

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

II. DERECHOS REALES

ACCION REIVINDICATORIA INTERPUESTA POR EL ESTADO SOBRE BIENES VACANTES O ABANDONADOS. EL REQUISITO DE LA PRUEBA DEL TITULO. APLICACION DE LA LEY DE BIENES MOSTRENCOS. VALOR PROBATORIO DE LAS CERTIFICACIONES CATASTRALES (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, formula demanda contra don Antonio Cerezo C. y su esposa y contra don Francisco Berna L. y su esposa, suplicando se dictara sentencia declarando que pertenece al Estado el dominio o propiedad sobre la finca descrita en la demanda en concepto de bienes vacantes o abandonados y sin legítimo dueño, declarándose nulos y sin valor ni efecto tanto el contrato de compraventa verbal que se dice concertado entre los demandados como la escritura pública en que dicho contrato verbal se refleja, así como la nulidad y consiguiente cancelación del asiento registral practicado al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria por el demandado.

Los demandados contestan a la demanda oponiendo que en lugar de probar el Estado detenida y detalladamente cómo y cuándo la finca quedó vacante o sin legítimo dueño, se limita a acreditar que figura catastrada a su nombre y que la certificación del Catastro o amillaramiento sólo prueba el cumplimiento de una formalidad administrativa para distribuir la contribución y no acredita el dominio por su carácter exclusivamente fiscal y por ser su origen un acto de naturaleza unilateral.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Murcia dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, por lo que dice en su primera sentencia:

«Considerando que la sentencia recurrida, para fundamentar su tesis desestimatoria de la demanda, se basa en lo siguiente: *a)* Que la acción reivindicatoria ejercitada por la representación y defensa del Estado, es la correcta; *b)* Que al Estado, incumbe, por tanto, la prueba de su derecho para la prosperabilidad de tal reivindicación conforme a lo dispuesto en el artículo veintidós de la Ley del Patrimonio del Estado, «sin antecedente alguno en la anterior Ley de nueve-dieciséis de mayo de 1835, porque sólo decía ésta, en su artículo cuarto, que la obligación del Estado era probar que no es dueño legítimo el poseedor o detentador»; *c)* Que estando legalmente ejercitada la acción reivindicatoria, el problema cardinal a resolver, consiste en determinar si por el Estado se ha cumplido la obligación que el artículo 22 de la Ley de 15 de abril de 1964, le impone, de probar su derecho»; *d)* Que la prueba de este derecho del Estado recurrente, sobre los bienes reclamados, necesaria para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria puesta en juego... se encuentra claramente indemostrada en el caso presente..., porque de la conjunta apreciación de lo actuado y pruebas practicadas..., se advierte su certeza..., y que contra la titularidad de los demandados, escritura pública e inscripción registral, ésta hecha el 14 de marzo de 1972, casi unos dos años antes de la presentación de la demanda, dos de marzo de 1974... sólo se opone por el recurrente la existencia de una situación catastral de una finca de superior extensión superficial; y *d)* Que la inclusión en un Catastro, amillaramiento o Registro Fiscal, no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito pueda pertenecer a quien figura como titular, pero no puede, por sí sola, constituir un justificante de tal dominio.»

«Considerando que contra esta sentencia, alza la parte recurrente su recurso, en cuyo primer motivo, formulado al amparo de igual ordinal del artículo 1692 denuncia la «infracción de Ley por interpretación errónea del artículo 4.º de la Ley de Mostrencos de 9-16 de mayo de 1835»; en defensa de la procedencia de tal motivo, se alegan, entre otros, los siguientes razonamientos: *a)* Que el artículo 3.º de la Ley de Mostrencos, atribuía al Estado, el dominio de los bienes detentados o poseídos sin título legítimo, determinando el artículo 4.º que al Estado incumbe probar que no es dueño legítimo el detentador o poseedor; y *b)* Que son estos preceptos, que regían en toda su integridad cuando, según referencias que obran en la escritura pública de 27 de febrero de 1971, —la supuesta venta verbal de la finca de autos realiza diez años entre los hermanos políticos comparecientes—comenzó a prepararse la operación de sustracción al Patrimonio Estatal, la finca de autos, los que tuvieron que aplicarse en toda su integridad por la Sala a quo.»

«Considerando que, efectivamente, y como en este motivo se razona, los preceptos que debían haberse aplicado por la Sala de instancia, son los invocados por el recurrente—artículo 3.º y 4.º de la Ley de Mostrencos—que eran los que regían en 1961, cuando se dice que se realizó la primera adquisición de la finca litigiosa por los demandados, y en cuya fecha ya figuraba incluida en el Catastro Topográfico Parcelario, como

perteneciente al Estado, la finca dentro de la cual se ubica la parcela litigiosa, inclusión que se practicó en 1925, previa exposición al público desde el 26 de enero al 9 de mayo de dicho año, sin que apareciera haberse formulado reclamación alguna, revisándose en 1951, también con exposición al público, sin que tampoco se presentara reclamación alguna sobre tal parcela.»

«Considerando que, con arreglo a tales preceptos, al Estado le bastaba con demostrar que los demandados no eran dueños legítimos de la parcela litigiosa, y ello lo ha acreditado sobradamente, ya que se han presentado las certificaciones fehacientes reveladoras de la inclusión, con publicidad y sin protesta ni reclamación de nadie, de dicha parcela como perteneciente al Estado, ya en 1925, sin que los demandados, en cambio, hubiesen acreditado que, en tal fecha era detentada por los causahabientes (sic) de ellos, y ni siquiera, que fuera poseída por ningún particular o Corporación.»

