traba que el embargo significa, y consiguiente cancelación de su anotación en el Registro de la Propiedad, no lo es menos que en el debate judicial a que da lugar la pretensión del tercerista puede discutirse toda la problemática de derecho material y no sólo la de índole puramente procesal, pues el artículo 38 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de legitimación registral, pero tal principio, a diferencia del de fe pública regis-

tral que el artículo 34 de la propia Ley sanciona, establece sólo una presunción, que por su carácter de *iuris tantum* admite prueba en contrario. Si bien las tercerías de dominio habrán de fundarse en el dominio de los bienes embargados, ello es bajo el presupuesto de que el que ejercita la acción pertinente ostente la condición de «tercero», según la jurisprudencia de esta Sala, contenida en sus Sentencias de 2 de febrero de 1984 y 26 de enero de 1985, las que establecen que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente «tercero».

Es válida la garantía de una deuda futura de cuantía desconocida e incierta cuando existe la obligación de la que puede derivar, al ser susceptibles de afianzamiento todas las obligaciones cualquiera que sea su objeto, incluso las deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, aunque, como dispone el artículo 1.825, no se pueda en tal caso reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida, o sea, hasta que la deuda esté completamente determinada.

J. Q. S.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACION: ES COMPETENTE LA JURISDICCION CIVIL CUANDO NO ESTE ESPECIFICAMENTE ATRIBUIDA LA COMPETENCIA A OTRAS JURISDICCIONES (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La acción entablada se fundamenta en los artículos 389, 1.907 y 1.908 del Código Civil, por falta de la diligencia exigible a un propietario para la buena conservación de los elementos de su propiedad que puedan con su ruina causar daño. Es claro que el deber de no causar daño por el defectuoso estado de las cosas propiedad del Patrimonio estatal no es materia exclusiva de un servicio público, con sus notas características, por lo cual la caída de una columna de adorno en un jardín no expresa fundamentalmente el funcionamiento normal o anormal de un hipotético servicio público, sino el quebrantamiento del deber genérico de vigilancia y el específico de cuidado de las cosas propias que es exigible a cualquier titular de bienes. En materia de culpa extracontractual de la Administración es competente la jurisdicción civil, siempre que específicamente no venga atribuida la competencia a otra jurisdicción.

Una constante jurisprudencia viene asimilando a todos los efectos la exigencia de la reclamación previa en la vía gubernativa, al acto de conciliación, como una oportunidad de dar satisfacción extraprocesal al demandante.

J. Q. S.

NO ES RESCINDIBLE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UNA FINCA URBANA, EN EL QUE SE DESCONOCIO LA EXISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO DE UN BAJO (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Entre las hipótesis de rescisión de los contratos que contempla el artículo 1.291 del Código Civil, no puede subsumirse el haberse negado, o desconocido, en una escritura de compraventa, la existencia de un contrato de arrendamiento sobre un bajo de la finca enajenada, sin perjuicio de que tal negativa ninguna trascendencia tendría respecto a la subsistencia de la relación arrendaticia existente, por lo que no cabe reconocer a los actores un interés merecedor de tutela jurídica respecto a dicha pretensión, en cuanto ni eran a la sazón titulares de algún derecho subjetivo, ni se encontraban en una situación jurídica que la mencionada compraventa desconociera o amenazara.

J. Q. S.

PREVALENCIA DE LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO DE SEGURO SOBRE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Las cláusulas convenidas en el contrato de seguro deben prevalecer sobre la voluntad unilateral de los contratantes, e incluso sobre las voluntades bilaterales de los mismos en aquellos supuestos que del contrato se deriven efectos frente a terceros, así como que su observancia y obligatoriedad vendrán en función del sentido literal de su texto, cuando los términos de las estipulaciones que contienen son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, con arreglo a la norma del artículo 1.281 del Código Civil.

J. Q. S.

DIFERENTES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA CADUCIDAD (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que la doctrina jurisprudencial se ha pronunciado de manera reiterada acerca de que el plazo de seis meses prevenido en el artículo 1.490 del Código Civil, es de caducidad y no de prescripción; pero la jurisprudencia no ha venido manteniendo con igual reiteración cuales fuesen los efectos y consecuencias del plazo de caducidad, toda vez que en las sentencias referenciadas por la parte en la fundamentación del recurso, las citadas al principio establecen que «la caducidad no admite la interrupción del tiempo» y «entablada la interpelación judicial después de haber transcurrido, es totalmente improporrible», matizando aún más las fechadas en 26 de junio de 1974 y 7 de mayo de 1981 que «el plazo del artículo 1.490 debe reputarse de caducidad y en consecuencia no admite interrupción, ni siquiera a través

del acto de conciliación». Por el contrario, junto a la doctrina acabada de expresar está la derivada de las Sentencias de 20 de mayo de 1972 y 17 de febrero de 1979, con arreglo a las cuales el acto de conciliación es válido en punto a impedir la caducidad de la acción, a las que cabría adicionar la de 8 de noviembre de 1983, que admite la interrupción de la caducidad en presencia de un acto procesal válido, y 23 de diciembre del mismo año, que reconoce que los plazos de caducidad pueden admitir excepcionalmente interrupción, sin que haya razón para sostener que sólo se ejercita el derecho a través de la presentación de la demanda.

J. Q. S.

LA FIANZA NO ESTA PRESIDIDA POR UN FIN DE LIBERALIDAD
(SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La naturaleza accesoria del contrato de fianza, al comportar las eventuales consecuencias de cumplimiento de la obligación garantizada en defecto del deudor principal, con los derechos típicos de reembolso y subrogación que determinan los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil, impide catalogar el acto de afianzamiento como presidido por un fin de liberalidad y gratuidad de los prohibidos al marido por el párrafo 1.º del artículo 1.413 del propio Código, vigente en el momento de autos. Importa acentuar la prioridad que debe darse a la seguridad del tráfico jurídico mercantil, cuando en el mismo interviene una persona casada, inicialmente legitimada para obligar el patrimonio consorcial; y la presunción de ganancialidad pasiva del contrato, que abona la responsabilidad de los bienes de esta naturaleza en cualquier obligación contraída por el marido durante el matrimonio, responsabilidad que ha de predicarse, pese al carácter no oneroso de la obligación asumida, cuando de la singularidad del caso y aún de su excepcionalidad quepa deducir la existencia de aquel consentimiento de la esposa que, como formalidad de control, es decir, como simple asentimiento, venía exigido, para las disposiciones a título gratuito, por el artículo 1.413 del Código Civil, precepto que significa que la esposa, que no aparece formalmente en el aval, ni está externamente vinculada a él, no puede desconocerlo ni impugnarlo, salvo que acredite que su consentimiento estuvo viciado.

J. Q. S.

REQUISITOS PARA APLICAR LA CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»
(SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—En orden a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es constante exigencia de la jurisprudencia de esta Sala, como pone de relieve la Sentencia de 16 de junio de 1983, que para la aplicación de tal cláusula se den determinados requisitos, entre ellos el de la concurrencia de hechos extraordinarios, imprevisibles e imprevisos por las partes, de tal enjundia que puedan provocar el desequilibrio

de las prestaciones básicas del contrato, fundantes de su justa reciprocidad.

J. Q. S.

PARA ACOGER LA «EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS» NO BASTAN LAS MERAS SOSPECHAS (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—Para acoger la *exceptio non adimpleti contractus* no bastan las meras sospechas o temores de consecuencias futuras y, en todo caso, no es suficiente aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (Sentencia de 4 de octubre de 1983) ni frustren las legítimas expectativas de la parte (Sentencias de 27 de octubre de 1981 y 2 y 7 de marzo de 1983), sin que en la demandada se acredite cuál se precisa para el acogimiento, una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de hechos obstativos.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LAS NORMAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA HAN DE INTERPRETARSE CON FLEXIBILIDAD (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La conocida doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba en supuestos de culpa extracontractual no se basa en una presunción de culpabilidad, sino en el supuesto de que una persona para su provecho maneja dispositivos u ordena trabajos que, objetivamente, entrañan un peligro para los demás y por ello, si por causa de esos dispositivos o trabajos, se produce un resultado lesivo, es a quienes los manejan o se aprovechan a los que corresponde probar la diligencia en su uso, ya que no resultaría lógico exigir a los perjudicados que prueben las circunstancias de las causas de su perjuicio, que les son ajenas, lo que no implica la proclamación de una responsabilidad objetiva, solamente exigible cuando el ordenamiento jurídico la impone, normalmente para procurar un mínimo de indemnidad a las posibles víctimas, no incompatible con la exigencia de culpa extracontractual que tiene lugar cuando no se prueba la diligencia debida en el cumplimiento del deber civil genérico de cuidado que establece el artículo 1.902 y siguientes del Código Civil, y de esa falta de diligencia proviene, causalmente, un resultado dañoso, que origina la responsabilidad civil directa y solidaria.

No se quebranta el principio constitucional de legalidad, que solamente se refiere al derecho sancionador, con sus requisitos de tipicidad y penalidad, cuando se condena en aplicación de una ley con una base probatoria, aunque la naturaleza de los hechos requiera que la distribución de la carga de la prueba se altere para la averiguación de la verdad, sobre criterios de experiencia, porque las normas sobre la carga de la prueba han de interpretarse con cierta flexibilidad, y porque la propia

presunción de inocencia, incluso en materia penal, cede ante argumentaciones sobre indicios razonables con base en los hechos conocidos.

J. Q. S.

LA SUMISION NO PUEDE DEJARSE AL ARBITRIO DE UNO DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1987).

Doctrina de la Sentencia.—La sumisión es la primera de las reglas sobre competencia territorial, pero la expresa ha de establecerse de manera clara, precisa y de modo bilateral, es decir, suscrita por la parte que renuncia a su fuero propio, sin que ello pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Tiene sentado esta Sala que no es sumisión expresa la cláusula sin firma en el reverso de un documento, figurando la firma en el anverso, sin referencia a ella (Sentencia de 12 de noviembre de 1985).

J. Q. S.

ARRENDAMIENTO. MENOR DE EDAD.—*Artículos 164 antiguo y 166, párrafo 1.º, actual, del Código Civil* (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1987).

La madre viuda de un menor de edad da en arrendamiento una finca urbana con huerta aneja propiedad de éste, sin autorización judicial. Vendida luego la finca arrendada, con autorización del Juez, el comprador pretende se declare la nulidad del arrendamiento por no haber mediado la autorización judicial, a lo que accede el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lugo, mientras que la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca en este particular la Sentencia del Juzgado, declarando la subsistencia del arrendamiento.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el comprador, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho.

1. El juicio de que el presente recurso dimana versa sobre la validez o resolución del contrato de arrendamiento del local que se dirá y para el adecuado enjuiciamiento han de establecerse las siguientes puntualizaciones: A) El local forma parte de una casa compuesta de planta baja, destinada a garaje, y dos plantas más destinadas a vivienda, así como del correspondiente desván, de la superficie aproximada de 96 metros cuadrados. Tiene en su parte trasera una huerta de la superficie aproximada de 224 metros cuadrados. B) Era propietario de la misma F. A. C., casado con A. C. P., padres de J. A. C., habiéndole arrendado aquél el local al demandado, F. P. S., junto con la huerta. Fallecido el propietario y habiendo cesado el arrendatario, siendo todavía menor de edad J. A. C., su madre lo cedió en arrendamiento verbal a la demandante, M. S. G., junto con la denominada huerta, que es terreno anejo que únicamente

puede usarse con el local, por el cual tiene acceso. C) La sentencia impugnada sienta, sin contradicción en el recurso, que la demandada, según expresiones literales del «considerando» quinto, «se dedica al comercio de ultramarinos al por mayor, en cuya actividad, como continuadora de la de su fallecido esposo, consta en los Registros fiscales de la Delegación de Hacienda de Lugo, con tres vehículos adscritos a tal industria; vehículos que se guardan en el local para cuyo fin fue arrendado (el local litigioso), motivos por los que tal arrendamiento no está comprendido dentro del Código Civil y se regirá por las normas aplicables al del local de negocio, de acuerdo con cuanto se dispone en el artículo 5.º, 2, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos». D) El 16 de marzo de 1977, A. C. P., habiendo obtenido autorización judicial al efecto, que le fue otorgada por auto de 7 de marzo de 1977, vendió la finca al aquí demandante, E. R. G. E) El Juzgado estimó íntegramente la demanda por entender que «la madre no puede arrendar en nombre de su hijo sin la previa autorización judicial» y porque «al no referirse el local arrendado a vivienda ni a negocio no puede regirse por las disposiciones que regulan los arrendamientos urbanos sino por el Código Civil». La Audiencia, por el contrario, entiende que «el arrendamiento es un acto de administración», «señalándose como el prototipo de tales actos de administración», sin «que la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos los iguale o asimile a los concertados por más de seis años» y «por ello la madre del menor que era titular del derecho de propiedad del inmueble podía dar la parte baja en arrendamiento, como así lo hizo, a la demandada sin necesidad de autorización judicial»; notando, de otra parte (como ya se adelantó), que «la misma (demandada) se dedica al comercio de ultramarinos al por mayor en cuya actividad, como continuadora de la de su fallecido esposo, consta en los Registros fiscales de la Delegación de Hacienda de Lugo con tres vehículos adscritos a tal industria; vehículos que se guardan en el local para cuyo fin fue arrendado, motivos por los que tal arrendamiento no está comprendido dentro del Código Civil y se regirá por las normas aplicables al de local de negocio, de acuerdo con cuanto se previene en el artículo 5.º, 2, de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos». Consecuentemente, revoca la Sentencia del Juzgado que había declarado la nulidad del contrato de arrendamiento y condenado a la demandada M. a dejar local y terreno a disposición del actor, y, en su lugar, declara la existencia de arrendamiento en favor de la demandada (hoy sus herederos) concerniente al local y terreno adyacente, condenando al demandante a que lo reconozca y perciba la renta. F) El recurso se articula con tres motivos, todos ellos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en que se denuncia, respectivamente, la infracción del artículo 1.548 en relación con los 1.263 y 1.264 del Código Civil (1.º), la no aplicación de los artículos 164 y 1.548 del Código Civil (2.º) y la no aplicación del artículo 4.º, 1, del Código Civil en relación con los preceptos que se citan de la legislación sobre arrendamientos rústicos y señaladamente el artículo 12 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

2. El artículo 164 del Código Civil, anterior a la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, al igual que el párrafo primero del vigente artículo 166, exige a los padres administradores de los bienes de sus hijos que para enajenar los bienes inmuebles cuando concurren cau-

sas de necesidad o utilidad para hacerlo, obtengan «la previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal». El artículo 1.548 del mismo Código Civil, tanto antes como después de la reforma del mismo por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, prohíbe a los padres dar en arrendamiento «las cosas por término que exceda de seis años». Se plantea ante dichos textos legales la cuestión de si los padres ostentan, fuera de esa prohibición, la facultad de arrendar los bienes inmuebles que no pueden enajenar ni gravar sin la previa autorización judicial, cuestión que no es otra que la de si el arrendar dichos bienes es acto de administración que pueden efectuar sin licencia judicial o, por el contrario, es acto de enajenación o gravamen sujeto a esta exigencia de la autorización del Juez, oído el Ministerio Fiscal. Para los arrendamientos rústicos existe una norma especial ya desde la Ley de 15 de marzo de 1935, artículo 3.º, que es ahora la del artículo 12 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, cuyo número 2 previene que «los padres o tutores podrán dar en arrendamiento las fincas de los menores sujetos a su patria potestad o tutela por término no superior al que falte a dichos menores para alcanzar la mayoría de edad», siendo improrrogables estos arrendamientos. Ante la inexistencia de una norma paralela en la Ley de Arrendamientos Urbanos que no la ha ofrecido en ninguno de sus textos a partir del de 31 de diciembre de 1946 y que no la presenta en el vigente de 1964, hay que entender, que, para los arrendamientos de inmuebles que no se hallen sujetos a la Ley de Arrendamientos Rústicos citada, ya lo estén a la común ya a la especial de Arrendamientos Urbanos, cualesquiera sean las dudas que puedan suscitar las opiniones de los autores, sin fuerza de doctrina legal, en torno a la naturaleza jurídica del Derecho de arrendamiento, el otorgamiento del mismo en nuestro sistema positivo constituye, por regla general, un acto de administración (últimamente, Sentencia de 8 de octubre de 1985), a no ser que se concierte por un plazo de duración superior a seis años, ya que, en supuesto de esa duración estaría alcanzado por la prohibición expresa del artículo 1.548 del Código Civil, precepto que por lo demás resuelve la cuestión planteada con carácter general, respecto de todos los demás arrendamientos y ha de leerse en el sentido de autorizar, de modo explícito, a los padres para arrendar los bienes de sus hijos por plazo que no exceda del referido, según así lo entendieron las Sentencias de esta Sala de 29 de abril de 1950 y 3 de diciembre de 1954, cuya doctrina procede reiterar. La limitación temporal prevista en el artículo 1.548 del Código Civil ha de entenderse en relación, en su caso, con el artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y en el sentido de que la prohibición del primero operará impidiendo la estipulación en el contrato de un plazo superior al de seis años, sin la previa autorización judicial, mas sin tomar en consideración el régimen de la prórroga forzosa a que se refiere el siguiente artículo 57 y que se inicia «llegado el día del vencimiento del plazo pactado», a partir del cual ya no es obligatoria la permanencia del inquilino o arrendatario sino potestad, sujeta empero a las excepciones reguladas en los artículos 62 a 94.

3. Los razonamientos precedentes significan la desestimación de los dos primeros motivos del recurso en que se acusa infracción de los artículos 164 y 1.548 del Código Civil. Como corroborante de esa desestimación debe aducirse también que la enajenación realizada sin la previa

autorización judicial no es inexistente en el sentido del artículo 1.261 ni tampoco nula en el del número 3 del artículo 6.º, sino que, como declaró la Sentencia de 9 de diciembre de 1953, puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayor edad (no cabe, en cambio, subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría la validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada). A partir de esa naturaleza de simple anulabilidad, parece ha de cuestionarse la legitimación de quienes no sean el propio hijo o los que del mismo traigan causa, negándola a quienes se sitúen fuera de la reducida esfera de los intereses del hijo que aparejan la exigencia de la autorización judicial oído el Ministerio Fiscal, no correspondiendo, por tanto, al adquirente de la casa por título de compraventa. La Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1912. al no rechazar la aplicabilidad del artículo 1.301 del Código Civil a los contratos celebrados sin autorización judicial, autoriza a pensarlo así.

F. C. L.

MANDATO NO REPRESENTATIVO. NEGOCIO FIDUCIARIO.—*Artículos 1.097 y 1.709 del Código Civil* (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Tenerife, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de la Orotava que había estimado parcialmente la demanda, conforme a los siguientes fundamentos:

1. En cuanto atañe al presente recurso de casación y por ser hechos pacíficos que contribuyen a una mejor comprensión de los problemas planteados, ha de sentarse cuanto sigue: A) Los esposos don J. S. y doña G. H., domiciliados en Santa Cruz de Tenerife (España), fallecieron el 15 de marzo de 1980 en Accra (Ghana). B) El señor J. S. había otorgado testamento el 11 de septiembre de 1971, por el que dejaba todos sus bienes a su mujer, si bien bajo el número 4 decía: «Dos tiendas llamadas 'Amber' y Restaurante 'Taj Mahal', Puerto de la Cruz, Tenerife, El Supermercado denominado 'Kwality', en la avenida Generalísimo, pertenece a K. T., de Túnez, puesto que el importe me fue pagado, aunque esté inscrito a mi nombre. La propiedad del citado 'Kwality' va, pues, al citado K. T. o a sus sucesores». C) Dichos señores tenían suscrito convenio, cuya traducción oficial es del siguiente tenor: «El presente contrato ha sido celebrado hoy día 15 de junio de 1979 entre don J. S., avenida Venezuela, 6, Puerto de la Cruz (Tenerife), de una parte, y don K. T., de Túnez (Túnez), de la otra parte, convenido en la forma siguiente: 1) Don K. T., segunda parte contratante, es dueño y propietario de la finca e industria conocidos como 'Kwality Supermercado', situado en avenida del Generalísimo, 7, en Puerto de la Cruz (Tenerife). El local está actualmente a nombre de don J. S., quien lo compró con el dinero del señor K. T., que trajo divisa extranjera al país. 2) La industria

'Kwality Supermercado' arriba mencionada se explota bajo el nombre de J. S. en fideicomiso para el señor K. T. 3) El beneficio de la industria será dividido en partes iguales entre las dos partes. 4) Don J. S. continuará recibiendo beneficios mientras viva y después de su fallecimiento la propiedad y control de toda la industria revertirá al señor K. T., sus sucesores y causahabientes. 5) Don J. S., mientras viva, controlará, explotará y administrará dicha industria consultando con el señor K. T. 6) Todos los impuestos y otras obligaciones de la industria serán pagados por dicha industria y el beneficio neto será repartido en partes iguales entre ambas partes. 7) El señor K. T. tiene todo derecho a transferir la propiedad de dicha industria o a legar dicha industria al sucesor de su elección, notificándolo por escrito a la primera parte contratante o por medio de testamento. 8) La primera parte contratante será responsable de llevar la contabilidad adecuada y presentar las declaraciones a las autoridades competentes». D) Por demanda fechada el 29 de octubre de 1980, don K. T. ejercitó ante el Juzgado de La Orotava acción sobre declaración y reconocimiento de derechos de propiedad contra los desconocidos e ignorados herederos de don J. S. y doña G. H., así como contra aquellas personas que tuvieran interés directo o indirecto en las herencias yacentes de los mismos, a fin de que se declarase su pleno dominio del negocio o industria del Supermercado y de los locales donde se desarrolla la venta al público, más otros bienes inmuebles y muebles que enumeraba en el hecho sexto, considerándolos al servicio y normal desenvolvimiento del negocio, solicitando igualmente que se los condenase a otorgar los instrumentos públicos acreditativos de la propiedad de los mismos (petición modificada en réplica). E) Comparecidas diferentes personas como demandados y presuntos herederos, que se limitaron a pedir la desestimación de la demanda, el Juzgado accedió parcialmente a ella, estimándola sólo en cuanto a la industria 'Kwality' y los dos locales designados con las letras A y B del hecho sexto del escrito de iniciación, inscritos como fincas 6.755 y 6.756, debiendo transmitirle su propiedad los demandados que resultasen herederos. F) Interpuesto recurso de apelación por don K. T. y adherida al mismo doña G. M., que actuaba por sí y en beneficio de la herencia yacente, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Tenerife confirmó la Sentencia del Juzgado.

2. El primer motivo de casación formulada por el señor K. T. se ampara en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia infracción, en concepto de violación por inaplicación, del artículo 1.709 del Código Civil, puesto que, dice, «al estar en presencia de un mandato del hoy recurrente a don J. S., éste actuaba por cuenta de aquél y, por tanto, las adquisiciones que realizó lo fueron en beneficio del señor K. T.». El perecimiento del motivo es claro, pues si bien es cierto que la sentencia de instancia admite prácticamente la existencia de un mandato entre los señores K. T. y J. S., acudiendo a la figura del negocio fiduciario (aunque no lo diga, encuadrándolo en lo que ha dado en llamarse «fiducia *cum amico*»), ya que el fallecido don J. S. —fiduciario— recibió del hoy recurrente el mandato de montar un supermercado con dinero que al efecto le entregó, encargándose después de su administración remunerada, pero actuando al hacerlo en su propio nombre, de suerte que cumpliendo ese cometido «adquirió el inmue-

ble adecuado, efectuó la inscripción registral y puso en marcha el comercio como si fuera personalmente interesado, derivándose de ese modo de operar una titularidad formal y aparente de los bienes y negocio en favor del fiduciario, válida y eficaz frente a terceros desconocedores del pacto de fiducia, pero que obliga *inter partes* a reconocer las titularidades reales en favor del fiduciante» (considerando cuarto), no lo es menos que el fundamento de Derecho quinto se dedica a determinar la extensión objetiva que ha de darse al Supermercado «Kwality», teniendo en cuenta para ello: que el testamento otorgado el 11 de septiembre de 1971 por el señor J. S., al propio tiempo que reconocía su propiedad en favor del actor, excluía y disponía como propias de dos fincas situadas en el mismo inmueble y adquiridas en idéntica escritura (las tiendas llamadas «Amber» y Restaurante «Taj Mahal»), lo que concuerda con que en el convenio de 15 de julio de 1979, posterior a la compra de los otros inmuebles que el actor reclama en el hecho sexto de su demanda, se habla de «la finca» y «el local» en singular, y sigue diciendo la Audiencia que «si los demás inmuebles reclamados fueron adquiridos por don J. S. con dinero procedente del negocio del supermercado, después de funcionar éste, lo hizo no sólo en su nombre, sino también en su propio beneficio e interés», sin perjuicio de lo cual, continúa afirmando, tales operaciones se habrían tenido en cuenta o se tendrían en el futuro al rendirse cuentas de la Administración; es decir: no se infringe el artículo 1.709, pues se aplica el concepto contenido en el mismo; se determinan sus límites; y se señala que, en la hipótesis de haberse adquirido bienes con dinero del negocio de supermercado, se habrán rendido cuentas o se rendirán en el futuro; e incluso el propio recurrente reconoce que se aplica para atribuir al demandante la propiedad del supermercado, pero no la de los restantes bienes, con lo que pretende sustituir el criterio interpretativo de la Sala, objetivo e independiente, por el suyo propio, subjetivo e interesado, lo que no cabe en casación.

3. El segundo motivo, con base en idéntico ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción por inaplicación del artículo 1.097 del Código Civil, al pretender el recurrente que si la sentencia de instancia admite que el Supermercado «Kwality» lo adquirió el señor J. S. por cuenta del señor K. T., dicha compra implica no sólo lo principal, sino también lo accesorio, entendiendo como tal, además del supermercado propiamente dicho, almacenes, depósitos y oficinas, las viviendas de empleados y vehículos del supermercado. El decaimiento del motivo se produce porque da por sentado lo que no aparece acreditado en autos, hace supuesto de la cuestión, se olvida de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en quien tenía la carga de la misma y pretende sustituir el criterio de la Sala de instancia por el suyo propio. En modo alguno puede estimarse probado que los demás bienes contenidos en el hecho sexto de la demanda sean partes integrantes o pertenencias del negocio, ni dependencia del mismo, pues funcionaron sin tal carácter, y tampoco la comparación de valores lo justifica, de forma tal que cuando la Audiencia estudia la extensión objetiva del supermercado los considera excluidos, no sólo porque el señor J. S. los trató como propios en su testamento, sino también por la concordancia de éste con el convenio de 15 de julio de 1979, sin perjuicio de la oportuna rendición de cuentas, por todo lo cual el ataque

a la sentencia requería la previa alegación del número 4.º de dicho artículo 1.692, aduciendo error en la apreciación de la prueba, razones conjuntas que obligan igualmente al rechazo del motivo tercero, en el que se acusa infracción del artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el 1.281, párrafo 1.º, del mismo Código, manteniendo la tesis de que las cartas obrantes a los folios 297, 300 y 302 acreditan la propiedad del recurrente sobre los locales 11 y 10 del Edificio «Iders» del Puerto de la Cruz sobre los que se instalaron el Bazar «Amber» y el Restaurante «Taj Mahal», adquirido por el señor J. S. también en virtud del mandato cuya existencia admitió la sentencia de instancia para atribuir al señor K. T. la propiedad del supermercado, con lo que vuelve a hacerse supuesto de la cuestión, invadiendo facultades interpretativas de la Sala de instancia, cuya potestad ha de mantenerse en la hermenéutica incluso aunque ofreciese dudas, según constante y reiterada doctrina de innecesaria acotación, máxime cuando expresados documentos carecen de literosuficiencia, al no reflejar por sí mismos, sin necesidad de exégesis, lo que se pretende y no poder deducirse la propiedad del señor V. del simple cambio de impresiones sobre la explotación y destino de los mismos.

COMENTARIO.—Esta sentencia admite para nuestro Derecho el mandato no representativo, posibilidad negada por algunos autores siguiendo la equivocada dirección patrocinada por Sánchez Román. En el supuesto de hecho que origina el pleito, conforme al documento privado que se transcribe en la sentencia, se aprecia la existencia de: 1.º Un contrato de mandato no representativo, ya que al fallecido don J. S. compró en propio nombre pero siguiendo las instrucciones y por cuenta de don K. T. con dinero que éste le entregó al efecto y para el mismo, el Supermercado «Kwality»; no hay, pues, un posible contrato de préstamo, cuya existencia no se han planteado siquiera las partes. 2.º Un contrato de sociedad, que puede calificarse de sociedad civil irregular. 3.º Un negocio jurídico fiduciario, en cuya virtud uno de los socios, don K. T., propietario del supermercado, consiente que el otro socio figure como propietario formal o aparente del negocio de supermercado y gestione en propio nombre los intereses comunes.

F. C. L.

COMPRAVENTA. NULIDAD. SIMULACION FRAUDULENTA. MALA FE. PRESUNCIONES—Artículo 1.253 del Código Civil (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Latour Brotons, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado.

Según resulta de documentos aportados a los autos, el Juez de primera instancia de Haro, en Sentencia de 28 de enero de 1975, en juicio

ejecutivo seguido a instancias de la empresa PERCAM, S. A., mandó seguir adelante la ejecución despachada hasta el remate de los bienes embargados y con su producto hacer cumplido pago a la misma, con los intereses correspondientes y pago de costas. En los referidos autos ejecutivos *consta la notificación de la sentencia al representante legal de la ejecutada, la empresa PYSBE, S. A., en la persona de don J. S. L., practicada el 6 de marzo de 1975. Posteriormente, y por Sentencia de 28 de mayo de 1975 del mismo Juzgado, se tuvo por ampliado el remate, agregando a la cifra inicial la de 753.679 pesetas, más intereses legales, por vencimiento de otra letra, constando, asimismo, la notificación de esta nueva sentencia al representante legal de PYSBE, S. A. Previa publicación de edictos, se celebró subasta el 2 de febrero de 1976, declarada desierta por falta de postores, celebrándose segunda subasta el 29 de abril de 1976, con rebaja del 25 por 100, sin que compareciera ningún postor, por lo que se celebró una tercera subasta, sin sujeción a tipo, concurriendo varios licitadores, entre ellos don J. S. L. (a su vez representante legal de la ejecutada), que ofreció 23.000.000 de pesetas, habiendo consignado previamente 2.900.000 pesetas. Mediante exhorto librado al Juzgado de San Sebastián, se le requirió personalmente en su domicilio para que completara la suma ofrecida. Al no hacerlo, el Juzgado, por providencia de 27 de septiembre de 1976, ordena nueva subasta para el 30 de noviembre del mismo año, quedando el señor S. responsable de la posible disminución del precio del remate y de las costas que se causaren. Celebrada la subasta anunciada, concurren varios licitadores y resulta mejor postor don J. P. G., que ofrece 20.000.000 de pesetas, habiendo consignado previamente la cantidad de 2.900.000 pesetas. Requerido para que complete esta última, no lo hace y se declara en quiebra esta cuarta subasta. El 10 de junio de 1977, ante el Notario de Haro, la entidad PERCAM, S. A., cede a Astilleros de Santander, S. A., su crédito contra Pesquerías y Secaderos de Bacalao de España, S. A. (PYSBE, S. A.), llevando aparejada esta cesión la subrogación de la Compañía cesionaria en la situación procesal en el juicio ejecutivo, teniéndosele por parte por providencia de 16 de septiembre de 1977. El nuevo ejecutante, Astander, Sociedad Anónima, solicitó, conforme al artículo 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la adjudicación del inmueble embargado por las dos terceras partes del precio que sirvió de tipo para la segunda subasta, que representaba un 50 por 100 del valor de la tasación. Todo ello fue notificado a PYSBE, S. A., en su domicilio de Pasajes por mediación del Juzgado de San Sebastián. Por providencia de 23 de diciembre de 1977 se adjudicó a Astilleros de Santander, S. A., la finca embargada por la suma de 14.473.000 pesetas, *declarándose responsables a don J. S. L. y a don I. P. G.*, con las fianzas prestadas, de la disminución del precio entre el montante del remate de las subastas en que intervinieron y el de adjudicación. Practicada la liquidación de costas, y consignada en el Juzgado la cantidad de 9.904.265,52 pesetas se dejó transcurrir con exceso el plazo de tres días concedido a la sociedad ejecutada para el otorgamiento de la escritura pública, el Juez de Haro señaló el 16 de mayo de 1978 para su otorgamiento de oficio. Pero, paralelamente a estos hechos, son de destacar, por su importancia, los siguientes: El 1 de agosto de 1977, y ante Notario, se otorga escritura de compraventa de la misma nave embargada a PYSBE, S. A., en el procedimiento ejecutivo de que se viene*

haciendo mérito y en el que don J. S. L., en representación legal de la misma, vende a Alimentos Congelados Tierra-Mar, S. A., haciéndose constar las siguientes cargas: a) anotación preventiva de embargo, letra A): PERCAM, S. A., contra PYSBE, S. A., por 3.403.312,73 pesetas, embargándose la finca de Pasajes; b) anotación preventiva de embargo, letra B), a favor del Estado, por 474.075 pesetas, por débitos de Urbana, Industrial y Licencia Fiscal, ampliándose después a 5.151.583 de principal, 1.030.317 por apremios y 150.000 para costas; c) anotación en reclamación de 1.189.731 pesetas de principal, 4.409 de protesto y 300.000 para costas e intereses. En esta escritura se asigna a la finca el valor ficticio de 13.448.935 pesetas, que se dice equivalente al precio, declarándose por la vendedora recibidas, antes del otorgamiento, la cantidad de 2.218.383 pesetas, otorgando carta de pago; y las restantes 11.230.362 pesetas, *se las reserva* la parte compradora para hacer frente a las cantidades adeudadas, cantidad que aún sigue en reserva —al menos en la tramitación del pleito— y que nunca se ha satisfecho, consumando así el mayor fraude procesal rayano en clara actividad delictiva en el otorgamiento del contrato, como se desprende de la providencia de esta Sala que mandó oír al Ministerio Fiscal y del enjundioso dictamen emitido por el mismo. Pero es que, además, hay que tener en cuenta que los emplazamientos a PYSBE, S. A., y Alimentos Congelados, S. A., se hacen en el mismo domicilio y a la misma persona, actuaciones todas que de consuno culminan en ocultar el otorgamiento de la escritura al Juzgado y que nunca se pagó cantidad alguna, hasta el punto de que fue el Servicio de Recaudaciones el que, ante el impago de las cantidades adeudadas, promovió el correspondiente embargo e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Hay, evidentemente, una infracción del artículo 1.253 del Código Civil en la sentencia de instancia, pues lo que debiera ser tan sólo un juicio de valor, se torna en clara infracción del precepto citado, donde los hechos que se han destacado conducen a la indeclinable de la mala fe con que ha obrado la parte recurrente, hasta el punto de rozar el dolo penal, sólo inviable su acción correspondiente para exigir tal responsabilidad por una prescripción que la hubiera hecho estéril y hasta el incomprensible aquietamiento de la parte actora, pero que avalan el acogimiento del segundo de los motivos del recurso, en el que se denuncia la violación del artículo 1.253 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, doctrina aplicable al tercero de los motivos dada su paridad argumental y consecuencias, en cuanto se trata de concluir las motivaciones que llevaron al demandado y colaboradores a otorgar tan fraudulenta escritura.

Finalmente, el cuarto motivo, merece su acogimiento, en cuanto en puridad de doctrina, se postula una simulación absoluta, al amparo de los artículos 1.261, 3.º; 1.274 y 1.276 del Código Civil y cuya configuración se deduce de modo palmario y evidente de los hechos que se han consignado.

Aun cuando ya se ha dejado apuntado, la Sala debe hacer constar el valioso dictamen del Ministerio Fiscal, evacuado por imperativo del artículo 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el que se hace un estudio minucioso de la conducta seguida por los demandados y ahora recurridos y destacar la esterilidad de la acción penal por simple prescripción de la misma.

F. C. L.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL OBJETIVA.—Artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1987).

Condenados por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos —que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esa capital—, los demandados, el soldado conductor del vehículo militar y el Estado, a pagar solidariamente a los padres de los soldados fallecidos en el accidente de circulación determinadas cantidades, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados y apelados, conforme a las siguientes consideraciones, recogiendo la consolidada doctrina jurisprudencial según la cual la conjunta demanda a la Administración con una persona privada determina la competencia de la jurisdicción civil.

1. Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación, ha de partirse de las siguientes puntualizaciones: 1) Siendo el día 16 de febrero de 1979, y a hora no precisada («a primeras horas del amanecer», folio 237 vuelto; o «sobre las 19,45»), el vehículo tipo «Land Rover», de la matrícula 67.314, perteneciente al Regimiento Acorazado de Caballería «España» número 11, circulaba por la carretera de Madrid a Irún y en sentido de marcha hacia Madrid y concretamente transitaba el kilómetro 272,150, conducido por el soldado de dicha unidad J. A. T. y ocupado por el sargento L. G. A. y los soldados C. F. I., J. A. Z., R. E. A., P. S. R. y L. A. Z.. Dicho vehículo formaba parte integrante de un convoy militar e iba, por tanto, precedido y seguido de otros vehículos militares. Los ocupantes del repetido vehículo portaban las armas correspondientes. 2) En dicho punto kilométrico existe un cambio de rasante que fue rebasado por el «Land Rover» y, dentro de los cien metros siguientes, colisionó contra el camión de la matrícula (francesa) 5161-GQ, con cisterna de la matrícula 9024 FH 13, propiedad de «Omnium National de Transports et de Exploitations Routières», de Marsella, conducido por A. J. S. A consecuencia de la colisión se produjeron, aparte daños materiales a ambos vehículos y al armamento que portaban los ocupantes del vehículo militar, el fallecimiento del sargento y de los cuatro soldados enunciados primeramente, quedando lesionados el conductor del mismo y el otro soldado ocupante, habiendo sanado sin lesiones. La pretensión indemnizatoria aparece deducida por los padres del fallecido Claudio (C. F. R. y M. Z. B.) y se contrae a 2.700.000 pesetas por cada óbito, aparte y además de las 300.000 pesetas ya satisfechas con cargo al Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor. 3) La pretensión indemnizatoria se dirige contra el soldado conductor, J. A. T. (colocado en rebeldía), y contra el Estado y se ampara en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, solicitándose sean condenados ambos demandados, conjunta y solidariamente, al pago de dichas cantidades y por el expresado concepto. 4) Con anterioridad a la presentación de la demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana se siguieron diligencias previas, elevadas a sumario, por el Juzgado de Instrucción de Briviesca, que se inhibió en favor de la jurisdicción militar. Esta, a su vez, abrió diligencias preparatorias, celebrándose el juicio oral y dictándose Sentencia de 17 de febrero de 1981, que absolvió al acusado J. A. T. y, consiguientemente, al Estado que era parte en el concepto de responsabilidad civil.