«Considerando que, al no haberse aplicado al caso litigioso, los mencionados preceptos, que regían cuando se produjo la primera adquisición esgrimida por los demandados, se comete su violación, por lo que el motivo que tal violación denuncia, tiene que ser estimado, haciéndose ya innecesario el estudio de los demás, cuya resultancia no obstaculizaría en ningún supuesto, el fallo casacional que la estimación del primer motivo impone.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda.

COMENTARIO.—No compartimos las conclusiones de la presente sentencia a propósito de la acción interpuesta por el Estado para reivindicar bienes en concepto de vacantes o abandonados. Por ello suscribimos las conclusiones contrarias de las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial, aunque hayan sido desvirtuadas en el caso concreto por la presente sentencia del Tribunal Supremo, pues ésta es insólita y por lo mismo única y aislada.

Exponemos a continuación, por separado, esas criticables conclusiones de la sentencia:

1.ª) En el «Considerando» tercero, después de haber hecho un resumen del pleito en los «Considerandos» primero y segundo, la sentencia sigue un extraño criterio de aplicación de las leyes en el tiempo, que no es el que resulta de la disposición transitoria 1.ª del Código Civil y que debería haberse aplicado al no contener sobre el tema ninguna norma transitoria la Ley de Patrimonio del Estado. De lo que se trataba era de si se aplicaba esta última ley o la anterior ley de 9-16 de mayo de 1835 de bienes mostrencos, actualmente derogada por aquélla de modo expreso, por estar incluida en la lista de leyes recogidas en la disposición derogatoria de la citada Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964.

El criterio que apunta la sentencia es que se aplica la ley de bienes mostrencos porque es la que regía cuando se produjo la primera adquisición de la finca según declaración del demandado, que lo fue en contrato verbal de 1961, reseñado en la posterior escritura pública de 1972. Lo que no sabemos es la razón que puede existir para que se tome ese peculiar criterio de aplicación de las leyes en el tiempo derivado de una simple declaración del demandado que no obedece a ninguna prueba concreta. Siguiendo esa misma idea de las meras manifestaciones, ten-

dríamos los siguientes resultados absurdos: 1.º) Si el demandado se limita a alegar como título adquisitivo de la finca exclusivamente la escritura pública de 1972, que en cierto modo es la primera adquisición, legalmente hablando, pues dio lugar a una inmatriculación en el Registro, el criterio que señala el Tribunal Supremo, daría como resultado que sería aplicable la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 y no la ley de bienes mostrencos. Lo cual es absurdo pues deja al arbitrio del demandado el decidir cuál es la legislación aplicable; 2.º) Si el demandado, puestos ya a admitir la historia que cuenta del contrato verbal de 1961, no se limita a señalar esta fecha, sino que añade que esa es sólo una de las fases de la historia y que en realidad ésta comienza en el año 1800 relatando las supuestas vicisitudes de la finca desde aquel entonces, sin señalar prueba alguna, utilizando este mismo criterio de la fecha de la primera adquisición *alegada o manifestada* (sin pruebas), la legislación aplicable sería la anterior a la ley de bienes mostrencos.

Por tanto, nos parece absurdo basarse en una mera manifestación del demandado, sin aportar prueba alguna y que cuando la hace, no sabe que va a tener esas funestas consecuencias, al no resultar de ningún precepto ese peculiar criterio de aplicación de las leyes en el tiempo.

Pero tampoco comprendemos, prescindiendo de la prueba, por qué se adopta el criterio de la fecha de la adquisición del demandado, en lugar de atender a la fecha o momento en que se producen *los hechos* de los que deriva el derecho del Estado demandante.

La disposición transitoria 1.ª dice que «se regirán por la legislación anterior al Código (en este caso, «anterior a la Ley de Patrimonio del Estado de 1964») los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen». A la vista de ella, lo que habría que preguntarse es cuándo se producen los hechos que dan lugar al «derecho ex lege» del Estado, porque en cualquier caso es evidente que la atribución «ex lege» exige el cumplimiento de unos requisitos. Si se pretende aplicar la ley de Bienes Mostrencos, lo lógico es preguntarse por los requisitos que determinan el nacimiento del derecho del Estado. Pues bien, según la interpretación dominante en la doctrina, no basta que se trate de un bien vacante o sin dueño conocido (como basta ahora según el artículo 21 de la Ley de Patrimonio del Estado), sino que la adquisición se realiza «una vez que el Estado haya procedido a ocuparlos o, en su caso, los reclame judicialmente a sus detentadores» (Garrido Falla, que cita el artículo 10 de la Ley de 1835) (1). También hay que advertir lo que dice Albaladejo, que antes de la Ley de Patrimonio del Estado, era más defendible la opinión de que los bienes vacantes o abandonados podían ser adquiridos por los particulares por ocupación (2). De todo esto se desprende que para aplicar la ley de bienes mostrencos debería haberse probado que se dieron los hechos determinantes de la adquisición por el Estado: por un lado, que se trataba de bienes vacantes y por otro lado, que se había producido la ocupación por el Estado (lo que no se prueba de modo concluyente) o que se había producido la reivindicación judicial, pero este último requisito se produce en el año 1974, cuando ya está vigente la Ley de Patrimonio del Estado. O sea, que no consta se hubieran producido antes de 1964 todos los hechos de los que derivaba

(1) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, II, pág. 454, año 1974.