La sentencia absolutoria quedó firme al ser desestimados los recursos de apelación por la Autoridad Judicial Militar de la 6.ª Región Militar en su Decreto auditoriado de 9 de abril de 1981. Las reclamaciones civiles previas a la demanda, fueron resueltas en sentido desestimatorio, durante la tramitación del juicio. La Sentencia del Juzgado (13 de julio de 1983) estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción expresamente opuesta por el Estado; pero la Audiencia (18 de octubre de 1985) desestimó la misma y condenó a los demandados en los términos solicitados. El recurso de casación se articula con tres motivos, el primero de los cuales, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega el abuso en el ejercicio de la jurisdicción cometido por la sentencia impugnada, por entender que se ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y el 3.º, apartado b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a quien, y no al orden jurisdiccional civil, corresponde conocer de la reclamación de indemnización.

2. Existe una reiterada doctrina de esta Sala de que son exponente las Sentencias de 15 de octubre de 1976, 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1986 y 2 de febrero de 1987, acerca de que la conjunta demanda de la Administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia de los órganos del orden jurisdiccional civil por cuanto (como dice la de 14 de octubre de 1986, antedicha) «siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios». La últimamente citada de 2 de febrero de 1986 concluye que los diferentes órdenes jurisdiccionales, conforme al artículo 9.º, 6, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. No existe una jurisdicción ordinaria y, a su lado, otras jurisdicciones especiales, sino órdenes jurisdiccionales iguales que deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas, por lo que ya no es invocable el principio de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil; pero cuando ni aún así pueda atribuirse el conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará como residual, según el fundamental artículo 9.º, 2, entendiendo dicho orden, «además de las materias que le son propias», también de «todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», como no lo está la responsabilidad extracontractual de un particular, en el caso el conductor del vehículo militar demandado *iure proprio*, aun cuando se combine solidariamente con la de una Administración pública. Como se ha concluido por un autorizado sector de la doctrina, parece preferible que, a falta de una solución legislativa, conozcan los Tribunales civiles de pretensiones indemnizatorias contra la Administración, aunque tengan por origen daños derivados de situaciones regidas por normas jurídico-administrativas, a que los Tribunales del orden contencioso-administrativo conozcan de pretensiones indemnizatorias contra particulares que a veces pueden ser completamente ajenos a la actividad administrativa. No ocurre esto último en el caso que aquí se enjuicia, en el que, sin embargo, la responsabilidad fluye de la culpa personal del conductor, según la tesis de la demanda, en la cual no puede dejarse al conductor fuera del

juicio. Por todo lo razonado procede desestimar el motivo primero del recurso que alega el abuso en el ejercicio de la jurisdicción.

3. El segundo motivo del recurso alega error en la apreciación de la prueba con infracción de los artículos 1.225 y 1.228 del Código Civil y concordantes sobre prueba de documentos. Al decir de este motivo, «de la prueba existente en autos no se deduce actuación culposa o negligente, ni del soldado ni de la Administración». No indica el motivo cuáles sean, concretamente, los documentos obrantes en las actuaciones que denoten el error padecido por el juzgador, lo que es inexcusable conforme al número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que pueda apreciarse. Si el error fuere de Derecho habría de razonarse asimismo, diciendo en qué consistió, sin ser bastante una global descalificación de la apreciación de la prueba efectuada por el juzgador de la instancia, debiendo, además, encauzarse por el número 5.º, y no por el 4.º, como se ha hecho, ya que consistiría en la infracción de una norma valorativa de la prueba. Sin embargo, lo decisivo para rechazar este motivo a la par del tercero en que se afirma «que no hubo culpa ni negligencia en el conductor» es volver sobre el *factum* establecido, en el que el vehículo militar corona un cambio de rasante yendo en caravana con otros vehículos en hora crepuscular ocupando la parte izquierda según el sentido de su marcha y yendo así a golpear contra el camión que con indiscutible corrección discurría en el opuesto y ello sin que no ya se pruebe, pero ni siquiera se alegue una razón explicativa de tan grave anomalía en la circulación. No justifica en esta vía civil «el hecho de que fuera sobreseído sin responsabilidad alguna para el mismo (conductor), la causa instruida para depurar las posibles responsabilidades en la producción del accidente», como arguye este motivo, ya que fuera del caso de que la extinción de la acción penal «proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la (acción) civil hubiese podido nacer» y a que se refiere el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los órganos jurisdiccional civiles son enteramente libres para apreciar las pruebas y establecer otro *factum* que el contemplado en la esfera represiva y para valorar libremente las conductas.

4. También debe rechazarse el motivo cuarto y último del recurso y con él el recurso mismo, pues, en efecto, este motivo alega la infracción del artículo 1.º del Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, y que es ahora el también artículo 1.º del Real Decreto legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el Texto Refundido de Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario. La condena a la indemnización que en el juicio de que el presente recurso dimana se cuestiona, no se funda positivamente en ese texto legal ni en el principio a que responde de la responsabilidad objetiva atenuada. En punto a las relaciones entre el régimen de las responsabilidades cubiertas por el Seguro de suscripción obligatoria y el general de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1987, recaída en caso de sustancial coincidencia con el presente declara que «el concepto clásico de la culpa, basado en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias (art. 1.104 CC) ha evolucionado».

nado» «en forma similar a como dentro de los accidentes de la circulación vial en el precepto específico del artículo 1.º del Texto Refundido de 1968 y del Decreto legislativo de 1986, al no tratarse de una pura responsabilidad objetiva se va a parar, en definitiva, a una responsabilidad por el riesgo que supone manejar una máquina como el automóvil que entraña peligros para los bienes jurídicos ajenos», pues, «en definitiva, frente a la generalidad del artículo 1.902, el artículo 1.º citado tiene un carácter especial para los accidentes de circulación vial, lo que no excluye, al no tratarse de norma excepcional, que a estos últimos se aplique por analogía, y por defecto en su caso de la normativa especial, la norma general y jurisprudencia recaída en su aplicación.

F. C. L.

CONDICION RESOLUTORIA EXPLICITA.—Artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jerez de la Frontera, conforme a los siguientes fundamentos.

1. Como consecuencia del contrato de compraventa suscrito en 8 de mayo de 1981 entre la Sociedad «Inmobiliaria Urbis, S. A.», en concepto de vendedora, y don C. R. R., en calidad de comprador, con referencia a determinada vivienda situada en el término municipal de Puerto de Santa María, la citada sociedad vendedora instó juicio declarativo de mayor cuantía contra el mencionado comprador, en solicitud de que se declarase resuelto el contrato en cuestión por incumplimiento del comprador al no haber atendido el pago de una serie de letras de cambio libradas para pago del precio, así como el derecho de aquélla a retener y hacer suya la cantidad entregada hasta la fecha a cuenta del precio, como indemnización por daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, con condena del demandado a estar y pasar por dichas declaraciones. El señor R., al contestar la demanda, interesó, a su vez, que no se diese lugar a la resolución del contrato, al haber sido la sociedad actora la incumplidora de sus obligaciones al entregar los pisos en mal estado y con numerosos defectos, y que se arreglasen éstos, valorados en 180.000 pesetas, o se rebajase tal cantidad del importe adeudado. El procedimiento se tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jerez de la Frontera, el que, por Sentencia de 22 de octubre de 1983, declaró resuelto de pleno derecho el contrato de compraventa y el derecho de la actora a retener y hacer suya la mitad de la cantidad entregada por el comprador a cuenta del precio, con devolución a éste de la otra mitad, y desestimó la demanda reconvencional. Apelada que fue esa resolución, la Sala Segunda de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Sevilla, en 4 de diciembre de 1985, la confirmó y acordó, además, devolver a la parte demandada las letras de cambio impagadas

de las que se expidieron en méritos del contrato, y contra esta segunda sentencia y por la representación del comprador-demandado, señor R. R., se interpuso el presente recurso de casación.

2. El único motivo del recurso se formula por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al amparo de su ordinal 5.º, aunque no se mencione expresamente, y por infracción, por interpretación errónea del artículo 1.124 del Código Civil, en relación con el 1.504 del mismo, al no haberse aceptado su excepción de «contrato no cumplido». La fundamentación fáctica de las sentencias de instancia, no combatida casacionalmente, radicó, en sustancia, en los particulares siguientes: *que* las partes suscribieron, en 8 de mayo de 1981, un contrato de compraventa, con precio aplazado, sobre determinada vivienda, sita en término municipal de Puerto de Santa María; *que* entregada la vivienda y en disfrute y uso de la misma por el comprador-recurrente, éste dejó de atender el pago de varias letras de cambio, originando el protesto de las correspondientes a partir del 1 de mayo de 1982; *que* en razón al impago y protesto, la sociedad vendedora-recurrente, requirió notarialmente al comprador en orden al abono del descubierto, con la advertencia del ejercicio de la acción de resolución contractual; *que* el comprador no consignó las cantidades adeudadas, no obstante su ofrecimiento al respecto, y *que* no existió constancia de que el comprador hubiera mostrado su disconformidad con el estado de la vivienda adquirida hasta que en contestación al requerimiento notarial, aludió a las reclamaciones por defectos constructivos, consistentes en grifos con ruidos intensos, humedades en el cuarto de baño y dos boquetes en la escaloya del mismo con salida de agua en el piso, valorando las reparaciones de los defectos en la cantidad de 120.000 pesetas.

3. Atendiendo a la base fáctica expuesta, está fuera de duda que la resolución del contrato concedida por los juzgadores de instancia, era acorde con el contenido literal y espiritualista de los artículos 1.124 y 1.504 del texto civil, especialmente cuando, como con acierto se expresa en las Sentencias del Juzgado y la Audiencia, la acción prevista en el artículo 1.484, a la que, en su caso, podría haberse acogido el comprador, se encontraba extinguida por cumplimiento de los plazos figurados en el artículo 1.490, y cuando el supuesto de autos no era posible comprenderle en el artículo 1.502, ello aparte de que la existencia de los defectos hechos mención, por su escasa importancia cualitativa y cuantitativa, no permitía generar la hipótesis de haber mediado un incumplimiento contractual de la sociedad vendedora, previo al imputado a la contraparte; por todo lo cual y ante la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* una interpretación errónea en su aplicación de los repetidos artículos 1.124 y 1.504, resulta procedente, sin necesidad de mayores razonamientos, desestimar el motivo estudiado, en el que, verdaderamente, se viene haciendo supuesto de la cuestión.

F. C. L.

CONDICION RESOLUTORIA EXPLICITA.—Artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1987).

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 por infracción de ley interpuesto por la demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha capital, conforme a las siguientes consideraciones:

1. La sentencia recurrida declara la resolución del contrato de compraventa de un piso, por incumplimiento, por parte de la compradora, de su deber de pago del precio, ya que, según el documento privado contractual, de fecha 9 de octubre de 1979, cuando se produjo el requerimiento resolutorio (23 de febrero de 1980), la compradora debía haber pagado una primera entrega, en la fecha del contrato, coincidente con la puesta en posesión del piso, de 600.000 pesetas, de las que solamente pagó 25.000 pesetas, y además dos letras de cambio, por un importe total de 515.000 pesetas, que no pagó.

2. Recurre la compradora, demandada y reconviniente, con un cuarto motivo, basado en el artículo 1.692, 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba, en contra del terminante resultado que arroja la memoria de construcción del piso, complementado por informe pericial, de los que alega que se desprende la deficiente calidad, desajustada al proyecto, del piso objeto del contrato, principalmente por los mármoles empleados, la madera y la decoración de las paredes. El importe de tales deficiencias supera el de las cantidades impagadas y revela la circunstancia de que el vendedor fue incumplidor y, por tanto, no pudo, en tales condiciones, resolver el contrato. Frente a la argumentación de este motivo aparece que tanto la memoria como el informe pericial aludido fueron tomados en cuenta por el juzgador en las instancias, complementados con una diligencia pericial para mejor proveer, y de ese conjunto probatorio, que no se puede escindir en aislados elementos (Sentencias de esta Sala de fecha 19 de febrero de 1986, 3 de marzo de 1987 y 9 de marzo de 1987, entre otras), concluye que, sobre el precio aproximado, en cualquier hipótesis, a 10.000.000 de pesetas, las deficiencias de construcción apreciadas representan una cantidad insuficiente (150.058 pesetas), que no impide proclamar que el vendedor, en el momento del requerimiento resolutorio, mediante la tradición material de la cosa, había cumplido su deber fundamental y podía exigir la mayor cantidad representada por el precio correspondiente a la compradora, la cual pudo haber alegado una posible rebaja, pero nunca lícitamente adoptar una actitud de total impago, continuando en el disfrute gratuito de la posesión. Queda, pues, manifiesto el buen criterio de la sentencia recurrida, al concluir, en afirmación de hecho, que el vendedor había cumplido su deber esencial, de donde se deduce que sí que pudo ejercitar la acción resolutoria ante el incumplimiento de la demandada compradora.

3. La desestimación del motivo cuarto lleva consigo la de los motivos segundo y tercero, que, con apoyo en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegan la infracción del artículo 1.124, en relación con

los 1.504 y 1.471 del Código Civil, pues, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, el leve incumplimiento del vendedor, que entrega la cosa con pequeñas deficiencias, no le constituye en incumplidor (Sentencias de esta Sala de fecha 10 de febrero de 1984, 27 de octubre de 1986, 30 de octubre de 1986, 3 de enero de 1987 y 10 de febrero de 1987, entre otras), y menos, sin constancia de una voluntad deliberada de incumplir, cuando la compradora nunca, antes del proceso, había hecho reclamación alguna, en actitud claramente contraria al principio de buena fe, dentro de toda índole de situaciones jurídicas, y especialmente en la vida contractual (artículos 7, 1.º; 1.255, y 1.258 del Código Civil).

4. En esta línea inspirada en el principio de la buena fe, debe estudiarse el primer motivo, amparado en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.281 y 1.288 del Código Civil, pues entiende el recurrente que la cláusula tercera del contrato de compraventa enuncia un precio total alzado de 9.059.000 pesetas, en tanto que su desglose en plazos arroja la cantidad superior de 10.809.000 pesetas. La sentencia impugnada, partiendo de la base de la existencia del concepto del precio y de una parte de retención para pago de hipoteca, concluye de modo no ilegal y no ilógico, que la diferencia de cantidades se debe a intereses por los plazos fijados, extremo apoyado en prueba de testigo presencial no tachado. Por otra parte, sirve de guía a esta interpretación el hecho de que la compradora inició sin explicación alguna su conducta de incumplimiento, por lo que se difumina el plano de la cuestión de la cuantía del precio por esta actitud negativa, que no ha permitido deducir la disposición a pagar el precio reclamado, ni siquiera el mantenido por la propia recurrente. Por todo ello, la interpretación del contrato, dentro de las potestades del Tribunal de apelación, es correcta (Sentencias de esta Sala de fecha 22 de octubre de 1986, 28 de noviembre de 1986 y 14 de febrero de 1987, entre otras).

F. C. L.

DONACION DE INMUEBLES. CARACTER ESENCIAL DE LA ESCRITURA PUBLICA Y LA ACEPTACION POR EL DONATARIO EN VIDA DEL DONANTE (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había conformado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esta capital, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Renunciado el primer motivo en el acto de la vista, debe hacerse constar, respecto al segundo, que nuestro ordenamiento jurídico regula la donación de inmuebles como contrato solemne y exige para su validez que se haga en escritura pública y que conste la aceptación con la misma solemnidad (art. 633 del Código Civil), determinando la ausencia de esta exigencia su nulidad absoluta por falta de uno de los requisitos esenciales para su existencia, sin que frente a esta normativa especial pueda invocarse si el artículo 1.254, relativo a que el contrato existe desde que una

o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, ya que tal consentimiento debe exteriorizarse, en casos como el presente, en la forma ordenada por la Ley, ni el artículo 1.279, referente a que los contratantes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública u otra forma especial exigida por la Ley, pues para ello dicho precepto impone que en el contrato concurra el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez, y requisito esencial para la validez de la donación de inmuebles es, como se acaba de exponer, la forma solemne, es decir, la escritura pública, y la misma forma solemne para la aceptación, que, además, debe hacerse en vida del donante, por lo que si en el caso de litis, según se expresa en la sentencia recurrida, la donación fue aceptada por la Jefatura Provincial de dicha institución, que según sus Estatutos, a falta de apoderamiento expreso, sólo ostentaba la representación para llevar a cabo actos jurídicos de administración, limitados a sus propios recursos, es manifiesto que debe rechazarse el segundo motivo, que con apoyo en el ordinal quinto denuncia la infracción de los artículos 618, que define la donación; 623, que remite su perfección al conocimiento de la aceptación por el donante; 621, que establece la aplicación de las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en lo no previsto en su regulación específica, y 625 y 626, sobre capacidad para hacer donaciones, en relación con los artículos 1.254, 1.258 y 1.282, todos ellos del Código Civil, pues, como se ha dicho, la normativa específica de la donación es de aplicación preferente a la genérica citada en el motivo.

2. Si, pues, la donación de bienes inmuebles es nula de pleno derecho por no haber sido aceptada en vida del donante, es claro que no puede hablarse de prescripción de la acción para pedir dicha nulidad en cuanto tal acción es imprescriptible al no admitir subrogación lo radicalmente nulo, razonamiento que conduce a la desestimación del tercer motivo, amparado en el mismo ordinal, y en el que se acusa la infracción de los artículos 1.930 y 1.964 —por error se cita el 1.963—, relativos, respectivamente, a la prescripción adquisitiva y a la prescripción extintiva de la acción personal contemplada en el artículo 1.964 del Código Civil.

3. Finalmente, el cuarto motivo, deducido al amparo del mismo ordinal, y en el que se acusa la infracción de los artículos 1.930, 1.940, 1.957 y 1.959 sobre prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria, no puede merecer mejor acogida, pues si la sentencia recurrida afirma, afirmación no combatida, que la institución donataria no conoció la existencia de la donación hasta el año 1957, ni se consideró ininterrumpidamente dueña de la finca al haber reconocido en 1954 la carencia de poder en su jefe provincial para la aceptación y la conveniencia de considerar la solicitud de devolución del inmueble y de llegar a un acuerdo sobre tal particular, y si, por otra parte, la reclamación previa en la vía gubernativa tuvo lugar en el año 1980, es manifiesto que, prescindiendo de otras circunstancias, ni puede apreciarse la prescripción adquisitiva ordinaria por falta de título, al ser la donación radicalmente nula, ni la extraordinaria por falta del transcurso del plazo de treinta años necesarios para consumir tal adquisición.

F. C. L.

CAUSA. CONCEPTO (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1987).

Declara que «el artículo 1.274 del Código Civil, al concretar que en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, no da un concepto o definición de la misma, sino que la especifica con sentido objetivo para los contratos de igual clase, significando el fin que se persigue, ajeno a la mera intención o subjetividad que significan los móviles, acogibles sólo cuando sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados por su relevancia».

PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1987).

Fundado el recurso en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto el recurrente entiende infringido negativamente el párrafo primero del artículo 24 de la Constitución Española, habiéndose tramitado toda la litis por el procedimiento preferente y sumario de los artículos 11 y siguientes de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, declara el Tribunal Supremo que «cuando se invoca la violación de derechos fundamentales como consecuencia de un acto o una resolución judicial, es necesaria la existencia de determinados presupuestos positivos y negativos, que contribuyen a delinear el marco institucional de este proceso especial debiendo entenderse dentro del orden positivo: 1.º Que tales derechos sean susceptibles de amparo, con arreglo al artículo 53, 2.º, de la Constitución Española. 2.º Que la supuesta violación tenga su origen inmediato y directo en el acto judicial cuestionado. 3.º Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. 4.º Que en la demanda se invoque formalmente el derecho constitucional vulnerado. 5.º Que la tal demanda se presente dentro del plazo reglamentario».

F. C. L.

D) DERECHO DE FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

BIENES GANANCIALES. FIANZA PRESTADA SOLO POR EL MARIDO. EMBARGO (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1988).

Embargados bienes gananciales para responder de fianza en póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa prestada sólo por el marido, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo Fernández, declara no haber lugar al recurso

de casación, confirmando la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital según los siguientes fundamentos:

1. Constituyen presupuestos de hecho en el presente recurso: 1) Que en el juicio ejecutivo número 854/1979 seguido contra los esposos de las aquí recurrentes, se embargaron los bienes descritos en la demanda de tercería instada por las esposas de los ejecutados, como consecuencia de haber otorgado un aval en póliza de préstamos y créditos concedida a otros de los demandados que aparecen en el juicio de tercería que aquí concluye. 2) Referidos bienes pertenecen al patrimonio ganancial de ambas recurrentes.

2. Las en su día actoras y aquí impugnantes de la sentencia dictada en apelación oponen a ésta una única motivación, en la cual y con fundamento en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, denuncian la infracción de los artículos 348, 1.413 y 1.911 del Código Civil y de la doctrina de esta Sala que citan. Dicho motivo es de imposible estimación, por cuanto frente a las alegaciones que en él se hacen en apoyo de su tesis, es lo cierto que este Tribunal tiene proclamado: *a)* Que lo primero a contemplar en supuestos como el presente es si el accionante de tercería tiene la condición de «tercero» o si es deudor, dado que, en esta segunda hipótesis, carecerá de legitimación para el ejercicio de la pertinente pretensión (Sentencias, desde la inicial, de 25 de junio de 1985, a la última, de 10 de diciembre de 1986). *b)* Que en esta tercería de dominio aparece acreditado, cual se ha indicado en el precedente fundamento, que quienes accionan son cotitulares de los bienes embargados por razón de pertenecer los mismos al patrimonio ganancial y como consecuencia de su matrimonio con los ejecutados a título de avalistas del deudor principal. *c)* Que vigente el régimen ganancial, y como también tiene declarado esta Sala en sus últimas resoluciones, la esposa demandante no tiene en estos casos la condición de «tercero» ni, por tanto, la legitimación activa precisa para esgrimir la acción de tercería de dominio, toda vez que no constando se haya hecho liquidación de la sociedad ganancial y no siendo ésta, jurídicamente hablando, una comunidad romana o por cuotas, cual la del artículo 392 del Código Civil, ni la titularidad de dicho patrimonio corresponde por cuotas a cada uno de los cónyuges ni tampoco a uno de ellos, viviendo el otro, la mitad del mismo, siendo preciso para que ello pueda suceder la liquidación de tal sociedad y la adjudicación de los bienes resultantes, nada de lo cual aparece se haya realizado aquí (Sentencias de 11 de abril de 1982, 2 de febrero de 1984, 26 y 29 de septiembre de 1986).

COMENTARIO.—No están del todo claros los presupuestos y la realidad de la gratuidad del acto o si existían relaciones negociales o intereses comunes entre avalistas y avalados, pues mediante tal afianzamiento realizado unilateralmente por uno de los cónyuges puede burlarse la necesidad de la codisposición para los actos en que se exige por el Código Civil.

F. C. L.

FILIACION NO MATRIMONIAL. INVESTIGACION DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA. GRUPOS SANGUINEOS. Artículo 135 del Código Civil (SENTENCIA DEL 17 DE JUNIO DE 1987).

El artículo 135 del Código Civil introduce un criterio de gran amplitud que autoriza al Juez para tomar en consideración otros hechos, distintos a los enumerados en el precepto, de los que se infiera la filiación de modo análogo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo y Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Burgos y, en consecuencia, confirma la filiación no matrimonial reclamada por el hijo, en cuya fijación ha sido factor decisivo la prueba de grupos sanguíneos, como resulta de las siguientes consideraciones:

1. Constituyen antecedentes fácticos a tener en cuenta para la resolución de este recurso al no aparecer atacados en forma en el mismo, los siguientes: I) La actora y aquí recurrida y el demandado, ahora recurrente, «se conocieron en el último cuatrimestre del año 1979, saliendo frecuentemente y de manera asidua, si bien en el mes de enero de 1980 las salidas se fueron espaciando hasta dejar de salir juntos». II) El día 11 de octubre de 1980, la actora dio a luz un hijo, y de la prueba pericial biológica practicada en la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid, que fue designada como perito de común acuerdo por ambas partes al objeto de emitir informe sobre la paternidad biológica objeto de la litis, «... sienta las conclusiones de que el presunto padre no puede ser excluido de la paternidad cuestionada, ya que contiene en su halotipo el gen A9, y presumiblemente el B, no encontrado (tipado), afirmando, como resultado de combinar la realidad ofrecida por la prueba de grupos sanguíneos y en el sistema citado de histocompatibilidad, un resultado estadístico porcentual del 98 por 100, lo que indica, traducido a expresión de paternidad, una 'paternidad muy probable' del demandado, don P. C. G., sobre el niño P. F. C., hijo de la demandante, doña C. F. C.» (considerando primero de la sentencia impugnada). III) A dicho informe se acompañaba una carta o escrito, que aparece recogido en el considerando segundo de la sentencia impugnada, dirigido a la actora y suscrito por uno de los peritos informantes, en el cual se dice: «Tras no excluir la paternidad estudiada y dar una paternidad positiva del 98 por 100 con los análisis efectuados, se había acordado con don P. C. G. su nueva presentación en el laboratorio para análisis adicionales, así como con su Abogado y Procurador —en ambos casos por teléfono y para el martes día 19 de octubre de 1982—, pero que, sorprendentemente, ni se presentó el día señalado ni han dado señales de vida para justificar su actitud (folio 134), y en el rollo de la Sala (folio 21) aparece otro escrito del mencionado centro reiterando la negativa del demandado y afirmando haberse aumentado considerablemente el número de marcadores genéticos a estudiar, por lo que en los casos que no hay exclusión de paternidad se llega a cifras del 99 y pico por 100, siendo ya una paternidad prácticamente probada».

2. El presente recurso se encauza por la vía procesal del ordinal 5.º

del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, al estimarse que el Tribunal *a quo* ha incidido en infracción del artículo 135 del Código Civil, girando todos sus razonamientos en torno a la eficacia probatoria del *test* biológico a que se hace referencia en el precedente considerando, en relación con su interpretación del precepto que considera infringido por el Tribunal de apelación.

3. La motivación claudica por las siguientes consideraciones: A) En primer lugar, y como punto de partida de los argumentos que se pasan a explayar, es preciso dejar sentado que el legislador español superando tradicionales desconfianzas comienza, en cierto modo al menos, a consagrar la función del Juez como *magister interpretationis* de la norma, especialmente cuando se trata de las dirigidas a regular cuestiones propias del derecho de familia (divorcio, separación, filiación, paternidad, etc.) o referidas al estado y condición de las personas (incapacidades, tutela, prodigalidad, etc.). B) No supone, sin embargo, este cambio de orientación convertir ni concebir al juzgador como un intérprete arbitrario, caprichoso y voluble y sí como un árbitro que viene obligado a efectuar la labor de exégesis que la Ley le encomienda conforme a los principios de la buena fe, la sana crítica y la lógica jurídica; esto es, convirtiéndole en un *arbiter bonis vir* o *bonis familiae*, consecuencia de lo cual es que sus decisiones puedan ser objeto de crítica a través de los oportunos recursos. C) Esto sentado y dando un paso más en el estudio de la presente motivación, se pasa al estudio e interpretación del artículo 135 del Código Civil, que se estima infringido por interpretación errónea o aplicación indebida, exégesis que confirma la desestimación del motivo, por cuanto que: 1) Referido precepto en su actual redacción, que refleja un sistema en cierto modo parecido al francés, sin sancionar plenamente el principio de prueba libre ni admitir exactamente el de las presunciones legales, introduce en materia probatoria e interpretativa un criterio de gran amplitud que autoriza al Juez, acudiendo a las presunciones *seu iudicis* a declarar o no la filiación reclamada, para lo cual, si bien habrá de tomar en términos generales y como punto de partida los hechos base que el legislador le señala en dicho precepto (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), le concede en el último párrafo la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4, 1.º, del Código Civil, permitiéndole tomar en consideración «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo».

4. Así centrada fáctica y jurídicamente la cuestión, conviene recordar que en el supuesto aquí contemplado: a) La prueba biológica de investigación a que se hace referencia en el primero de estos fundamentos, ofrece unas posibilidades del 98 por 100 en favor de la paternidad del recurrente. b) Aparece igualmente acreditada la convivencia del recurrente con la actora. c) A estos efectos conviene tener también en cuenta, que este tipo de relaciones han de estar dotadas de cierta continuidad y ser coincidentes con el período de la concepción, extremos ambos que aparecen adecuadamente acreditados; y todo ello sin olvidar que existen esos «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo», extremos todos ellos que pone de relieve la sentencia impugnada cuando en el segundo considerando y después de un detenido estudio de las pruebas practicadas, entre ellas la de confesión del demandado, concluye diciendo: «... pues todas esas manifestaciones y actitudes, ciertamente, se compadecen mal con aquel escaso conocimiento y con la existencia de meras relaciones

superficiales alegadas en los escritos de contestación y dúplica, y constituyen un conjunto de significativos hechos circunstanciales probados que sirven, en perfecta relación de causa a efecto, para alcanzar aquella verdad real de las relaciones de amistad íntima o noviazgo —más o menos informal— entre los litigantes, de las cuales fue engendrado y nació el hijo de la actora cuya paternidad constituye el objeto del litigio».

F. C. L.

DONACIONES «PROPTER NUPTIAS» EN CATALUÑA. IRREVOCABILIDAD. FIDEICOMISO DE RESIDUO. SUSTITUCION FIDEICOMISARIA «SI SINE LIBERIS». Artículos 7, 16, 163, 164 y 175 de la Compilación catalana (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1987).

El fideicomisario condicional, que muere antes de cumplirse la condición, y el fideicomisario de residuo, que fallece antes que la fiduciaria, no adquiere ni transmite derecho alguno.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Ramón García Llorente, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Tortosa, confirmando en su segunda sentencia esta última íntegramente, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprende el supuesto fáctico que la motiva.

La conocida en Derecho foral catalán como *donació propter nuptias* o *ante nupcias* y que algunos intérpretes equiparan al *escreix* o *esponsalici*, es aquella que se hace en contemplación a un determinado matrimonio, produciendo sus efectos desde la celebración del mismo.

Ya de antiguo, la forma más corriente de otorgamiento era por vía de capitulaciones matrimoniales, y tanto los antiguos fueros como la actual Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, las califican de irrevocables, salvo, claro está, que así lo prevenga especialmente la misma Compilación, como se deduce del tenor literal de los artículos 7 y 16 de la citada Compilación.

La sentencia de Primera Instancia, en el tercero de sus fundamentos jurídicos o antiguos considerandos, aceptados íntegramente por la sentencia del Tribunal *a quo*, se cuida de resaltar la irrevocabilidad de las donaciones hechas en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por el matrimonio A. W. y M. P. el 21 de diciembre de 1894 a favor de su hijo J. W. P. y en contemplación a su matrimonio con doña F. G. C., razones que llevan a concluir en la primera sentencia que la cláusula que aparece en el testamento otorgado el 21 de julio de 1902 por doña M. P. y en la que actuaba también como heredera distribuidora de los bienes de su difunto esposo no podía afectar en cuanto a los bienes anteriormente donados en vida.

En consecuencia, los motivos primero y segundo del recurso, complementarios entre sí, y que se amparan en el número 1.º del artículo 1.692, y en los que se denuncian las infracciones de los artículos 7 y 16 de la Compilación y sus precedentes fuentes forales, han de decaer por cuanto se acaba de apuntar.

Para el enjuiciamiento de las cuestiones traídas al proceso conviene hacer dos matizaciones de suma trascendencia: la primera, que don J. W. P. adquirió por donación *propter nuptias* determinadas fincas en capitulaciones matrimoniales otorgadas por sus progenitores, y segundo, que a ellas se suma la finca que aportó y que es conocida por Riusech, y que en puridad procesal, son las únicas que se debaten en la actual contienda.

Al hilo de esta primera premisa, hay que tener en cuenta que don J. W. P. al otorgar su testamento ordenó que de todos sus bienes, así muebles como raíces, derechos, créditos y acciones, presentes y futuros, nombraba heredera universal a su esposa doña F. G. C., con facultades amplias para que pueda disfrutar y disponer de dichos bienes sin limitación de ninguna clase y aunque contraiga segundas nupcias; y para el supuesto del fallecimiento de su esposa, nombraba herederos a sus hermanos doña A., don J., doña R., don A. y doña M. W. P., para que los que sobrevivieren a su esposa se los repartan en partes iguales o en la forma que tengan por conveniente.

Es evidente, pues, que el fideicomitente, don J. W. P., dispuso un fideicomiso de residuo, que tiene el carácter de condicional, estableciéndose así en el párrafo tercero del artículo 163 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña (que vertebró el motivo sexto del recurso), en relación con el número 2.º del artículo 164, que dispone que si el fideicomisario fallece antes de cumplirse la condición no adquiere derecho alguno (que es objeto del motivo quinto).

Apareciendo probado que el fideicomitente, don J. W. P., falleció el 22 de abril de 1924 y adida la herencia por la fiduciaria, su esposa y heredera, y que todos los demás fideicomisarios fallecieron con anterioridad a la de aquélla, es vista la procedencia de los dos motivos indicados, que se amparan en la infracción de los preceptos citados (núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

Finalmente, estableciendo la Compilación tantas veces citada, en el primer párrafo del artículo 175, que en las sustituciones fideicomisarias dispuestas para el fiduciario sin dejar hijos, sean o no con pluralidad de llamamientos de fideicomisarios sucesivos, los hijos puestos en condición no se considerarán sustitutos fideicomisarios, de no ser llamados expresamente como fideicomisarios o sustitutos vulgares; es visto que al no haber sido llamada expresamente la actora y que su padre, como sus hermanos fideicomisarios, fallecieron antes que la fiduciaria, el fideicomiso quedó purificado y nada pudo recibir la actora de quien nada había heredado, procediendo, asimismo, acoger el motivo tercero, en que se denuncia el precepto de la Compilación Especial de que se hizo mérito.

Finalmente, el cuarto de los motivos, en que se denuncia la infracción del artículo 342 de la Compilación, en relación con el *Usatge Omnes Causa*, carece de practicidad, pues lo cierto es que, aun cuando haya sido objeto de debate, no se postulaba la usucapión como modo de adquirir el dominio, sino la vocación hereditaria de la actora, según se desprende de los términos literales del suplico de su demanda.

Pero es lo cierto que si así no fuese bastaría con recordar que, como se afirma en la sentencia de instancia, la posesión de la actora suscitó la oposición de los restantes copartícipes y que la posesión no era a título de dueño, por cuanto fue demandado el esposo, que actuaba como administrador.

F. C. L.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. FRAUDE DE ACREEDORES. ACCIÓN RESCISORIA. Artículos 1.291, 1.294, 1.317, 1.401 y 1.402 del Código Civil (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo Figueroa, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelados contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cáceres, según los siguientes fundamentos:

1. La Compañía mercantil anónima denominada «Banco Comercial Español, S. A.», promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra el matrimonio formado por don A. P. G. y doña A. G. G., en ejercicio de acción rescisoria de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los referidos cónyuges en 23 de abril de 1983, por entender que la misma había sido realizada en fraude de acreedores, cuyo procedimiento se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cáceres, el que, por Sentencia de 28 de mayo de 1985, desestimó la demanda y absolvió al expresado matrimonio de las pretensiones ejercitadas en aquélla; pero dicha resolución fue revocada por la de fecha 25 de noviembre de 1985, dictada por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Cáceres, que, con estimación de la demanda, declaró rescindida, por fraude de acreedores, la escritura de referencia, ordenando cancelar las inscripciones efectuadas en el Registro de la Propiedad en virtud de las adjudicaciones verificadas en ella, y es esta segunda sentencia la que es objeto del presente recurso de casación, formalizado por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de tres motivos hechos valer al amparo de los números 4.º y 5.º del mismo.

2. Razones de metodología procesal aconsejan comenzar el estudio de los motivos del recurso por el tercero de ellos, al denunciarse en él, por vía del ordinal 4.º del ritual artículo 1.692, error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que demuestran la equivocación de la Sala de Instancia, y no obstante el confusionismo que se observa en su formulación, se desprende que el recurrente pretende realmente poner de manifiesto la existencia de tres errores al respecto: uno, referido a la póliza de garantía y afianzamiento de operaciones mercantiles, suscrita en 18 de febrero de 1982 (documento núm. 2 de la demanda); otro, en relación con la póliza de préstamo y crédito con garantía personal, convenida en 22 de junio de 1983 (documento núm. 5 de la demanda), y un tercero, correlacionado con los anteriores. La argumentación acerca de los presuntos errores radica en lo que sigue: para el primero, en que «según reconoce la demanda, el saldo deudor de 1.958.963 pesetas que se produce en la cuenta corriente de impagados, lo es con fecha 5 de octubre de 1983, siendo así que se habían otorgado las capitulaciones matrimoniales varios meses antes de esa fecha, lo que impide interpretar que pueda existir intención alguna fraudulenta en el instante en que se otorgaron, ya que se dispuso del referido saldo como consecuencia del siniestro ocurrido con posterioridad al otorgamiento, y sin que pudiera preverse que habría de venir a menos la situación económica de Coimpex como consecuencia de tal siniestro»; para el segundo, en que «por lo que respecta a la póliza suscrita en 22 de junio de 1983, es claro que se formaliza casi dos meses

después de otorgadas las capitulaciones, por lo que ni siquiera se cumple el primero de los requisitos exigidos para que prospere la acción rescisoria, cual es la existencia de un crédito anterior al otorgamiento del supuesto contrato celebrado en fraude de acreedores», y para el tercero, en que «de toda la prueba documental se deduce claramente que existen otros medios y otros bienes para que la entidad actora pueda hacer efectivo su crédito».

3. La argumentación anterior presupone que los documentos demostrativos de los presuntos errores son, en opinión del recurrente, las pólizas crediticias y la escritura de capitulaciones hechas mención y la certificación del interventor de la entidad actora diligenciada por Corredor de Comercio de 4 de octubre de 1983, acreditativa del referenciado saldo deudor de 1.958.963 pesetas (obstante al folio 58). La certificación del saldo deudor, por el dato de ser de fecha posterior al otorgamiento de las capitulaciones, no permite deducir de su solo contexto la inequívoca *ausencia* de intención fraudulenta en aquel otorgamiento, condición que resultaría necesaria para que de la directa confrontación de uno y otro documento, se desprendiese el error del Tribunal *a quo*, especialmente cuando en los supuestos de error, amparados en el ordinal 4.º, ha de tenerse en cuenta la doctrina concerniente a que: «el documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, sin necesidad de interpretación», que viene corroborada por las Sentencias de 16 de abril de 1958, 13 de octubre de 1966; 21 de diciembre de 1981, 4 de noviembre de 1982, 14 de junio de 1983, 5 de diciembre de 1984, 3 de marzo de 1986 y 31 de marzo de 1987, expresivas de: «ser preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencian cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida». Además, no cabe omitir que la póliza de la que dimanó el saldo deudor fue suscrita con anterioridad a la fecha de la escritura de capitulaciones.