(2) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, vol. I, pág. 256, año 1974.

el derecho «ex lege» del Estado. También ha de tenerse en cuenta la doctrina civilista acerca de los «hechos y actos sucesivos». Dice Castro y Bravo que «los hechos o actos que requieren para su eficacia requisitos sucesivos, sólo cuando reúnen todos ellos quedan perfectos; por ello, al hablar la ley de hechos o actos, hay que entender que se refiere a los realizados por completo bajo la vigencia de la legislación anterior (3). Hemos visto que todo esto no se cumple en el presente caso, o por lo menos no constar haberse probado ello adecuadamente. En cualquier caso, la cuestión de la prueba afecta al ejercicio del derecho, por lo que habría que aplicar, a este objeto, la disposición transitoria cuarta.

En definitiva, según nuestra opinión, si el Estado no había ocupado ni reivindicado judicialmente los bienes vacantes en el año 1964, quiere decir que no los había adquirido todavía conforme a la ley de bienes mostrencos porque no se daban todos los hechos que según esta ley determinaban la adquisición del derecho por el Estado. Por ello, cuando se plantea un problema con posterioridad a 1964 en que no se prueba la ocupación o reivindicación anterior del Estado, la legislación aplicable es la ley de Patrimonio del Estado y concretamente el artículo 22 que exige la prueba del derecho del Estado, que no sería necesariamente a través de un título, sino que podría probarse que se trata de bienes vacantes conforme el artículo 21.

Pero vamos a suponer que no tenemos razón en este primer grupo de críticas, aunque hemos hecho lo posible por demostrar que la tenemos. Aun así, de la ley de bienes mostrencos no puede derivarse que le baste al Estado aportar como prueba una simple certificación catastral o fiscal, de lo cual nos ocupamos a continuación.

2.ª) En el «Considerando» cuarto, la sentencia parte de la base que le proporciona la ley de bienes mostrencos consistente en que al Estado le basta con demostrar que los demandados no eran dueños legítimos de la parcela litigiosa. Pero en lugar de valorar adecuadamente la prueba suministrada que no es otra que la certificación catastral o fiscal de estar la finca a nombre del Estado y que nunca puede revelar prueba relativa al dominio, dice que se «ha acreditado *sobradamente*, ya que se han presentado las certificaciones fehacientes reveladoras de la inclusión, con publicidad y sin protesta ni reclamación de nadie, de dicha parcela como perteneciente al Estado, ya en 1925». Ahora bien, lo único que pueden acreditar esas certificaciones es que por esa finca ningún particular paga Contribución Territorial Rústica o que tiene la medida superficial que resulte de la misma, salvo prueba en contrario. Por lo mismo, la publicidad y la no existencia de protesta ni de reclamación, sólo significan que nadie tiene interés en dar en alta la finca en la Contribución, lo que podría determinar las sanciones de tipo fiscal que fueran pertinentes, en su caso, pero nunca la pérdida del dominio o la no adquisición del mismo por parte de determinadas personas. La sentencia de la Audiencia lo había visto muy bien, al decir que «la inclusión en un Catastro, amillaramiento o Registro fiscal, no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular, pero no puede, por sí sola, constituir un justificante de tal dominio». Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene negando que tales certificaciones puedan servir de base para probar el domi-

(3) CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, I, pág. 735, año 1955.

nio. Ahora bien, lo que no comprendemos es que no sirviendo para probar *positivamente* el dominio, porque ello es un problema civil que excede de lo que es el mero aspecto fiscal, pueda decirse que constituyen una *abrumadora* prueba de que los demandados *no son dueños legítimos*. Es cierto que es diferente el requisito de probar positivamente el dominio, como se exige en la acción reivindicatoria corriente, del requisito de probar que otro *no* es el dueño legítimo, como exige la ley de bienes mostrencos y que ello puede facilitar la cuestión al Estado cuando se trata de reivindicar bienes vacantes o abandonados, en que no cabe prueba positiva del dominio del mismo. Pero no se negará que visto desde la perspectiva de la fuerza probatoria de una certificación catastral o fiscal el problema es el mismo. Es decir, si se admite que una certificación de ese tipo no es suficiente para probar que una persona es dueña de una finca, no es posible admitir que sea suficiente para probar que no sea dueña, dado que, como decimos, el contenido probatorio afecta igualmente a la institución del dominio, sea positiva o negativamente, y respecto a ella, la certificación catastral o fiscal es impotente para acreditar nada *jurídicamente* concluyente, salvo ese indicio del que habla la Audiencia, indicio que la propia legislación hipotecaria aprovecha en algunas ocasiones para la inmatriculación, pero nunca como prueba del dominio del inmatriculante.

Lo sorprendente del «Considerando» cuarto continúa cuando *exige al demandado que acredite la posesión* de la finca en la fecha de 1925 a través de los causahabientes de ellos, siendo de suponer que quiere referirse lógicamente a sus «causantes», pero lo que causa sorpresa no es ese «lapsus» terminológico, sino que exija al demandado una prueba de una situación, que ni siquiera desde la perspectiva de la ley de bienes mostrencos cabe exigir, pues ésta siempre mantiene en el Estado reivindicante la carga de la prueba, aunque la convierta o concrete en el aspecto negativo de probar que el demandado no es dueño legítimo.

En resumen, que no nos convence la argumentación de la presente sentencia en ninguno de los aspectos de los que se ocupa y consideramos mucho más acertada la postura adoptada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Territorial.