4. Tampoco es de *tomar* en consideración el error relacionado con la póliza de 22 de junio de 1983, pues aunque la fecha de su *contratación* fuese posterior a la del otorgamiento de las capitulaciones, no perdería validez el razonamiento expuesto en el precedente fundamento: «que la póliza de la que dimanó el saldo deudor fue suscrita con anterioridad a la fecha de la escritura de capitulaciones», e igual suerte ha de correr el tercero de los pretendidos errores, toda vez que la concreta documentación señalada por el recurrente es *inoperante* por sí sola, en orden a desvirtuar la apreciación de la Sala acerca de que la entidad actora no pudo ver satisfecho su derecho en el juicio ejecutivo promovido. Así, pues, y por cuanto ha quedado dicho, es determinante del fracaso del motivo estudiado.

5. Los motivos primero y segundo, únicos que restan por examinar, se agrupan a los fines de su estudio por la íntima relación en que se encuentran, pues ambos se acogen al ordinal 5.º del meritado artículo 1.692 para acusar, de modo respectivo, infracción de los artículos 1.214 y 1.291, 3.º, del Código Civil, toda vez que la sentencia recurrida llega a afirmar que no es necesaria la prueba del estado de insolvencia del deudor y a reconocer, implícitamente, que la entidad actora tiene otros medios a su alcance para cobrar la deuda. Estos motivos giran en torno a los requisitos necesarios en orden al éxito de la acción rescisoria: 1.º Existencia de un crédito. 2.º Intención defraudatoria. 3.º Pérdida de la efectividad del cré-

dito. 4.º Inexistencia de otro medio legal para obtener la efectividad debida, *centrándose* la cuestión en las dos últimas condiciones. A tales efectos, conviene resaltar que la acción rescisoria tiene naturaleza subsidiaria, en cuanto que su ejercicio viene subordinado a la imposibilidad de realizar el crédito, como inequívocamente se establecen en el artículo 1.294 *del* texto civil y se infiere *del* número 3.º del precedente artículo 1.291, al considerar rescindibles los contratos «celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe». La anterior consideración viene reforzada por determinadas disposiciones reguladoras del «régimen económico matrimonial»; así, los artículos 1.317, 1.401 y 1.402 del Código Civil, que disponen: «La modificación del régimen económico matrimonial realizado durante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros»; «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor», y «los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las leyes en la participación y liquidación de las herencias», especialmente cuando en desarrollo y aplicación de las mismas es doctrina mantenida por esta Sala la relativa a que: «Siendo requisito esencial para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe y dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que sólo pueda ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dicho requisito no concurre en los supuestos de disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio, que no perjudican los derechos ya adquiridos por terceros» (Sentencias de 15 y 17 de febrero de 1986 y 16 de febrero de 1987); doctrina ésta que no deviene incompatible con la sustentada en las sentencias recogidas en el fundamento sexto de la recurrida, puesto que su observancia ha de ceder frente a supuestos, como el de autos, en que al acreedor se le ofrecen posibilidades suficientes para lograr el pago de la deuda.

COMENTARIO.—Como se ve, dos son las razones fundamentales del fallo: 1.ª No haber quedado probada la imposibilidad de la entidad bancaria, parte actora-recurrida, respecto a cobrar el débito, como se reconoce expresamente en la sentencia del Juzgado y se admite de manera implícita e indirecta por la Audiencia, lo que, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, determina que no pueda producirse tal fuerte efecto —la rescisión por fraude de acreedores de la escritura de capitulaciones matrimoniales—. 2.ª Que el nuevo régimen económico matrimonial establecido en la citada escritura, y con independencia del mismo, las adjudicaciones de bienes realizadas a favor de los cónyuges en virtud de la liquidación de la anterior sociedad de gananciales, no perjudican nunca los derechos ya adquiridos por terceros.

Parece confundir aquí la representación del Banco lo que es el establecimiento de un nuevo régimen económico matrimonial, propio de las capitulaciones matrimoniales, con las consecuencias de la disolución o extinción del régimen precedente o que antes existía, con la consiguiente adjudicación de bienes, pero sin que ésta pueda en ningún caso perjudicar a terceros con derechos adquiridos. Y la distinción subsiste, aunque todo ello se formalice en el mismo instrumento.

F. C. L.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

TITULOS NOBILIARIOS. HIDALGUÍA A FUERO DE ESPAÑA. ACCIÓN DE JACTANCIA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara no haber lugar a la tesis sustentada por el actor, apelante y recurrente, con oposición del Ministerio Fiscal, quien ve así rechazada su petición en las dos instancias, constituidas por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, la Sala 3.ª de lo Civil de la Audiencia de esta capital, y por la sentencia del Supremo, conforme a las siguientes consideraciones, en las que parece remachar lo absurdo de la pretensión.

Primero. Lo primero que la Sala ha de declarar y dejar bien sentado es que, como el propio Letrado recurrente reconoció expresamente en el acto de la vista, el presente litigio no versa sobre mejor derecho al uso, posesión y disfrute de un título nobiliario. Por el contrario, estamos en presencia de unas singularísimas y prolijas actuaciones, en las que el actor pretende *obtener sentencia en la que se declare lo siguiente:* «1. Que don B. de M. M. es hidalgo a fuero de España con nobleza de sangre, lo mismo que sus padres, abuelos, bisabuelos y toda la línea ascendente por vía paterna desde tiempo inmemorial. 2. Que el demandante también tiene la hidalguía que le corresponde por línea materna, de su madre, de sus abuelos maternos, de sus bisabuelos, rebisabuelos, etc., y toda la línea de los M. y desde tiempo inmemorial, siendo, por tanto, hidalgo el demandante también por su apellido materno. 3. Que el demandante tiene derecho a utilizar en exclusiva, junto con los demás familiares de su propia sangre y linaje del apellido M., el escudo de armas que se describe». Para ello, el actor y hoy recurrente ha propuesto y practicado *una prueba montada sin posible contradictor privado*, pretendiendo las concretas declaraciones que han quedado transcritas.

Es el propio actor quien desvela el artificioso medio del que ha intentado valerse para la consecución de su propósito, al decir que *«como en la actualidad la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla este tipo de acción declarativa que he promovido, he tenido que efectuar una FICCIÓN JURÍDICA, como es la de demandar en principio a una persona física que se oponga a esta declaración, a fin de salvar la laguna del cuerpo jurídico procesal, y con ello he resucitado, en síntesis, la antigua acción de jactancia contemplada en las Siete Partidas»* (folio 635), y añade: *«Porque la actual Ley Procesal no permite ir hoy en principio contra personas indeterminadas, ha sido el demandar a una persona concreta como principal demandado incrementando las partes litigantes e incluyendo también al Abogado del Estado para no dejar lugar a dudas de la generalidad de la demanda»* (folio 558 v.º). *«... lo que se persigue con este juicio sobre hidalguía del demandante que, frente a todos, quede claro que el mismo es hidalgo de sangre y que tal certeza jurídica quede reconocida en una sen-*

tencia declarativa y constitutiva de este derecho personal o más bien personalísimo. Obtenida dicha sentencia, al amparo del artículo 374 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se puede obtener ejecutoria expedida en nombre del Rey con iguales características a las antiguas ejecutorias expedidas en su día por las Reales Cancillerías..., satisfacciones de índole íntima y moral, pero para muchas personas de un valor muy superior al económico» (folio 635). «Destaca la persona física o jurídica sobre quien se desee proyectar de un modo inmediato los efectos de la sentencia. Piénsese, por ejemplo, en un cuerpo nobiliario cualquiera que, constreñido por la fuerza de la cosa juzgada, no podría ya discutir —ni siquiera considerar de nuevo— la hidalguía de la varonía del pretendiente...» (folio 558). El mismo actor se pregunta: «¿Podrían los órganos de la jurisdicción ordinaria hacer una declaración de esta naturaleza?» (folio 558), a lo que ha de responderse que evidentemente no, pues el órgano jurisdiccional tiene hoy día la alta misión de «ofrecer a todas las personas la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», pero en modo alguno la de refrendar esas «satisfacciones de índole íntima y moral», muy respetables, pero absolutamente desprovistas de fundamento jurídico en nuestros días.

En efecto, con el paso del Antiguo al Nuevo Régimen desapareció la distinción de nobles y plebeyos. Numerosas disposiciones derogaron la exigencia de pruebas nobiliarias y de limpieza de sangre, y hasta las «expresiones o distinciones que contribuyan a fomentar entre sus individuos las perjudiciales ideas de desigualdad legal o la rivalidad de clases» (Decreto de 9 de marzo de 1813). Abolidos todos los privilegios y exenciones, los hidalgos dejaron de constituir una clase social, quedando tal calidad reducida a un recuerdo histórico sin trascendencia alguna en la vida del Derecho. La normativa contenida en la Novísima Recopilación (libro XI, título XVII, Leyes 1 a 23): «De los pleitos de hidalguía y sus probanzas y del modo de calificar la nobleza y la limpieza», fue derogada por el artículo 2.182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el preámbulo del «Proyecto Oficial del Estatuto Nobiliario» (que nunca llegó a tener vigencia) se dice: «No existe en España ningún organismo similar a la Consula Aráldica Italiana o al Conseil Heraldique de Bélgica o al College of Arms de la Gran Bretaña, cuya única misión es la de confirmar las cartas de nobleza antiguas, sean o no títulos, de proponer nuevos ennoblecimientos, de confirmar o registrar o conceder nuevos escudos de armas, y no hay, pues, hoy día medio legal para quien siendo noble, quiera hacer ostentación de su calidad, como no sea título o pertenezca a alguna de las Corporaciones reconocidas oficialmente» (cual son las cinco Reales Maestranzas de Caballería y el Real Cuerpo Colegiado de la Nobleza de Madrid, cuyos individuos satisfacían, hasta fecha no lejana, los correspondientes derechos al Estado por sus despachos, al igual que en la actualidad lo siguen haciendo los títulos del Reino antes de serles expedidas las Reales Cartas de sucesión o rehabilitación de tales dignidades).

El hipotético supuesto de ser el actor descendiente de quienes disfrutaron en el Antiguo Régimen la condición legal de hidalgos con las exigencias y privilegios entonces inherentes a tal condición estamental, es cuestión que nuestro actual Ordenamiento jurídico no contempla ni regula, siendo, por tanto, tal dato irrelevante para el Derecho. De ello resulta, en conse-

cuencia, que el actor carece de derecho y, por tanto, de acción para postular del órgano jurisdiccional la pretendida declaración de hidalguía.

F. C. L.

TÍTULOS NOBILIARIOS. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA. Artículo 1.964 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Ramón López Vilas, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 15, estimando que a los títulos nobiliarios se les aplica la prescripción extintiva de quince años, conforme a la siguiente doctrina:

1. El motivo tercero, formulado por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción, por no aplicación, del artículo 1.964 del Código Civil, aduciendo que «el actor ha sostenido en este pleito que por el hecho de su nacimiento tenía acción, sin esperar a la muerte de su padre, para pedir que se declare su mejor derecho al título frente a la demandada», por lo que esa acción pudo ejercitarla desde 1953, fecha en la que la demandada obtuvo a su favor carta de sucesión, momento en que el actor hacía diez años que había nacido. Sin embargo, la acción no se ejercitó hasta veintiséis años después, es decir, cuando ya había prescrito. No nos referimos —precisa el recurrente— al tema de la prescripción adquisitiva del título, sino a la prescripción extintiva de la acción declarativa de mejor derecho al título, que es una acción personal sin término especial y que, como tal, prescribe a los quince años. La sentencia recurrida —termina diciendo— trata exclusivamente de la prescripción de la posesión y omite cualquier referencia al artículo 1.964 del Código Civil, incurriendo, al no aplicarlo, en la infracción que este motivo denuncia. En efecto, la sentencia recurrida (considerando sexto) hace caso omiso de la excepción de prescripción de la acción, oportunamente alegada por la hoy recurrente, limitándose a hacer una exposición un tanto imprecisa de la prescripción adquisitiva o usucapión. Y es lo cierto que habiéndose consolidado plenamente la doctrina de la Sala, según la cual, la posesión de un título nobiliario durante cuarenta años produce la prescripción adquisitiva del mismo (Sentencias de 7 y 27 de marzo de 1985; 14 de junio y 7 y 14 de julio de 1986; 5 y 23 de enero, 5 de junio y 27 de julio de 1987), resulta obligado admitir que es igualmente prescriptible la acción declarativa de mejor derecho a una determinada dignidad nobiliaria, tal como ya apuntó la Sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1987, al afirmar que «si los títulos son susceptibles de prescripción adquisitiva no cabe sostener la imprescriptibilidad de la acción correspondiente». Y ello en base a que todo derecho susceptible de ser consolidado por prescripción adquisitiva (usucapión), lo es al propio tiempo de extinguirse por prescripción de la acción para reclamarlo (prescripción extintiva o liberatoria). La primera puede hacerse valer por vía de acción y de excepción, porque su peculiar efecto es la adquisición de un derecho; la segunda, generalmente se esgrimirá como excepción, dado que

su efecto no es la adquisición de un derecho por parte del prescribiente, sino la pérdida de ese por quien ha dejado transcurrir el tiempo que fija la Ley para ejercitar la acción que, en otro caso, ampararía tal derecho. La prescripción extintiva o liberatoria no sólo extingue la acción, sino también el derecho (arts. 1.930, párrafo 2.º, y 1.932, párrafo 1.º, del Código Civil), y esto, como acertadamente expresa la doctrina, «no porque el derecho sustancial y la acción se confundan (pues son conceptos y momentos diversos), sino porque siendo la tutela judicial una nota inmanente y esencial del Derecho, perdida aquélla, se pierde también éste». Dichas acciones comienzan a prescribir a partir del momento en que pueden ser ejercitadas por sí o por la representación legal de quien es titular del derecho. Pero en casos como el presente, relativos al mejor derecho genealógico a un título nobiliario, en los que el derecho del padre es anterior y preferente al del hijo, sería un contrasentido que aquél viniese obligado a ejercitar la acción a nombre de éste por ser menor de edad, contradiciendo su personal actitud respecto de su propio derecho anterior y preferente. Será, pues, a partir del día en que el actor o litigante haya alcanzado la mayoría de edad cuando deba iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo, que en estos casos será de quince años por tratarse de una acción personal, habida cuenta que hoy día, según reiterada jurisprudencia de la Sala y del propio Tribunal Constitucional (Sentencia de 24 de mayo de 1982), los títulos nobiliarios son meras distinciones u honores, sin otra vinculación o significación patrimonial directa, siéndoles de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.964 del Código Civil para las acciones personales sin término especial de prescripción. En el caso de autos resulta que el actor, hoy recurrido, alcanzó su mayoría de edad a los veintiún años el 25 de enero de 1964, lo que significa que dejó transcurrir el plazo citado de prescripción antes de interponer la demanda de conciliación, que se concretó en un acto conciliatorio sin avenencia, celebrado el 23 de febrero de 1979, actos que precedieron en casi un año a la demanda principal de estas actuaciones. Y al no estimarlo así, la sentencia recurrida incide en la infracción denunciada en este tercer motivo, que, en consecuencia, ha de ser acogido en línea y concordancia con la reciente y ya firme doctrina de la Sala, que ha dado entrada en materia de títulos nobiliarios al juego de la prescripción adquisitiva o usucapión con los mismos efectos irreversibles por actitudes pasivas y complacientes (muy notorias y significativas en este caso) no imputables al actor perjudicado, sino a sus padres o ascendientes, potenciando así una vez más el principio de seguridad jurídica aludido y mencionado expresamente en la mayoría de esas recientes sentencias antes citadas, que encarnan y representan la nueva doctrina del Tribunal Supremo, que da entrada a instituciones civiles de Derecho común en el campo de las sucesiones nobiliarias.

F. C. L.

PARTICION HEREDITARIA. ADJUDICACION A UN HEREDERO DE VI-VIENDA OCUPADA COMO ARRENDATARIO POR OTRO (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso de casa-

ción por infracción de Ley interpuesto por la demandada y recurrida contra la sentencia de la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 7 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos debatidos:

Los hechos que se estimaron probados fueron esencialmente los siguientes: *a)* La demandante y actual recurrida, doña M. S. M., es usufructuaria del piso sito en calle Moreto, número 17, 1.º derecha, en esta villa, según resulta de la testamentaria de su madre; piso que viene siendo ocupado desde el año 1948, cuando eran propietarios los padres de ambos, por el demandado y recurrente, don A. S. M. *b)* A consecuencia de dicha testamentaria se cargó en cuenta al recurrente, y a otros herederos que ocupaban otros pisos, unas cantidades en el capítulo de liquidación de cuentas e hijuela de gastos en la testamentaria «en el concepto de rentas de alquiler del piso que cada uno ocupa en casas que fueron propiedad de sus padres y por el tiempo que duró la citada testamentaria, dieciocho meses desde mayo de 1962 hasta octubre de 1963», folio 48 de los autos. *c)* En el acta de una reunión de los mismos herederos, en la que participaron los aquí litigantes, de fecha 29 de septiembre de 1963, con el contador partidor, se hizo adjudicación de fincas y pisos relictos de doña J. M. según se especifica entre los herederos reunidos, y entonces el demandado (adicional segunda) se comprometió solemnemente «a instar tan pronto como la tramitación de la testamentaria lo permita, la resolución del contrato de arrendamiento del piso 3.º derecha de la casa de Espalter, 13, y trasladarse a él una vez que lo tenga libre de inquilinos, desalojando totalmente el que en la actualidad ocupa de Moreto, 17». *d)* La usufructuaria, actual recurrida y demandante en la instancia, instó el desalojo del piso ocupado por el recurrente en calle Moreto, 17, y pidió en la misma demanda origen de esta litis el abono de gastos satisfechos por el citado piso correspondientes a la época en que lo ha disfrutado el demandado, y todos los daños y perjuicios que se la han ocasionado por no haber desalojado la vivienda el 31 de julio de 1979; cantidades que serán valoradas en ejecución de sentencia en razón de la rentabilidad normal de la citada vivienda.

El recurso sostiene que en el documento de fecha 29 de septiembre de 1963, al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, don A. S. M. contrajo una obligación condicional consistente en que únicamente desalojaría el piso que ocupa reclamado en la demanda cuando obtuviera la libre disposición del que es de su propiedad. El texto literal de la cláusula controvertida, según ha estimado también la Sala de Instancia, no permite llegar a la conclusión de que parte el recurrente, ya que: *a)* La condición en los negocios jurídicos, como elemento accidental de la declaración de voluntad, no se presume, sino que ha de ser claramente establecida, pues, como ha declarado esta Sala (Sentencias, entre otras, de 7 de noviembre de 1973 y 5 de diciembre de 1953), es legal y doctrinalmente incuestionable que la existencia de condición en las obligaciones no se presume, ya que la obligación condicional es la excepción y solamente puede deducirse cuando claramente el ánimo de los contratantes fue hacer depender los efectos del contrato de un acontecimiento futuro e incierto, para cuya determinación los Tribunales han de entrar en la interpretación del contrato al margen de lo que dijese las partes. *b)* En esa

interpretación, que incumbe al Tribunal de Instancia como función privativa suya, no se dedujo la existencia de condición alguna, lo que no puede considerarse como conclusión ilógica ni desorbitada que pugne con el sentido de las restantes cláusulas del documento en que se contiene, en el que se hacía una distribución de bienes consecuencia de partición hereditaria con los efectos jurídicos que se declaran en la normativa legal (artículos 647, 661 y 1.068 del Código Civil), propios de la división y adjudicación de la herencia; con lo que se privó de todo título legítimo para que los herederos que poseyesen bienes que no les fueron adjudicados continuasen en esa posesión sin cederlos a los adjudicatarios, bien a título de propiedad plena o de usufructo, como es el caso de la recurrida. Y para eludir estos efectos evidentes habría de haberse pactado una condición inequívoca que no plantease duda alguna en su interpretación, lo que no se hizo, como se advierte por el texto literal de lo convenido. c) Por consiguiente, ha de estimarse ajustada a derecho la estimación de la demanda que se hizo en la sentencia recurrida, en cuanto que el demandado, actual recurrente, al surtir efectos la partición de los bienes relictos de su fallecida madre, debe desalojar los bienes que pertenecen a otro heredero, sin que tenga apoyo legal alguno la continuación de esa posesión.

Con lo expuesto y razonado decaen los motivos segundo, tercero, sexto, séptimo y octavo del recurso, en los que se alegan, respectivamente, la infracción por aplicación indebida del artículo 7 del Código Civil y la violación por falta de aplicación del artículo 1.281, párrafo 1.º, y del 1.114 del mismo Cuerpo legal, puesto que, por un lado, la continuación por el recurrente en la posesión del piso que se le reclama carece de todo apoyo legal y, consiguientemente, constituye un abuso de derecho, como acertadamente ha considerado la sentencia impugnada, en cuanto que sobrepasa manifiestamente los límites normales de la posesión que del citado piso se le atribuyó por sus fallecidos padres, con daño evidente para tercero, como dice el artículo 7 del Código Civil, y, por otro lado, según ya se indica, la interpretación de la cláusula litigiosa por la Sala *a quo* no es caprichosa ni arbitraria, sino plenamente aceptable.

Los motivos cuarto y quinto alegan la infracción por violación por falta de aplicación del artículo 1.565, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; motivos que han de ser desestimados porque parten de la existencia de una obligación condicional que se ha revelado inexistente, y de que el demandado recurrente, al haber satisfecho por gastos de testamentaría una cantidad en concepto de renta, ha de ser considerado como arrendatario del piso en cuestión. Además, el precepto invocado aquí como infringido es de naturaleza procesal, impropio para fundamentar un recurso de casación por infracción de Ley. La suma satisfecha por una sola vez, al mismo tiempo que otros herederos, por gastos de testamentaría no puede en modo alguno considerarse constitutiva de un arriendo propiamente dicho, que aun admitiendo su existencia fue, como se dice en el documento del folio 48, «por el tiempo que duró la citada testamentaría, dieciocho meses», hasta octubre de 1963, sin que después en ningún caso se haya vuelto a mencionar más el arrendamiento a pesar de los años transcurridos, ni se acredita como probado en autos; todo lo que alude el supuesto de considerar al recurrente como arrendatario de un piso que en todo momento, fuera de los gastos de testamentaría aludidos, ocupó a título gratuito, y se comprometió a desalojar, según las pruebas apreciadas por la Sala *a quo*, antes de finalizar el mes de julio de 1979.

F. C. L.

TESTAMENTO. CAPACIDAD DEL TESTADOR. UNIDAD DE ACTO (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1987).

Por muy terminantes que sean las conclusiones de los peritos médicos, quienes no conocieron ni examinaron al testador, basando aquéllas en un conciso e incompleto historial clínico, no pueden por sí solas racionalmente constituir la prueba cumplida, convincente e inequívoca exigida para acreditar el error en el que incurrieron Notario y testigos instrumentales al afirmar la capacidad mental del testador.

La aseveración notarial respecto de la capacidad de testamentación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario.

El requisito de la unidad viene referido, según reiterada doctrina de esta Sala, al momento del otorgamiento propiamente dicho y no quebranta ese principio que el Notario autorizante redacta el testamento según las instrucciones recibidas previamente del otorgante, siempre que después se proceda a su lectura en presencia del mismo y de los testigos instrumentales.

F. C. L.

LEGADO DE BIEN GANANCIAL. PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la actora y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de esa capital, conforme a las siguientes consideraciones, confirmando en su segunda sentencia la del Juzgado en cuanto al carácter ganancial del bien objeto de la «litis»:

1. La cuestión litigiosa debatida en ambas instancias queda centrada en determinar si la casa sita en Traspinedo, calle Cotarro del Castillo, núm. 11, perteneció con carácter ganancial a la sociedad conyugal formada por los fallecidos esposos, doña D. V. P. y don A. Y. I., por haber sido construida a sus expensas vigente el matrimonio, tesis mantenida por la actora, o bien fue adquirida por don A. Y. I. en estado de viudo y, por tanto, de propiedad exclusiva de éste, como sostiene la demandada, pues en el primer supuesto sería válido y surtiría plenos efectos el legado que de la cuarta parte de dicho inmueble hizo doña D. V. P. en su testamento otorgado el 8 de septiembre de 1954 a favor de su sobrina, la hoy actora, como sostiene la sentencia del Juzgado, y en la segunda hipótesis carecería de efecto tal cláusula testamentaria al haber dispuesto de un bien ajeno ignorando que lo era y la casa pertenecería a la demandada, sobrina del esposo, a quien éste instituyó heredera universal de todos sus bienes en el testamento otorgado el día 16 de julio de 1977 (falleció el día 9 de septiembre del mismo año), como mantiene la sentencia de la Audiencia.

2. Dicha sentencia, aquí recurrida, afirma como probado «...que la casa fue edificada sobre una finca urbana, en término de Traspinedo, Valladolid, al pago del Cotarro del Castillo, que fue aportada el 7 de enero de 1967 por don F. B. G. y doña E. G. F., en la escritura de constitución de la Sociedad Mercantil Regular Colectiva «Belón y Compañía», a dicha Sociedad, a la cual prestó sus servicios durante muchos años don A. Y. I., en un secadero de achicoria existente en la aludida finca urbana, constante matrimonio de don A. Y. I. con doña D. V. P., con intervención personal de don A. Y. I. y de otras personas, sin que se haya demostrado lo fuese a expensas del matrimonio, y en todo caso, lo que resulta evidente es que el suelo sobre el que fue edificada pertenecía a «Belón y Compañía»; afirma, igualmente, «que tanto doña D. V. P. como su viudo don A. Y. I., en la creencia de que la casa que habitaban era de su propiedad, como lo acredita el haber dispuesto aquélla de la mitad de su parte, que estimaba ganancial, y de haber incluido éste en el inventario de bienes relictos de su referida esposa tal inmueble, otorgaron, respectivamente, el testamento de 8 de septiembre de 1959 y el acta de inventario de fecha 19 de abril de 1960...».

3. El segundo motivo, de examen preferente, amparado en el ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción, denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba con violación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, por entender que la sentencia recurrida infringe las normas valorativas de la prueba de presunciones contenidas en los indicados preceptos, debiendo tenerse en cuenta, a este respecto, que si bien es cierto que por regla general no se infringen tales artículos cuando el Juez no utiliza el medio indirecto de las presunciones, no lo es menos que, por excepción, cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera, con la fuerza lógica que la Ley exige, la realidad de otro, si el Tribunal así no lo reconoce, cabe la denuncia de la infracción de tal precepto siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio (Sentencias de 16 de marzo de 1966, 21 de octubre y 9 de diciembre de 1982 y 5 de junio de 1986, etc.). Sentada, pues, la posibilidad de atacar en casación la no aplicación por el Tribunal de Instancia de la prueba de presunciones, la cuestión planteada queda centrada en determinar si de los hechos que la sentencia declara probados y aplicando las reglas del criterio humano, debió llegarse por el juzgador a la consecuencia pretendida por el recurrente, cuestión que debe decidirse en sentido afirmativo, pues: *a)* si la esposa en un testamento otorgado el 8 de septiembre de 1959, unos meses antes de su muerte, dispone de la mitad de la casa por atribuirle carácter ganancial; *b)* si al fallecimiento de doña D. V. P., su viudo don A. Y. I., su hermano don V. V. P., su sobrina doña C. V. R., hoy actora y legataria de la cuarta parte de la casa, y don D. R., también interesado en la herencia, comparecieron ante el Notario de Tudela de Duero, en 19 de abril de 1960, para inventariar los bienes muebles e inmuebles de la causante, incluyéndose entre éstos la casa litigiosa, adquirida, según se hace constar, por construcción a sus expensas en el año 1944; *c)* si dicha casa la habitaron hasta su fallecimiento los cónyuges, sin que exista dato alguno respecto a que la ocupación lo fuera en concepto de arrendatarios, precaristas o por título distinto del de propietarios, y *d)* si aunque no aparece acreditado que la casa se construyera a expensas de los cónyuges, según afirma la sentencia recurrida, tampoco se declara probado que lo fuera

a costa de tercero, y además, en la referida manifestación de herencia de doña D. V. P., en la que intervino su viudo, se hizo constar su carácter ganancial; la conclusión lógica que de tales hechos básicos cabe deducir no es otra que la de afirmar que la casa litigiosa perteneció con el carácter de ganancial al referido matrimonio, y que el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de 22 de julio de 1964, en la que «Belón y Compañía» vende y don A. Y. I. compra la repetida casa, no tuvo otra finalidad que la de acomodar la titularidad formal a la titularidad real anteriormente existente, si bien realizada de modo irregular al no haber intervenido también los interesados en la herencia de doña D. V. P.

COMENTARIO.—El legado de bien ganancial estaba huérfano de regulación legal hasta la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que en su artículo 1.380 del Código Civil establece: «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario, se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento».

Esta solución no coincide —lo que no deja de ser una lástima para quienes estimamos que deben aprovecharse todas las posibilidades en orden a la unificación de nuestro Derecho civil— con la mantenida por la Compilación de Navarra, cuya Ley 251 establece: «En el legado de bienes de conquista, cuando un cónyuge los legue a favor del otro, o ambos conjuntamente a favor de tercera persona, se entenderá que cada uno lega la mitad del objeto legado. Cuando uno de los cónyuges, separadamente, legue a tercera persona el objeto entero, será válido el legado en su totalidad; pero en cuanto a lo que en la liquidación de la sociedad de conquistas no fuere adjudicado a la herencia del causante, el efecto será meramente personal, como si fuere legado válido de cosa ajena».

Para explicar la naturaleza jurídica del legado de bien ganancial y sus efectos jurídicos, la doctrina mantuvo opiniones divergentes. Para unos, el legado de cosa ganancial debía tener siempre una eficacia plena y absoluta, con la obligación de entregar la cosa legada al legatario, sin que fuera posible adjudicarla al otro cónyuge. Para otros, dicho legado sólo tiene una eficacia relativa y limitada, bien equiparándolo en todo caso al legado de cosa ajena, bien equiparándolo a éste solo si su objeto no se adjudica a la herencia del testador, bien admitiendo únicamente su eficacia cuando esto suceda, bien considerándolo en cualquier supuesto como legado de cosa, en parte, propia del testador y, en parte, ajena, o bien, finalmente, considerando el legado de bien ganancial como legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio común, funcionando tal participación —y no la supuesta participación en el bien legado— como límite del legado. Esta última posición es la que parece haber inspirado la redacción del actual artículo 1.380 del Código Civil.

Queda por determinar el alcance meramente dispositivo o imperativo del precepto. A mi juicio, no cabe duda que tiene el primero, esto es, la norma actúa únicamente a falta de voluntad en contrario del testador, quien puede disponer que en todo caso el legado sea válido, como legado de cosa ajena, o bien que sólo sea eficaz cuando el bien legado o parte del mismo se adjudique a su herencia, sin que, por tanto, tenga lugar la sustitución del bien legado por su valor. Y ello por la razón fundamental de que las normas de Derecho sucesorio son dispositivas, salvo excepción expresa (v.gr.: legítimas, prohibición de sustituciones fideicomisarias más

allá de ciertos límites), como lógico corolario del principio *dicat testator et erit lex voluntas eius*.

F. C. L.

TESTAMENTO. INTERPRETACION. SUSTITUCION. DERECHO DE ACRECER. Artículos 675 y 774 del Código Civil (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1987).

Ha de primar siempre la voluntad del testador sobre lo estrictamente literal.

La sustitución es preferente al derecho de acrecer, salvo expresa voluntad contraria del testador.

Doña C. P. R. otorgó testamento notarial abierto en el que, entre otras, ordenó las siguientes cláusulas: A) En el supuesto de que al fallecimiento de la testadora viva su hermano político don F. N. G., le instituye heredero en usufructo vitalicio, y herederos nudo propietarios, por partes iguales, con derecho de acrecer y el de sustitución por sus descendientes, a sus sobrinos Francisco, Modesto y Mercedes. B) En el supuesto de que al fallecimiento de la testadora la hubiese premuerto su hermano político, instituye por sus únicos y universales herederos a sus tres sobrinos, mencionados en el apartado anterior.

Al fallecer la testadora la habían premuerto su sobrino Francisco y su hermano político don F. N. G., por este orden, siendo declarado heredero del primero, que murió intestado, su hijo único, llamado también Francisco, quien reclama a sus dos tíos, Modesto y Mercedes, una tercera parte de la herencia, como sustituto de su padre. A la demanda se oponen éstos por entender que en la segunda cláusula B) nada se dice de sustitución —a diferencia de lo que se expresa en la primera o A)— y, por tanto, nada pudo adquirir el sobrino de la testadora al premorir su padre a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia de La Roda estimó la demanda, declarando que la cláusula segunda o B) del testamento debe interpretarse en el sentido de que la testadora instituye herederos por partes iguales a sus tres sobrino Francisco, Modesto y Mercedes, con derecho de acrecer y sustitución por sus descendientes. Apelada la sentencia por los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia del Juzgado.

La Sala Primera del 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 por infracción de Ley interpuesto por los demandados y apelantes, conforme a las siguientes consideraciones, en las que se advierte que de pasada hace referencia a los medios de prueba extrínsecos, entre ellos al parecer del Notario autorizante del testamento, para aducirlos en confirmación de la decisión mantenida.

1. El motivo primero que se aduce viene amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose la infracción, por aplicación indebida, del artículo 675 del Código Civil, en cuanto que, según la parte recurrente, se ha interpretado erróneamente

por la Sala de Instancia la cláusula II del testamento que otorgó doña C. P. R. el día 6 de abril de 1973 ante el Notario de Alcantarilla (Murcia); motivo destinado a perecer, pues, en principio, hay que hacer notar que es constante y reiterada la doctrina sentada por esta Sala de que ha de primar siempre la voluntad del testador sobre lo estrictamente literal, constituyendo un deber del intérprete indagar, inquiriéndola acuciosamente, y revelar la voluntad verdaderamente existente en el ánimo del causante en el momento en que efectuó el acto de disposición; pero esta actividad es un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de Instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de los criterios racionales, y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso a la casación (Sentencias de esta Sala de 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 8 de junio de 1982, 9 de marzo de 1984, etc.); criterios interpretativos racionales que han sido perfectamente aplicados en la sentencia recurrida, pues si en el apartado A) de la discutida cláusula testamentaria, la testadora instituye como heredero usufructuario a su hermano político don F. N. G., para el caso de sobrevivirle, «y como herederos nudos propietarios por partes iguales, con derecho de acrecer y el de sustitución por sus descendientes, a sus sobrinos Francisco, Modesto y Mercedes», es obligado entender que el contenido del apartado B) de dicha cláusula, pensado para el supuesto de la premoriencia de su cuñado, la institución y el nombramiento «por sus únicos y universales herederos a sus tres sobrinos, nombrados en la cláusula o apartado anterior», tuvo que hacerlo la testadora con los mismos derechos de acrecer y de sustitución, pues la tergiversación manifiesta del texto se produciría si se llegara a la conclusión de que la voluntad de la testadora había cambiado radicalmente, según instituya a los sobrinos herederos nudo-propietarios o cuando, desaparecida la participación del cuñado, los instituye herederos en pleno dominio; cambio de sistema que no es posible mantener sin la existencia de alguna razón lógica, no advertida en los autos, que le sirva de fundamento, y cuyo razonamiento obliga a respetar la soberanía que al Tribunal de Instancia le corresponde en el proceso interpretativo, rechazando este motivo.

2. Al segundo motivo también lo ampara la parte en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, alegando infracción del artículo 1.281 del Código Civil, en relación con el artículo 1.283 del mismo Cuerpo legal, defecto formal en su formulación, que ya de por sí merece el perezimiento, pues son abundantes las declaraciones de esta Sala desestimando alegadas infracciones del artículo 1.281 del Código Civil, propuestas sin especificar cuál de los dos párrafos del mismo es el que se presume infringido, pues cada uno de ellos se refiere a cuestiones diversas; pero es que, a mayor abundamiento de razones desestimatorias, con este motivo se está insistiendo en valorar nuevamente el criterio interpretativo soberano de la Sala de Instancia, y se está desconociendo, en relación con el fondo de la cuestión, que dados los términos del artículo 675 del Código Civil, puede deducirse que el mismo se basa en un criterio subjetivo, que aspira esencialmente a descubrir la voluntad del testador, por lo que aun cuando la primera regla interpretativa del precepto sea la de la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de hermenéutica e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias

exteriores al testamento (Sentencias de 8 de julio de 1940, 26 de marzo de 1983, 29 de febrero de 1984, 9 de marzo de 1984, etc.), y precisamente, en el caso que nos ocupa, se ha podido constatar la opinión personal que se transmitió al Notario autorizante y la del Albacea testamentario, que abonan ambos el sentido interpretativo mantenido en la sentencia que se recurre.

3. Que el tercer y último motivo que se alega también viene amparado en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender la parte recurrente que se ha infringido negativamente el artículo 766 del Código Civil; alegación carente de base jurídica después de los razonamientos efectuados en los dos motivos anteriores, pues si se ha estimado la existencia de una institución de herederos, con las condicionantes del derecho de acrecer y del de sustitución en favor de sus descendientes, obligado es concluir que el citado artículo 766 del Código Civil no es de aplicación al caso que nos ocupa, por serlo el artículo 774 del mismo Cuerpo legal, y, en su consecuencia, rechazable también este motivo.

F. C. L.

TESTAMENTO. INTERPRETACION. SUSTITUCIONES VULGAR Y FIDEI-COMISARIA CONDICIONAL DE RESIDUO. Artículos 675 del Código Civil y 210, 1.º, de la Compilación de Cataluña (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que con revocación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Hospitalet de Llobregat, estimó la pretensión del heredero voluntario nombrado por el hijo en su testamento, quien, a su vez, había sido instituido por su padre en los términos que son objeto del pleito, de acuerdo con los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Habiéndose denunciado en este primer motivo del recurso la infracción del artículo 675, 1.º, del Código Civil, resulta conveniente dejar establecido, como premisa básica, las directrices jurisprudenciales de esta Sala, en orden a las reglas o normas que han de presidir la interpretación testamentaria, y partiendo del principio de que la actividad interpretativa en esta materia constituye un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de Instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, hasta el extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos en los que no se excluye el acceso a la casación, debe añadirse, además, que la aplicación del artículo 675 del Código Civil ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a descubrir la voluntad del testador, por lo que aun cuando la primera regla del precepto sea la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar, en lo posi-

ble, las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (Sentencias de 4 de noviembre de 1961, 18 de diciembre de 1965, 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 5 de abril de 1981, 9 de marzo de 1984, 9 de junio de 1987, etcétera).