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO. CUESTION NUEVA. LITISCONSORCIO PASIVO (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Los hermanos Pérez Hernández formulan demanda contra don Manuel García Méndez, sobre acción negatoria de servidumbre, fundándola en los siguientes hechos: 1.º Los actores son dueños de cuatro suertes de fincas adquiridas por donación e inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad; 2.º Que las cuatro fincas están actualmente atravesadas por una pista para el paso de vehículos de motor de unos tres metros y medio de ancho, teniendo al salir o confluencia con el camino público, una cadena. Nombraron como administrador a uno de los hermanos que permitió, mediante el pago de 25 pesetas por cada coche y 50 por cada camión, que la utilizaran diversos vecinos, de forma esporádica, sin continuidad y sin que pudiera generar ningún derecho y, por consecuencia, tampoco ningún gravamen sobre las fincas. A últimos

de noviembre apareció rota la cadena, de lo que se dio cuenta a la Guardia Civil sin que se encontrara al culpable. A los pocos días el administrador observó que el demandado hacía uso de la pista sin su autorización, por lo que le requirió para que se abstuviese de pasar, y como no hacía caso le citó de conciliación que se celebró sin avenencia. Alegan los fundamentos de derecho que estiman de aplicación y suplican se dicte sentencia por la que se declare que el demandado carece de todo derecho al uso y posesión de la pista o servidumbre de paso que atraviese la propiedad de los actores y que se abstenga de utilizarla.

El demandado contesta a la demanda alegando que existía una servidumbre, que ha sido interrumpida por una pista y otros trabajos, y entre los predios que de ella se servía está la casa del padre político del demandado, que la habita y hace uso de la pista no por su propio derecho, sino por herencia de su padre político, teniendo en cuenta que la misma había sido construida por varios propietarios y el demandado había entregado dinero para la misma e incluso ha trabajado en ella.

El Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de La Palma dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, por lo siguiente:

«Considerando que en el pleito se alegó por el demandado, contra el que ejercita el actor la acción denegatoria de servidumbre de paso, que si bien él no tenía derecho alguno a utilizar dicha servidumbre, así lo tenía su suegro; sin tratar de probar relación alguna de mandato y sin proponer tampoco la acción de litis consorcio pasivo necesario; pero al haber prosperado la pretensión del actor en la sentencia de la Audiencia y denegado, en consecuencia, el derecho del demandado a usar de la servidumbre, entabla recurso de casación contra aquella sentencia, en cuyo único motivo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se invoca la mala constitución de la relación jurídico-procesal, alegando que ha debido ser convocado al juicio su suegro; cuestión enteramente nueva en la que no entraría a conocer esta Sala, de no ser por imperativo de extensa jurisprudencia, elaborada por ella misma, que estima como apreciable de oficio dicha cuestión.»

«Considerando que, dirigida la acción contra el demandado, que fue quien, rompiendo las cadenas que cerraban el camino, trató de pasar sin pagar el canon que cobraban los actores a las personas que por allí pasaban con su anuencia, era a él a quien le correspondía probar su supuesto derecho al paso gratuito o el derecho de aquella persona, en cuyo nombre actuara, probando cumplidamente, no sólo el derecho de aquél, sino la relación de mandato que con él le uniera; nada de lo cual no sólo no ha probado, sino que ni siquiera lo ha intentado; liberando a la instancia de la obligación de acoger su mera manifestación y de verse obligada a citar a juicio al tercero cuyo derecho fue simplemente invocado sin aportar pruebas de ningún género, el cual tercero, caso de existir, jamás podría ser afectado por la resolución denegatoria del derecho de paso pronunciada sólo contra el demandado; por lo cual procede desestimar el motivo.»

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITOS. FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Don Alberto Roviralta A. presentó demanda de tercería de dominio contra «Constructora Incoa, S. A.», y contra la Comunidad de Propietarios de la casa número nueve de la calle de Pedro de Valdivia de Madrid, fundándola en los siguientes hechos: 1.º El actor era propietario de una cuota indivisa en el solar; igualmente era propietario de una planta en la casa construida sobre dicho solar; 2.º Incoa, S. A., demandó a la Comunidad de Propietarios exigiendo el pago de una suma como consecuencia de un contrato de arrendamiento de obra que fue concertado entre aquella sociedad y don José García de Castro, quien actuaba, según dijo, en nombre de la Comunidad; 3.º El actor, comprador de un piso de la casa en cuestión, se creyó afectado por el mencionado litigio y se personó en el juicio en su propio nombre y no en el de la Comunidad, y el Juzgado estimó no haber lugar a tenerlo por comparecido y parte, por providencia que ganó firmeza al ser confirmada por auto de la Sala Tercera de la Audiencia Territorial; 4.º En ejecución de sentencia, y a petición de Incoa, S. A., estando en rebeldía la Comunidad demandada, se había embargado la casa y solar, sin distinción ni exclusión alguna en cuanto al piso y cuota que pertenecía al señor Roviralta; 5.º El señor Roviralta no era en absoluto responsable de la falta de constitución de la Comunidad y designación de Presidente, como constaba a los demandados. Alegaba los fundamentos de derecho aplicables y suplicaba se dictase sentencia declarando haber lugar a la tercería interpuesta, mandando queden excluidos de toda traba o embargo en la ejecución de la sentencia recaída en autos, la planta propiedad del actor y la cuota del solar que le pertenece.

La empresa constructora contesta a la demanda alegando que la Comunidad de Propietarios existía no solamente por haber sido declarado así judicialmente en los autos de donde la presente tercería se derivaba, sino por haberlo reconocido igualmente el propio actor al demandarla, que la sentencia era firme y consentida por la Comunidad de Propietarios, que se habían embargado los bienes de la Comunidad condenada al pago, suficientes para cubrir el pago a que por sentencia fue condenada y que la alegación del tercerista de que era propietario de una planta de la casa no había sido corroborada por las pertinentes pruebas.

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que sobre la base implícita de que la acción que se deduzca en toda demanda de tercería de dominio solamente podrá ejercitarse por persona jurídica distinta del deudor-ejecutado y habrá de estar fundada en que los bienes embargados o parte de ellos no son propios de éste, sino del tercerista, los juzgadores de instancia desestiman la demanda que formuló el hoy recurrente por considerarle falto de legitimación activa, dado que, siguiéndose el proceso de ejecución

contra la Comunidad de Propietarios de la casa número nueve de la calle de Pedro de Valdivia de esta capital y habiéndose embargado en el mismo “todos y cada uno de los pisos o locales que componen el aludido inmueble hasta donde alcance la cuota de participación de cada comunero, juntamente con las partes en comunidad”, el accionante forma parte de ésta, deudora y ejecutada, y es el mismo tercerista quien pretende que deben excluirse del embargo tanto la planta de dicho inmueble, que dice es de su propiedad, como la cuota indivisa del dominio del solar sobre el que la referida casa aparece edificada.»

«Considerando que este fundamento, el cual constituye la verdadera premisa del fallo desestimatorio, no es impugnado en el recurso, por lo que siendo suficiente por sí solo para mantener la parte dispositiva de la sentencia atacada, resultan superfluos los tres motivos que se articulan, como se razona a continuación.»

En los «considerandos» siguientes se señala: que los artículos 1.532 y 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se alegan por el recurrente, no contienen normas que puedan servir para la decisión de las tercerías; que no se concreta por el recurrente el concepto de la infracción que estima cometida por la Sala respecto a los artículos 1.532 y 1.539 de dicha Ley; que el motivo tercero está formulado sin la claridad y precisión que han de presidir todo escrito de formalización de un recurso de casación y que mezcla y confunde el error de hecho con el de derecho en la apreciación de las pruebas.

SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO DE FINCA SIN SALIDA A CAMINO PUBLICO: NO TIENE DERECHO A ELLA LA FINCA QUE LINDA CON UNA VIA PECUARIA, QUE EQUIVALE A CAMINO PUBLICO (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Por doña Josefa Zapata Pérez y sus hijos se presentó demanda contra don Jesús Cosin García, sobre constitución de servidumbre forzosa de paso, alegando que son propietarios de una finca en término municipal de Cartagena, con los linderos que indicaban, de los que destacan el Norte, con zona marítima del Mar Menor y el Este, con finca del demandado, y que dicha finca no tiene salida a camino público, por lo que suplican se dicte sentencia condenando al demandado a construir sobre la finca de su propiedad servidumbre forzosa de paso para personas y vehículos a favor de la finca de los actores, estando obligados éstos a la indemnización correspondiente, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

El demandado se opone alegando que la finca de los actores linda al Norte con la vereda del Mar Menor según decía la escritura de compra de la finca por el causante de aquellos, vereda que es de uso y dominio público, teniendo por ello dos medios o salidas de la finca: uno al Mar Menor, al cual puede accederse por la zona marítimo-terrestre, pudiéndose solicitar la concesión de un embarcadero, y otro, la vereda que corre paralela a dicho Mar, lo que impide hablar de aislamiento de la finca de los actores.

El Juez de Primera Instancia número dos de Cartagena dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado por interpretación errónea del artículo 564 del Código Civil, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso por lo siguiente, que dice la primera sentencia:

«Considerando que el único tema debatido a lo largo del pleito de que trae causa el presente recurso y al que éste exclusivamente se refiere es el relativo al derecho alegado por el en su día actor y hoy recurrido, a exigir la constitución de una servidumbre de paso sobre la finca del entonces demandado y ahora recurrente, al entender que se daban los requisitos exigidos en el artículo 564 del Código Civil, es decir, porque se trataba de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas, y sin salida a camino público, que fue resuelto afirmativamente en la sentencia de primer grado, confirmada en un todo por la que se impugna en este trámite, con el también único motivo que se formuló; donde por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia interpretación errónea del citado artículo 564 de nuestro primer Código sustantivo, para cuya valoración es de observar, ante todo, que en efecto se trata de una cuestión puramente jurídica de orden interpretativo y no de hecho, puesto que el Tribunal *a quo*, para llegar al resultado combatido, se apoya—en su último considerando—no sólo en el “conjunto de la prueba practicada”—naturalmente de carácter fáctico—, sino, además, “en lo expuesto en la sentencia de instancia respecto de la posible salida de la finca al mar, sin olvidar que para utilizarla habría que cruzar la zona marítimo-terrestre” y, finalmente, “en lo dicho anteriormente” referido al alcance que deba darse a dicha zona, así como al término “vía pecuaria”, a los fines de discernir si puede incluirse o no en el concepto de “camino público” y consiguientemente si el pretendido predio dominante está o no enclavado entre otras fincas ajenas sin posible salida a aquél, para cuya solución habrán de utilizarse las reglas contenidas en el apartado primero del artículo tres del Código Civil (según su nueva redacción), a cuyo tenor “las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