2. Fijado del modo precedente el aspecto puramente doctrinal, es obligado transcribir la discutida cláusula del testamento que otorgó el causante, don F. G. T., el 19 de agosto de 1915, en la que textualmente dispone: «De todos mis restantes bienes muebles e inmuebles, presentes y venideros, créditos, derechos y acciones que me pertenecen y pueden pertenecerme por cualquier título, causa o razón, nombro e instituyo heredero mío universal a mi citado hijo único J. G. C., quien no podrá disponer de la herencia libremente hasta haber cumplido la edad de veinticinco años, o antes si se casare y tuviere hijos, uno o más. Y para los casos de premorirme mi dicho hijo y heredero, o sobrevivirme y no ser tal heredero por no poder o por no querer serlo, y siéndolo, para el caso de morir antes de haber cumplido la edad de veinticinco años, o sin tener o haber tenido hijos legítimos y naturales uno o más, le sustituyo y herederos míos universales nombro e instituyo a mi hermano don C. G. T. y a mis sobrinos, hijos de mis hermanas fallecidas, sucediendo éstos por derecho de representación de sus respectivas madres»; cláusula en la que claramente se perfilan dos partes perfectamente diferenciadas: la primera contiene una institución de heredero a favor del hijo del causante, seguida de una prohibición temporal de disponer: «quien no podrá disponer de la herencia libremente hasta haber cumplido la edad de veinticinco años, o antes si se casare y tuviere hijos», disposición cuya interpretación no ha ofrecido duda alguna, salvo el alcance que deba darse a la expresión «disponer libremente», cuyo sentido será analizado más adelante; en la segunda parte de la cláusula se ordenan una serie de sustituciones: A) Una primera sustitución vulgar en favor de las mismas personas a las que después se referirá, para los casos de premoriencia del heredero o para los supuestos de que no llegue a serlo: «y para los casos de premorirme mi dicho hijo y heredero, o sobrevivirme y no ser tal heredero, por no poder o no querer serlo..., le sustituyo y herederos míos universales nombro e instituyo..., etc.». B) Una segunda sustitución fideicomisaria de carácter condicional, instituida para después de la muerte del heredero fiduciario y sujeta a las dos condiciones alternativas siguientes: «para el caso de morir (el heredero) antes de haber cumplido la edad de veinticinco años, o sin tener o haber tenido hijos legítimos o naturales, uno o más, le sustituyo, y herederos míos universales nombro e instituyo..., etc.»; y necesariamente hay que entender que existen dos condiciones distintas, separadas por la particular disyuntiva «o», y referidas a dos supuestos dispares, con la circunstancia de que la concurrencia de cada uno de estos supuestos por separado dará lugar al nacimiento de la sustitución fideicomisaria: o que muera el heredero antes de los veinticinco años o que aun muriendo después no tenga descendencia.

3. Para la necesaria y obligada armonización de las dos partes que contiene la cláusula testamentaria estudiada hay que entender que el testamento constituye una unidad, donde está plasmada la voluntad del testador, y que sus distintas disposiciones es necesario interpretarlas in-

tegrándolas armónicamente, de modo que pueda extraerse la verdadera y completa voluntad del disponente, en el sentido de evitar la aparente contradicción que pudiera presentarse entre las distintas manifestaciones de voluntad, y de este modo, la facultad otorgada al heredero en la primera parte de la cláusula, de disponer libremente de la herencia «al haber cumplido la edad de veinticinco años o antes si se casare y tuviere hijos», hay que interpretarla poniéndola en relación con la sustitución fideicomisaria que se dispone en la segunda parte de la cláusula, y entender que el testador sólo le autorizaba a disponer libremente por actos *inter vivos*, pues extendiéndose la autorización a la disponibilidad *mortis causa*, se produciría la contradicción insalvable de admitir que el testador ordenaba una sustitución fideicomisaria en favor de terceras personas para el caso de morir el heredero sin tener descendencia, cualquiera que fuere su edad, y al mismo tiempo autorizaba al fiduciario a disponer por testamento de los bienes hereditarios a partir de los veinticinco años; por ello hay que reconocer que necesariamente nos encontramos frente a un fideicomiso de la clase de los de residuo, definido y regulado en el artículo 210, 1.º, de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, coincidente con la legislación anterior, y por virtud del cual el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional para después de su muerte, facultándole, no obstante, para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos *inter vivos*, con la obligación de hacer tránsito al fideicomisario de los que no hubiere dispuesto; no pudiendo entenderse que existió una sustitución preventiva de residuo, regulada en el artículo 210, 2.º, antes citado, pues para ello hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa*, supuesto que no concurre en el presente caso.

4. La distinta interpretación que se realiza en la sentencia recurrida viola el contenido del artículo 675, 1.º, del Código Civil, pues además de prescindir de la literalidad de la disposición testamentaria, tergiversa su texto, y acumulando las distintas partes existentes en la cláusula, modifica el sentido lógico de la voluntad del testador. El Tribunal de Instancia entiende, en su considerando 3.º, B), que «la sustitución fideicomisaria tendría lugar si se cumpliera alguna de las dos condiciones impuestas...: A) si su hijo, sobreviviéndole y llegando a ser heredero, moría antes de los veinticinco años de edad, y B) si su hijo, sobreviviéndole y llegando a ser heredero, moría sin tener o haber tenido hijos legítimos o materiales *antes de los veinticinco años de edad*», colofón añadido a la segunda condición, que, como vimos, no figura en el testamento y modifica esencialmente su contenido; se llega a esta interpretación acumulando la disposición prohibitiva de la primera parte de la cláusula con esta segunda condición impuesta para el nacimiento del fideicomiso, cuando realmente se trata de dos cuestiones distintas, separadas ortográficamente por un punto y dirigidas a distintas finalidades. Al haber quedado, por otra parte, modificada fundamentalmente la segunda condición impuesta para que nazca la sustitución fideicomisaria: que el hijo muera sin descendencia, sin límite de edad alguno, el Tribunal *a quo* no se vio compelido, en función armonizadora *favor testamenti*, a circunscribir la facultad dispositiva del heredero, contenida en la primera parte de la cláusula, sólo a los actos *inter vivos*, y por ello entendió que no existía, ni tenía razón de ser, la figura del fideicomiso de residuo; institución obligada en

este caso y de cuya existencia no se puede prescindir si se quiere cumplir la total voluntad del testador; criterio seguido por la doctrina de esta Sala, recogiendo lo que también tiene sentado, dentro de su área de enseñanza y aplicabilidad, la Dirección General de los Registros para casos análogos al presente (Sentencias de 14 de noviembre de 1944, 7 de enero de 1959 y 25 de mayo de 1971). Por todo lo expuesto resulta patente, como al principio se dijo: la denunciada infracción del artículo 675, 1.º, del Código Civil, contradicha la voluntad del testador, por errónea interpretación de su testamento, y, en consecuencia, casable y nula la sentencia recurrida; y dada la admisión de este primer motivo del recurso, no es necesario el estudio del propuesto en segundo lugar, debiendo confirmarse la sentencia de Primera Instancia, perfectamente concordante con la doctrina que aquí se ha expuesto, sin hacer, por otra parte, expresa imposición de las costas causadas en este recurso, ni en el de apelación, no procediendo tampoco declaración alguna sobre el depósito, reglamentariamente no constituido.

La sentencia del Juzgado, que confirma el más Alto Tribunal, contiene, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

Que estimando la demanda, debo declarar y declaro: 1.º Que el difunto don F. G. T., en su testamento de 19 de agosto de 1915, instituyó heredero a su único hijo don J. G. C., ordenando asimismo: a) una sustitución fideicomisaria condicional de residuo a favor de don C. G. T. y de sus sobrinos, hijos de sus hermanas fallecidas, sucediendo éstos por derecho de representación de sus respectivas madres, para el caso de que su hijo, don J. G. C., llegara a ser heredero y falleciera antes de cumplir los veinticinco años o sin tener o haber tenido hijos legítimos y naturales uno o más, y b) un gravamen para su nombrado hijo, consistente en una prohibición de disponer de la herencia antes de cumplir los veinticinco años, que quedaba sin efecto si antes de dicha edad se casaba y tenía uno o más hijos. 2.º Que don J. G. C. adquirió la herencia fideicomitida con el gravamen de que cumplida la condición impuesta por el testador, consistente en el fallecimiento del fiduciario antes de cumplir los veinticinco años o sin tener o haber tenido hijos legítimos y naturales, uno o más, haría tránsito a los fideicomisarios la parte de herencia que el fiduciario no hubiera dispuesto por actos *inter vivos*. 3.º Que al fallecimiento del heredero fiduciario, don J. G. C., en 26 de agosto de 1979, sin descendencia, quedó cumplida la condición impuesta por el testador, su padre, para que los bienes fideicomitidos hicieran tránsito a los herederos fideicomisarios designados en su testamento. 4.º Que de los herederos fideicomisarios designados por don F. G. T. en testamento, la única que sobrevivió al heredero fiduciario, don J. G. C., fue doña M. G. G., madre de las hoy demandantes, que fallecida el 14 de mayo de 1980, purificó en su persona la delación fideicomisaria ordenada por el causante.

COMENTARIO.—En síntesis, de esta sentencia resulta:

1.º En principio, la interpretación del testamento es atribución soberana del Tribunal de Instancia, conforme a criterios racionales.

2.º El criterio que ha de presidirla es subjetivista, dirigido a descubrir la voluntad del testador.

3.º Por ello ha de tenerse en cuenta el conjunto del documento testamentario (interpretación sistemática).

4.º Es posible hacer uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, entre los cuales se encuentra el juicio del Notario autorizante del testamento.

5.º El término «libremente» empleado respecto a la facultad de disposición por el fiduciario condicional sólo autoriza la disposición por actos entre vivos, ya que para disponer *mortis causa* habrían de concederse expresamente. Precisamente ésta es la diferencia existente en la Compilación catalana entre la sustitución fideicomisaria condicional tipo *sine liberis* o análoga y la sustitución preventiva de residuo. En esta última, el fiduciario está facultado para disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, no así en la primera.

F. C. L.

TESTAMENTO DE HERMANDAD EN NAVARRA. INTERPRETACION. NULIDAD (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1987).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Barcala Trillo Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de Pamplona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Tudela, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos motivadores del pleito.

1. Habiéndose otorgado por los cónyuges don I. G. G. y doña T. S. S., vecinos de Fontellas (Navarra), en 2 de abril de 1963, y ante el señor Notario de Tudela, testamento abierto de hermandad, y fallecida la esposa el 13 de septiembre de 1976, las hijas del referido matrimonio, doña M. y doña C., por medio de escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia de Tudela en 6 de noviembre de 1978, interpusieron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra su padre y su hermano don E., hijo asimismo del matrimonio, en solicitud que se declarase inexistente o nulo de pleno Derecho el testamento antes mencionado y la nulidad de las donaciones que pudieran haberse realizado a favor del hijo durante la enfermedad de la madre, cuya demanda fue desestimada por Sentencia de 17 de diciembre de 1984, siendo confirmada dicha resolución por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Pamplona el 30 de octubre de 1985, y contra esta segunda sentencia se interpone el presente recurso de casación por el cauce procesal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a través de siete motivos formulados al amparo de sus ordinales 3.º, 4.º y 5.º

3. Los motivos segundo y tercero, por vía del ordinal 4.º del repetido artículo 1.692, invocan error en la apreciación de la prueba y citan como documentos demostrativos de la equivocación del juzgador los testamentos aportados y obrantes a los folios 7 y 63, es decir, el de hermandad de 2 de abril de 1963 y el otorgado por el cónyuge viudo en 21 de diciembre de 1977. Para el motivo segundo, el error en que incurrió la sentencia impugnada consistió en decir: «que se instituían aquéllos recíprocamente

herederos en todos sus bienes y establecían los correspondientes legados en favor de sus hijos para el caso de fallecimiento del último de ellos, quedando como sucesor de todos los bienes inmuebles el hijo» (segundo fundamento de Derecho), cuando del testamento al folio 7 resulta totalmente distinto, pues así se transcribe en el motivo: «los testadores se instituyen herederos usufructuarios vitalicios, a sus hijos les legan determinados bienes y en el remanente de todo lo demás instituyen y nombran por sus únicos universales herederos a sus tres mencionados hijos, E., C. y M. G. S.». Aunque el Tribunal *a quo* hubiera incidido en desacierto en el relato de las disposiciones testamentarias, tal cosa carecería de relevancia, ya que la impugnación al testamento no fue en razón al contenido de aquéllas, sino al hecho mismo del otorgamiento del testamento, por entender que la esposa no se encontraba en su «cabal juicio», y, por tanto, la narración fáctica del testamento que se hace en la sentencia no tuvo influencia alguna en su motivación jurídica. Pero es que, además, tal exposición no quiebra la significación del contenido de las cláusulas testamentarias, y así se ve que en la cuarta, los testadores se instituyen mutuamente herederos usufructuarios vitalicios, y en las quinta a la octava, después de establecer determinados legados para sus tres hijos, legan al hijo E. la casa en que habitan con él, con su corral, todas las demás fincas rústicas o urbanas que pertenezcan a los testadores en la jurisdicción de Fontellas y todas las demás fincas rústicas o urbanas que se comprendan en el remanente de su herencia, legado este último que se grava con la obligación de entregar a sus hermanas las cantidades dinerarias que se indican, y de aquí la imposibilidad de calificarse de erróneo el comentario de la sentencia, concerniente a que el hijo fue el sucesor de todos los bienes inmuebles, sin que, desde luego, pueda quedar desmentido por el dato de que en la cláusula undécima se consigne que «en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, instituyen y nombran por sus únicos universales herederos a sus tres mencionados hijos».

4. El motivo tercero centra el error de la sentencia en la calificación de «condicional» para el testamento de 1977, el obrante al folio 63, con lo que se está refiriendo al apartado f) de su tercer fundamento, en concreto, al señalar: «por último, no ofrece dificultad, por otro lado, el otorgamiento del nuevo testamento por el cónyuge supérstite, éste claramente favorable para el hijo, pues el mismo es condicional, sólo para el caso de que el de hermandad fuera declarado nulo». Aquí cabría repetir lo antedicho, que la equivocación, de existir, sería de absoluta irrelevancia, pues la litis se construyó a la validez o nulidad del testamento anterior, el de hermandad, y añadir que el vocablo «condicional» se ajusta ciertamente a la intención expresada por el testador en la cláusula cuarta: «que ante la maniobra por parte de sus hijas C. y M., según se deduce, del acto de conciliación para el que fue citado en Fontellas el 15 de abril de 1977, de anular el testamento de hermandad..., y previendo el supuesto error que se pueda producir si se declara la nulidad del testamento antedicho, por el presente...». Por consiguiente, tampoco es posible, en este caso, imputar error a la Sala sentenciadora, lo cual determina el perecimiento de los motivos acabados de examinar.

5. El cuarto motivo, por igual vía que los dos precedentes, alega asimismo error en la apreciación de la prueba, con base en los documentos siguientes: escrito presentado por la contraparte el 25 de enero de 1983,

certificaciones de la inscripción de defunción y del acto de últimas voluntades de don I. G. G. y testamento del mismo de 21 de diciembre de 1977 (folios 61 a 64), por más que el error pretende deducirse de los precitados escrito y testamento, los que, a juicio del recurrente, invalidan la afirmación contenida en el apartado 3.º del penúltimo considerando de la sentencia del Juzgado, aceptado por la Audiencia, y referida a: «No haber sido reconocido, ni expresa ni tácitamente, por la parte demandada la incapacidad de la testadora en el momento de hacer testamento». Frente a esta afirmación, se arguye que al suplicarse en el escrito se tenga a don E. G. S. como sucesor del padre fallecido, a todos los efectos, y que al admitirse en el testamento la posibilidad de que fuese declarado nulo el anterior de hermandad, se está admitiendo en uno y otro documento, tácitamente, al menos, la incapacidad de la esposa cuando otorgó ese anterior; pero al respecto ha de tenerse en cuenta la doctrina mantenida por esta Sala en los supuestos de error amparados en el ordinal 4.º, concerniente a que: «el documento ha de ser contundente e indubitado *per se*, sin necesidad de interpretación», viniendo corroborada en las Sentencias de 16 de abril de 1958, 13 de octubre de 1966, 21 de diciembre de 1981, 4 de noviembre de 1982, 14 de junio de 1983, 5 de diciembre de 1984, 3 de marzo de 1986 y 31 de marzo de 1987, y expresivas de que: «es preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos, y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencian cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida». Pues bien, el texto de los documentos en cuestión no confirma de ningún modo, explícita e implícitamente, la tesis del recurrente, ya que el escrito de 25 de enero, al margen de su conveniencia o inutilidad procesal, sólo pretendió dar cuenta del fallecimiento del señor G. G., aportar su último testamento, tener al hijo como sucesor del mismo y alzar la suspensión del procedimiento, de cuyas finalidades no se desprende el reconocimiento, ni siquiera de manera indirecta, de que fuera nulo el testamento, y cuando en el escrito se alude a la condición de sucesor del padre, del conjunto de su redacción se comprende que se está refiriendo al aspecto y ámbito procesal; y por lo que respecta al segundo, aparece bien claro su propósito: sustituir al de hermandad «para el supuesto error que se pueda producir si se declara su nulidad», cosa bien distinta a que se le considerase nulo, y es más, de manera categórica se afirma en su cláusula cuarta que la testadora —se está refiriendo a la esposa del otorgante— gozaba de plena capacidad, por todo lo cual resulta inviable el motivo.

6. El motivo quinto se ampara en el ordinal 5.º del reiterado artículo 1.692, en relación con el 675 del Código Civil, por defectuosa interpretación del testamento de 21 de diciembre de 1977, en razón a que la sentencia recurrida le considera condicional, «sólo para el caso de que el de hermandad fuera declarado nulo». La denunciada calificación se encuentra en el apartado f) del tercer fundamento de la sentencia, sobre el que ya se trató en el cuarto de la presente, al examinar el tercer motivo del recurso, y al comparar éste con el actual quinto, es evidente que uno y otro quedan subsumidos entre sí, de tal forma que cuanto se dijo en punto a desestimar el precedente, es aplicable ahora para comprender la inexistencia de infracción del artículo 675 del Ordenamiento civil, lo que produce, sin necesidad de mayores razonamientos, la repulsa del motivo; repulsa ésta que arrastra, a su vez, la del séptimo, articulado por el mismo

ordinal, y que alega infracción de los criterios jurisprudenciales acerca de la doctrina de los actos propios, al entender el recurrente que son conductas contradictorias e incompatibles la del padre y la del hijo: la del primero, por otorgar un nuevo testamento y oponerse a la demanda de nulidad del anterior, y la del segundo, por comparecer en las actuaciones proclamándose sucesor de su padre a virtud del segundo testamento y mantener la validez del de hermandad, pero la argumentación viene desprovista de base atendible desde el momento en que el segundo testamento, como ya se indicó, fue «condicional» en intención del testador.

F. C. L.

ADOPCION SIMPLE. INSTITUCION DE USUFRUCTO. PRETERICION.

Ley 4/1970, de 4 de julio. Artículos 180; 814, número 1.º, y 842 del Código Civil (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1987).