«Considerando que la finalidad perseguida por el precepto así como el espíritu que lo anima—los que de modo fundamental deben atenderse—afectan al denominado predio dominante, al objeto de permitir su comunicación o salida al exterior, sin depender del simple acuerdo voluntario de los titulares interesados, por lo que tiene carácter forzoso y más que de propia servidumbre predial, configura al instituto de auténtica limitación legal del derecho de propiedad; pero también y muy principalmente por lo que ahora interesa, al llamado predio sirviente en cuanto que se exige que responda no al capricho o simple conveniencia del titular del dominante, sino a la verdadera *necesidad* según se dice inequívoca y terminantemente en los artículos 564, párrafo segundo, 566, 659 (donde se habla de “indispensable”) y 570, párrafo tercero, todos ellos

del Código Civil, de tal modo que el derecho cesa cuando desaparece la necesidad (art. 568), teniendo siempre que mediar la pertinente indemnización (arts. 564, 568 y 569) y ordenándose en el 565 que el paso tendrá que darse por el “punto menos perjudicial al predio sirviente”; todo lo cual ha conducido a una interpretación restrictiva en cuanto a la exigencia y consiguiente por lo que respecta a los términos “enclavada entre otras ajenas”, “salida a camino público” y, sobre todo, al concepto específico de éste; pautas de hermenéutica legal de que se hizo eco la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 13 de marzo de 1901, seguida después por las de 8 de marzo de 1922, que reputó adecuada, en contra de una pretendida servidumbre, la salida a un río navegable a través del que tanto las personas como las cosas pudiesen llegar a un camino público, 26 de febrero de 1927, que precisó que el derecho tenía que fundarse en una “necesidad real, no ficticia ni artificiosa, que justifique y legitime la coacción de la Ley respecto del derecho de propiedad”, 17 de noviembre de 1930, que declaró que se trata de una excepcional limitación o gravamen que por ser tal y además coactiva, ha de entenderse siempre “en sentido restrictivo, pues sabido es que si lo favorable debe ampliarse, lo odioso debe ser restringido” y la de 14 de octubre de 1941, que entendió que este derecho ha de fundarse en todo caso en la “necesidad de establecer la servidumbre como *único medio* para lograr esa salida o comunicación”.

«Considerando que a la luz de los expuestos espíritus y finalidad de la norma contenida en el artículo 564 del Código Civil, tal y como fueron puntualizados por la doctrina jurisprudencial y haciendo entrar en juego los demás medios interpretativos, es preciso recordar que la oposición a la pretensión a la exigencia de la constitución de la servidumbre que en este caso se discute, se basó desde el principio de la *litis* precedente en que la pretendida finca dominante lindaba por todo su frente Norte con una vía pecuaria, que era la denominada “vereda o colada del Mar Menor” y que de no ser así, lindaría por dicho punto con la zona marítimo-terrestre, por lo que en todo caso tiene acceso directo a una vía pública, impidiéndose con ello la constitución de una servidumbre como la solicitada, alegatos que desestima la sentencia recurrida por separado, diciendo en cuanto a lo primero (considerando tercero) que no ahonda a fondo la cuestión acerca de la situación de la vereda o colada en relación con la finca de los actores, aunque implícitamente admite su existencia, al menos en hipótesis, al decir que aun siendo cierta “no podría sostenerse que la finca tiene salida a camino público, pues los conceptos de camino público y vía pecuaria no son idénticos”, siendo de observar, sin embargo, que según el sentido propio de las palabras, ambas son sinónimas en el Diccionario de la Real Academia Española, definiéndose la vía por camino y éste, a su vez, como “vía que se construye para transitar” sin que el adjetivo “público” añadido al primero, ni el de “pecuaria” que sigue al segundo, puedan servir de elemento diferenciador, pues relacionándolos con los textos legislativos vigentes, cuales son el Reglamento de 23 de diciembre de 1944 y, sobre todo, la Ley de Vías Pecuarias de 27 de junio de 1974 (que dado su rango legislativo y su fecha, deja de aquél en vigor sólo lo no derogado por ella), resulta que sus respectivos artículos primero otorgan a las “vías pecuarias” el carácter de “bienes de dominio público” al igual que lo

tienen los caminos con los que se ponen en contraste, sin que haya argumento para distinguirlos por el *uso* de ellos, puesto que en ambos casos consiste en el *tránsito* general característico, según se vio, gramaticalmente, de todo camino o vía, en un supuesto (caminos) de carácter general y en el otro (vías pecuarias) *principalmente* (no exclusiva o principalmente como se dice en la sentencia recurrida) según el tenor literal del artículo primero de la Ley especial citada, al de ganados, lo cual en la realidad social actual en que el precepto ha de ser aplicado no excluye la posibilidad de que por los caminos transite ganado, ni por las vías pecuarias transiten personas, como se comprueba, volviendo nuevamente a los aludidos textos legislativos, con el hecho inconcluso de que ni el Reglamento de 1944, ni especialmente la Ley de 1974, lo prohíben, ya que lo único que los dos sancionan es la ocupación o invasión de terrenos de una vía pecuaria con *carácter permanente* o la interrupción del tránsito del ganado o el aprovechamiento ilegal de los frutos o productos no utilizados por el ganado o la supresión de árboles de los mismos (artículo 8 de la Ley, coincidente con los 32 y 33 del Reglamento), pero en manera alguna el tránsito—que como se ha dicho es lo que caracteriza el concepto—de personas por sí solas o con la ayuda de algún medio de tracción mecánica.»

«Considerando que de acuerdo con cuanto antecede y admitiendo, como admitió, la sentencia recurrida, aunque lo fuese sólo hipotéticamente, la existencia de una vereda o vía pecuaria que delimita por el Norte en toda su extensión, la finca que pretende ser predio dominante, dejando intacto el problema fáctico de su existencia real en el que de modo expreso dice no profundizar, es incuestionable que jurídicamente, no puede sostenerse que concurra la circunstancia legalmente exigida como fundamental, de tratarse de una heredad o finca enclavada entre otras ajenas sin salida a camino público y que la solución contraria mantenida por el Tribunal *a quo*, se basa en una interpretación errónea del artículo 564 del Código Civil, a la manera como se denuncia en el único motivo formulado que, en su virtud, debe ser estimado y con él la totalidad del recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida, sin que sean de apreciar méritos que permitan hacer una declaración especial en cuanto a las costas causadas en este trámite.»

En la segunda sentencia, desestima la demanda.

ACCION DECLARATIVA DEL DOMINIO. ES ILEGAL LA CONSTRUCCION POR EL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS DE UN COLECTOR EN FINCA DE PROPIEDAD PRIVADA SIN HABER NOTIFICADO EL PROYECTO AL PROPIETARIO COMO EXIGE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA. NO EXISTE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION AL CONOCER DE ESTE ASUNTO LA JURISDICCION ORDINARIA (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Don José Pérez Ivorra formuló demanda contra el Ayuntamiento de Alicante y la Dirección General de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, alegando que en la finca de su propiedad se estaba construyendo un colector o alcantarillado por parte de los

demandados, sin permiso del dueño y sin expediente de expropiación forzosa, por lo que suplica se dicte sentencia declarando que la finca es de propiedad del actor, encontrándose libre de toda servidumbre de paso de colector a favor de los demandados, ordenándose a éstos indistinta y solidariamente que destruyan y retiren la mencionada construcción de alcantarillado en toda la extensión que atravesaba y ocupaba su finca, con indemnización de los daños y perjuicios que habrían de calcularse en ejecución de sentencia.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Alicante dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado, por lo siguiente:

1.º Porque no existe incompetencia de jurisdicción por parte de la jurisdicción ordinaria para conocer de este asunto, como pretende el recurrente, pues en el proceso se ejercita una acción declarativa de dominio, como consecuencia de haberse ocupado una finca de propiedad particular y realizado en ella obras de excavación para un colector, no pretendiéndose en la demanda la nulidad del contrato administrativo de ejecución de la referida obra, sino que se restituya al demandante el pleno disfrute del solar de su propiedad, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, cuestión de índole civil que se suscita contra la Administración y en la que se ventilan derechos privados, por lo que corresponde conocer de ella a la jurisdicción ordinaria y no a la contencioso-administrativa.

2.º Porque no puede decirse que se haya violado el artículo 1.218 del Código Civil en relación con la fuerza probatoria del expediente administrativo en el que se aprobó el proyecto de construcción del colector de Alicante, sino que de lo que se trata es de que no se dio cuenta de dicho expediente al demandante como interesado en la realización de la obra, pues, aunque el proyecto fue expuesto en las oficinas correspondientes y sometido a información pública, este trámite publicitario en modo alguno puede equipararse a la notificación legal que, conforme dispone el artículo 21 de la Ley de Expropiación Forzosa, debe hacerse personalmente al interesado. Por lo demás, se reconoce en la sentencia recurrida la autenticidad y fuerza probatoria del expediente como documento público, en cuanto al hecho que motivó su tramitación y la fecha del mismo.

3.º No hay defecto de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la Confederación Hidrográfica del Júcar como Organismo autónomo, pues ésta obró en todo momento en función fiscalizadora e inspectora de la obra, como delegada de la Dirección General de Obras Hidráulicas, sin que en ningún momento hiciera uso de facultad decisoria alguna, por lo que bastaba demandar al Ayuntamiento y a la Administración del Estado.

4.º Se ha producido un daño extracontractual al propietario, según declara la sentencia del juzgador de instancia, por lo que para desvirtuar esta declaración, como cuestión de hecho que es, debe utilizarse la vía

procesal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que en el recurso no se hace, pues se utiliza la vía del número 1.º de dicho precepto.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

REQUISITOS PARA QUE EL SILENCIO DE UN LITIGANTE PUEDA SER CONSIDERADO COMO ACEPTACION TACITA DE LA OFERTA DEL OTRO (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Pese al criterio sustentado entre otras por la Sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1971, el silencio mantenido por uno de los litigantes, respecto a la oferta del otro, podrá ser estimada como aceptación tácita de la misma, entrando en juego los apotegmas jurídicos: *Qui tacet consentire videtur* y *Silentio fit ratihibitio*, y la doctrina sentada por la Sentencia de 21 de octubre de 1941, cuando así lo establezca expresamente la Ley, otorgándole un determinado efecto, ya de carácter procesal, bien de índole sustantiva, o cuando su consentimiento derive de un comportamiento o declaración que implícitamente lo ponga de manifiesto, siendo preciso en este caso que concurren los siguientes requisitos: 1.º Que quien lo mantenga haya tenido la oportunidad de hablar, es decir, que no esté imposibilitado para contradecir la propuesta del oferente, por impedimento físico o por no haber tenido noticia de la misma. 2.º Que se deduzca de hechos o acciones (*Rebus et factus*) de carácter concluyente (*Facta concludentia*), que inequívocamente pongan de manifiesto el auténtico deseo de crear, modificar o extinguir una determinada relación jurídica, de suerte tal que se manifieste de un modo auténtico, sin posibilidad de dudosas interpretaciones y sin que, pese a la máxima: *Tacita consensu convenire intelligitur*, contenida en el epígrafe único de la Ley segunda, Título XIV, libro II del Digesto, sea suficiente con el mero conocimiento de la oferta, que por sí solo no implica conformidad. Y 3.º Que por aplicación del principio general del Derecho: *Tacens consentit si contradicendo impedire poterat*, aquel a quien se impute el consentimiento tácito, tenga el deber de hablar por existir entre las partes relaciones o negocios que así lo exijan, o por ser natural y normal que expresase su disenso, si no deseaba aprobar los hechos o propuestas de su contendiente.