El adoptado bajo forma simple, al amparo de la Ley 4/1970, de 4 de julio, reclama la nulidad de la disposición testamentaria por la que su padre adoptivo, en testamento otorgado antes de la adopción, instituía herederos en usufructo universal vitalicio a sus hermanos, basado en que su preterición debía anular tal institución de herederos. Así lo entendió el Juzgado de Primera Instancia de Huelva número 3, anulando tal institución de herederos en usufructo universal, pero la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla revocó la sentencia del Juzgado, absolviendo a los demandados.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandante y apelado, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Aplicable al caso la normativa anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981 por haber tenido lugar el fallecimiento del causante antes de su entrada en vigor, todo el problema litigioso queda centrado en determinar, a la luz de tal regulación, cuál sea el sentido y alcance que deba darse a la cláusula testamentaria por la que «en la totalidad de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra por sus herederos, en usufructo vitalicio..., a sus tres hermanos don B., doña R. y don J. V. G., y en nuda propiedad, consolidable con el usufructo a la muerte de los herederos de este derecho, a su esposa...», y más concretamente, si estamos en presencia de una institución a título universal o ante un legado, pues si se entiende que la cláusula contiene una disposición a título de heredero, como sostiene el único motivo del recurso con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y en el que se denuncia la infracción del artículo 814, número 1.º, en relación con los artículos 180 y 842, todos ellos del Código Civil, procedería estimar el recurso y anular tal institución, y si se mantiene la tesis que se defiende en la sentencia recurrida, que afirma que estamos ante una disposición a título singular o legado, entonces deberá rechazarse la impugnación, pues de acuerdo con el citado artículo 814, 1.º, la preterición del hijo adoptivo con adopción simple, que en la normativa vigente al tiempo de abrirse la sucesión tenía los dere-

chos legitimarios del hijo natural reconocido, es decir, la cualidad de heredero forzoso, aunque anulaba la institución de herederos, declaraba válidas, no obstante, las mandas y legados en cuanto no fueren inoficiosas.

2. En el presente caso sí, como dice acertadamente la sentencia recurrida, existen sustanciales diferencias entre el sucesor, como usufructuario universal, y el heredero, en cuanto la herencia implica una adquisición traslativa de dominio, en tanto que el usufructo, aunque también adquisitivo, es constitutivo de un derecho real en cosa ajena, en cuanto el usufructuario, a diferencia del heredero, no entra directamente en la posesión y disfrute de los bienes hereditarios, sino que ha de recibirla del heredero o albacea y en cuanto el heredero responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios, salvo beneficio de inventario, mientras que el usufructuario no soporta tal responsabilidad, salvo casos excepcionales (arts. 506, 508 y 891 del Código Civil), y si además no se olvida que es el nudo propietario el sucesor en la universalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, no siendo el usufructuario, aunque lo sea universal, más que un sucesor en los bienes, es decir, en la parte activa del patrimonio, es manifiesto que procede rechazar el motivo, y con él, el recurso, todo ello sin perjuicio, claro es, de reducir el legado en cuanto resulte inoficioso, y sin perjuicio de abrir la sucesión legítima en la parte que resulte vacante por haber premuerto la esposa, que estaba nombrada heredera en la nuda propiedad (art. 912, 3.º).

F. C. L.

COMENTARIO.—Parece demasiado fuerte la declaración de que, en todo caso, la disposición testamentaria en usufructo constituye un legado, es decir, es una disposición a título singular. Frente a las razones puramente teóricas y de carácter dogmático, propias de una jurisprudencia conceptual ya criticada por IHERING, se alzan otro tipo de consideraciones más acordes con la vida real, a cuyo servicio debe estar el Derecho como norma y no viceversa. Basta, en efecto, atender a la voluntad del testador, sobre todo teniendo en cuenta el carácter eminentemente subjetivo y voluntarista de la interpretación testamentaria, puesta de relieve por la propia jurisprudencia al interpretar el artículo 675 del Código Civil, de suerte que si está clara la voluntad del testador de que el instituido en usufructo —sea universal o no, y con mayor motivo si lo es— sea heredero, deberá ser considerado como tal, con las consecuencias que ello comporta, pues ha de tenerse en cuenta que prevalece el *nomen heredis* sobre la *assignatio*. Ya ROCA SASTRE reconocía que «el usufructo testamentario puede ser dejado a título de institución hereditaria o de simple legado» (*Estudios...*, t. II, pág. 161) e incluso hay quien, como MARTÍ MIRALLES, llega a más estimando que el usufructuario universal es también heredero en concurrencia con los otros nombrados y no sólo a falta de los mismos. Y el genial CICU demostró cumplidamente, a mi juicio, que nada se opone a que el usufructuario de cuota o de toda la herencia sea un verdadero heredero.

F. C. L.

SUCESION EN FARMACIA. DONACION SIMULADA. DOCUMENTO PRIVADO. NULIDAD. Artículo 6, número 3.º, del Código Civil. Real Decreto 909/1978, de 14 de abril (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1987).

El artículo 6, número 3.º, del Código Civil formula un principio general, que debe ser interpretado con un criterio flexible.

No toda disconformidad con una Ley lleva consigo la sanción extrema de nulidad.

Tampoco es preciso para la validez de los actos contrarios a la Ley, que tal validez sea dispuesta de modo textual en la Ley misma.

El Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, es una norma puramente administrativa, sin posible incidencia en el Derecho patrimonial.

De la ordenada exposición que se hace en los fundamentos de Derecho de esta sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, se desprenden claramente los hechos que han motivado el litigio.

1. Los hechos relevantes son los siguientes: A) A. S. C. falleció en el año 1969 bajo testamento otorgado el 19 de enero de 1950, en el cual nombra e instituye heredera en pleno dominio a su cónyuge (demandante y recurrida M. R. M., reconociendo la legítima que corresponda en su sucesión a los hijos «de hoy en adelante nacederos». B) Al fallecer siendo el 23 de marzo de 1969, le sobrevivieron la expresada consorte M. R. M. y tres hijos habidos con la misma, a saber, Antonia, Juan y María S. R. (los tres, demandados en el juicio de origen, y la primera, recurrente en casación). C) Los bienes dejados por el causante fueron manifestados y adjudicados en escrituras públicas de 24 y 25 de junio de 1969 en proporción de dos terceras partes a la viuda y una novena parte a cada uno de sus hijos. D) El causante era titular y dueño de la farmacia abierta en el número ... de la plaza ... de P., siendo con mucho la dicha farmacia el bien principal entre los dejados. E) Con la finalidad de eludir las disposiciones de la normativa farmacéutica, en cuanto la misma obliga a ceder el establecimiento a personas provistas del título de farmacéutico, se otorgó escritura pública de 18 de noviembre de 1970 por la viuda, actuando la misma por sí y en representación de Antonia y de María, simulando la donación *inter vivos* (con prohibición de disponer durante la vida de la donante) en favor de las hijas, por mitades indivisas, de toda la botería, anaquelaría, específicos, útiles y demás instrumentos propios de la farmacia, «así como de cualesquiera derechos sobre la misma». F) No obstandola la donación, la viuda, que había venido explotando la farmacia desde el fallecimiento de su marido en 1969 a la fecha de la donación, 18 de noviembre de 1970, sirviéndose al efecto de un regente farmacéutico, continuó en ella. G) Habiendo obtenido Antonia el título de Licenciada en Farmacia en el año 1979, el 8 de junio de dicho año «se puso dicha botica o farmacia a nombre de la hija del difunto farmacéutico», la Licenciada Antonia. H) Previamente se había suscrito, siendo el 1 de abril del mismo año 1979, el documento privado, por la madre y las dos hijas, en el cual documento, después de recogerse los antecedentes precisos, se pacta: primero, «que consideran nula y sin valor alguno la escritura de donación otorgada con fecha 18 de noviembre de 1970»; segundo, que aun cuando pase a figurar «administrativamente como propiedad única» de Antonia, «seguirá perteneciendo realmente a los comparecientes en la proporción que dictaminó el último testamento válido» de su causante, a saber, seis

novenas partes indivisas a la viuda y sendas novenas partes a cada uno de sus tres hijos; tercero, que «es deseo de los comparecientes que sobre la escritura de donación antes mencionada y sobre la situación administrativa de la oficina de farmacia prevalezca lo convenido en este documento»; cuarto, que en el caso de venderse la farmacia, el producto de la venta se reparta en la indicada proporción, y quinto, «que en tanto la oficina de farmacia no se venda, se explotará al 50 por 100 de gastos y beneficios entre la viuda y Antonia», siendo esta última quien deberá decidir, en su caso, sobre la conveniencia de vender. I) Este pacto sobre beneficios se cumplió por Antonia hasta el año 1982. J) La demanda origen del juicio de que el presente recurso dimanara se interpuso por la viuda contra sus hijos. Juan, declarado incapaz, litiga representado por María, designada defensor judicial del mismo. Las pretensiones deducidas son se declare que la farmacia forma parte de la herencia, pertenece a los litigantes en la indicada proporción de seis novenas partes a la actora y sendas novenas partes a cada uno de sus hijos, que es indivisible y que debe procederse a su venta en pública subasta, repartiéndose el producto en la indicada proporción. La demandada Antonia (se pide también) «debe presentar la liquidación de los ingresos y gastos habidos como resultado de la explotación», «a contar desde el 24 de septiembre de 1982, abonando a la actora el 50 por 100 de beneficio que resulte incrementado con el interés legal de la misma, a contar desde la fecha de presentación de esta demanda». K) La Sentencia del Juzgado (21 de diciembre de 1984) estima íntegramente la demanda e impone las costas de la Primera Instancia a Antonia. La de la Audiencia (30 de septiembre de 1985), únicamente recurrida en casación por la demandada, estima en parte el recurso de ésta y declara que la misma debe presentar la liquidación y abonar el 50 por 100 del beneficio con el interés legal, a contar de la presentación de la demanda, y que la farmacia es indivisible; pero absuelve de todo lo demás pedido en la demanda, sin hacer especial imposición de las cosas en ninguna de las dos instancias.

2. El recurso de casación articula tres motivos, todos ellos al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, el tercero deja invocado el artículo 359 de dicha Ley reputándolo infringido por la sentencia en cuanto la misma incide en incongruencia, significada en que «siendo la causa de pedir de la pretensión contenida en el apartado E) del suplico de la demanda» la «pretendida copropiedad sobre la farmacia, la sentencia no puede arbitrariamente alterarla o ignorarla». La sustancia de este motivo es que la sentencia desestima la pretensión de que se declare la copropiedad de la farmacia por ser ello «contrario a lo preceptuado, con carácter imperativo, por el Real Decreto de 14 de abril de 1969 (*sic*), que regula el establecimiento, transmisión e integración de las oficinas de farmacia» (fundamento sexto), disposición general que produce «la nulidad absoluta» de los tres primeros pactos del documento de 1 de abril de 1979. Sin embargo, de esa desestimación (argumenta el motivo) se «condena a la recurrente a una liquidación de cuentas y distribución de beneficios del negocio, por una causa de pedir en cualquier caso diferente de la formulada por la demandante». Este motivo debe ser examinado prioritariamente, pues, por venir fundado en el citado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su eventual estimación conduciría al pronunciamiento previsto en el número 2.º del artículo 1.715, esto es, a mandar reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta.

3. Atendido el contenido de este motivo, que, según acaba de comprobarse, impugna la regularidad de la sentencia, debió proponerse por el cauce del número 3.º del artículo 1.692 citado, que es el pertinente al «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales», y no, como se ha hecho, al amparo del número 5.º, por «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate»; pero si bien se mira, lo que propiamente se alega es la imposibilidad de que excluida la copropiedad de la farmacia, no obstante ello se condene a la demandada a la liquidación de cuentas y distribución del beneficio conforme al pacto quinto, en relación con el cuarto, de los de 1 de abril de 1979, pactos éstos que la sentencia (fundamento séptimo, al final) entiende «no son contrarios a ninguna disposición de carácter imperativo», por lo cual los reputa «válidos y eficaces». Con tal alegación lo que se denuncia ante esta Sala no es la incongruencia de la sentencia desde el punto de vista formal del proceso, al que pertenece verificar si lo resuelto en el fallo se corresponde con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ni siquiera un cambio irregular de la causa de pedir del actor por otra introducida por el juzgador con inasequible mengua de las posibilidades defensivas del demandado al haberse hurtado a la contradicción, sino que propiamente se arguye la falta de fundamento de la condena a liquidar y partir cuando al propio tiempo se descarta la copropiedad de la farmacia, cuyo dominio se atribuye a la demandada. No es éste, por lo que se verá a continuación, tema distinguible del que constituye el fondo del juicio, sino ese mismo nuevamente propuesto desde otro ángulo.

4. El enjuiciamiento de los dos primeros motivos, que, según se deja razonado, comportan también el del motivo tercero, habida cuenta de la alegación que éste verdaderamente ofrece, debe realizarse efectuando previamente una apreciación medial sobre la validez en su totalidad de lo pactado en 1 de abril de 1979. Esta Sala, al enfrentarse con el texto del **número 3.º del artículo 6**, con antecedente en el párrafo 1.º del artículo 4 antiguo del Código Civil, ha reconocido su importancia, proclamando (Sentencia de 1 de marzo de 1934) que constituye un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas en actos jurídicos o procesales (para éstos, véase ahora el régimen de los arts. 238 a 243 de la Ley del Poder Judicial); pero al mismo tiempo de ese reconocimiento se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance estableciendo (Sentencias de 19 de octubre de 1944 y 28 de enero de 1958) que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad (Sentencias, entre otras, de 18 de octubre de 1963, 22 de marzo de 1965, 1 de febrero y 8 de marzo de 1966, 19 de enero de 1967, 31 de mayo de 1968, 14 de diciembre de 1971, 30 de junio de 1978 y 8 de junio de 1969), que hace deba ser interpretado no con criterio rígido, sino con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso para la validez de los actos contrarios a la Ley que tal validez sea dispuesta de modo textual en la Ley misma. El precepto (Sentencias de 27 de febrero de 1964 y 28 de julio de 1986) no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la Ley en tres distintos grupos: Primero. Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto es-

pecífico y terminante de la Ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio. Segundo. Actos contrarios a la Ley, en que la Ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos *contra legem*. Tercero. Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, y sancionándolo con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la Ley, la moral o el orden público, encontrándose inficcionado de lo que el Código llama «causa torpe». Esta doctrina se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la Ley y siempre que conste, además, que se habría concertado aun sin la parte nula (Sentencias de 10 de octubre de 1967 y las que en ello se citan, y últimamente, de 4 de diciembre de 1986).

5. La aplicación de la recordada doctrina, que procede reiterar, al caso justificable que el recurso trae a la consideración de la Sala, no puede menos que conducir a la desestimación del mismo, ya que el precepto determinante de la nulidad declarada de los pactos primero a tercero, que se quiere extender a los cuarto y quinto, y, por tanto, a la totalidad de lo convenido en 1 de abril de 1979, resulta ser el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril; por tanto, una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacias. Aparte su rango de Real Decreto (no de Real Decreto-ley, que actualmente contempla el art. 86 de la Constitución), con toda probabilidad no era ésa la disposición general llamada a regular el caso, incluso en el orden puramente administrativo, y la que habría resultado contrariada, ya que el fallecimiento del farmacéutico causante de los actores ocurrió en el año 1969, bajo la vigencia del Decreto de 31 de mayo de 1957, que sustituyó al de 24 de enero de 1941. Disponía el vigente al tiempo del óbito que «las (farmacias) que se adquieren por herencia de los farmacéuticos que, siendo sus propietarios, ejercían en ellas su profesión», no tendrán la consideración de «nuevas farmacias» y «el nuevo dueño podrá continuar al frente de la misma si reuniere los títulos necesarios, o bien enajenarla», y «si careciere de tales títulos vendrá obligado a su enajenación o bien a su cierre, en el plazo previsto en la Orden ministerial de 29 de mayo de 1944». Por tanto, parece que ni siquiera la normativa administrativa produce el efecto pretendido por la demandada de quedar dueña del establecimiento que constituía la mejor parte de la herencia causada por su padre, y antes bien, admite su transmisión *mortis causa* a favor de los herederos instituidos en el testamento de 19 de enero de 1950. Regularizada administrativamente la farmacia, nada se opone hoy a la plena efectividad de lo pactado en 1 de abril de 1979. El razonamiento del primero de los motivos, por infracción del número 3.º del artículo 1.261 y del artículo 1.275 del Código Civil, arguyendo que la causa del contrato es nula por contravenir al Real Decreto de 1978, por cuya contravención la sentencia «declaró nulos absolutamente sus tres primeros pactos por contravenir lo dispuesto en la Ley, esto es, las dis-

posiciones reguladoras de la transmisión de oficinas de farmacia», no es sino el mismo razonamiento del segundo motivo, en que a partir de que, según el primero, «todas las restantes estipulaciones del contrato tienen su razón de ser en aquella atribución de copropiedad» excluida por la nulidad, por lo que «todo el contrato quedó desprovisto de causa», prosigue el discurso lógico rechazando la existencia de una «nulidad parcial» y detenida en los primeros pactos y no extensible a los restantes, todo conforme al número 3.º del artículo 6 del Código Civil, que es el precepto que se señala como infringido en este segundo motivo. Finalmente, el tercer motivo, como ya se adelantó, reputa procesalmente incorrecto, por constituir cambio de la causa de pedir, que se conceda la participación en los beneficios basada por la demandada en la «pretendida copropiedad sobre la farmacia», por la distinta causa del contrato de 1 de abril de 1969 y el efecto vinculante de sus pactos, conforme a los artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil. Sin embargo, conforme a la recordada doctrina, es claro que las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante, y en las cuales participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende, por cuanto «la levedad del caso así lo permite», y lo que resultaría «contrario al respeto debido a la Ley, la moral o el orden público» sería justamente ignorar la voluntad del causante de todos los litigantes y los derechos que de ella y de la Ley se derivan para la viuda y los otros descendientes, entre ellos un incapaz.

COMENTARIO.—Merece aplauso esta sentencia, no sólo por la claridad expositiva, sino también por establecer rotundamente que las disposiciones de carácter administrativo no pueden tener incidencia en el Derecho civil. Es tanto el intervencionismo de la Administración, que so pretexto de exigencias sociales, profesionales, ecológicas, nacionales, etc., pretende y en ocasiones consigue dejar vacíos de contenido los preceptos civiles, sin tener en cuenta la diversa materia de las respectivas normas (Derecho público y Derecho privado), que por sí sola impediría esa interpenetración, sino incluso el superior rango jerárquico del Código Civil.

Planteado el caso de la sucesión *mortis causa* en la explotación de una farmacia, no cabe duda alguna de que el valor de ésta ha de ser tenido en cuenta en la partición. De aquí que no sería válida la adjudicación de la misma a aquel de los sucesores que fuese Licenciado en Farmacia sin indemnizar a los demás o entregarles la parte proporcional correspondiente a su valor. La dificultad estriba precisamente en calcular éste, así como en el carácter, privativo o común, que haya de atribuirse a la oficina de farmacia.

En el presente caso, según resulta de las adjudicaciones realizadas (apartado C del núm. 1), la farmacia tuvo la consideración de bien ganancial, carácter que no fue impugnado por ninguno de los litigantes. Frente a la doctrina francesa, la nuestra, así como la jurisprudencia (Sentencia de 26 de febrero de 1979), admiten el posible carácter ganancial del negocio de farmacia íntegramente. Sobre el particular puede verse el estudio del profesor MIGUEL CERDÁ OLMEDO: «La oficina de farmacia y el régimen económico del matrimonio», *Revista de Derecho Notarial*, números 129-130, julio-diciembre 1985, págs. 63-100. En verdad, no parece que haya ninguna dificultad práctica insoslayable para atribuir carácter ganancial al negocio o actividad de farmacia en su conjunto de modo integral, y las posibles dificultades teóricas pueden evitarse distinguiendo entre la

propiedad ganancial y la titularidad, exclusiva del cónyuge que tenga el título de Licenciado en Farmacia, para lo que hay base en el Código Civil, donde existen ejemplos de lo que decimos, es decir, de la distinción entre pertenencia y titularidad formal (v.gr., arts. 1.384 y 1.385).

F. C. L.