INTERPRETACION ERRONEA: DIFERENCIA CON LA APLICACION INDEBIDA (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La interpretación errónea supone la exégesis equivocada de un precepto legal aplicado y la indebida aplicación deviene de relacionar e incluir unos hechos dentro del ámbito de una norma

legal que inexactamente ha sido estimada aplicable sin serlo, como enseña la Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1966, lo que supone una incompatibilidad entre ambos conceptos que incide en un vicio formal determinante de la causa de inadmisión del número cuarto del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil.

PARA QUE PUEDA REPUTARSE EXISTENTE EL PRECONTRATO ES PRECISO QUE CONCURRAN EN EL LOS TRES REQUISITOS EXIGIDOS PARA TODO CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El precontrato o contrato de promesa es un contrato base, en el cual las partes se obligan a desarrollar la actividad necesaria para su conclusión definitiva, y por ende, para que pueda reputarse existente como tal contrato es preciso que concurran en él los tres requisitos exigidos por el artículo 1.261 del Código Civil, entre los que se encuentra el del objeto, que ha de ser cierto, esto es, que esté determinado o al menos sea determinable sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, requisito que no concurre en el alegado contrato de promesa de opciones de compraventas de terrenos, por cuanto que la delimitación de los terrenos objeto de la opción se habría de efectuar de común acuerdo entre ambas partes, es decir, en un nuevo y posterior convenio.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LA FORMA DE HACER FRENTE A ESTA RESPONSABILIDAD NO PUEDE QUEDAR AL ARBITRIO DEL AGENTE PRODUCTOR DEL DAÑO NI DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—Colisionaron frontalmente dos camiones, falleciendo ambos conductores y quedando los vehículos destrozados. El propietario del camión que no fue responsable del accidente interpone demanda reclamando indemnización. El Supremo rechaza el recurso de la Compañía de Seguros condenada.

Doctrina de la sentencia.—La forma de hacer frente a la responsabilidad derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, no puede quedar en nuestro ordenamiento jurídico al arbitrio del agente productor del daño, de cuyo resarcimiento se trate, ni al de las personas comprendidas en el artículo 1.903 de la Ley Civil sustantiva, ni en su caso al de las Compañías aseguradoras de estas últimas, de forma tal que gocen de la facultad de elegir libremente entre reponer la cosa damnificada al estado que tenía con anterioridad al momento en que se le ocasionaron los desperfectos o sustituirla por otra distinta y de condiciones análogas que se pueda adquirir de segunda mano en el mercado: A) Porque si bien es cierto que los verbos *Indemnizar*, a que se alude en el artículo 1.101 de dicho Texto legal, y *Reparar*, empleado en el artículo 1.092, responden a la misma finalidad de restablecer la situación económica y patrimonial del perjudicado, con lo que ambos están incluidos en el concepto jurídico que a la palabra *indemnización* asigna el artículo 1.106 de aquel Código,

no lo es menos que el primero de ellos constituye una forma de resarcimiento del daño de mayor amplitud y generosidad que el segundo, cuyo significado, según el Diccionario Oficial de la Lengua, se limita a «componer, aderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa» y como éste es el utilizado por el artículo 1.902 para los casos concretos y específicos que en él se mencionan, de ahí que deba gozar de preferencia en su aplicación respecto de los genéricos. B) Porque, aun cuando la cuantía de la reparación del vehículo siniestrado pudiera ser superior al valor en venta que éste alcanzase en el momento de sobrevenir el accidente, ello no podría obligar al perjudicado a admitir que se le sustituya por otro de idénticas o similares características y estado de conservación del que tenía, en lugar de procederse a su restauración, no sólo por la dificultad de encontrar en el mercado otro vehículo de ocasión de semejantes condiciones, por un precio justo y equitativo, y con la urgencia requerida para que no se resienta o entorpezca el desenvolvimiento de la industria a que aquél se dedicaba, sino también por los vicios o defectos ocultos que pudiera tener el adquirido y la falta de seguridad en cuanto a su ulterior funcionamiento, aparte de la imposibilidad de calcular de antemano si el importe del arreglo superaría o no al de aquella adquisición, sobre todo cuando, como ocurre en este caso, ambos valores se aproximan sensiblemente. C) Porque si se admitiese, como pretende la Compañía aseguradora, que la indemnización por los daños ocasionados en el camión del recorrido debiera reducirse como consecuencia de la desvalorización que el vehículo haya sufrido a efectos fiscales por el transcurso de los años, y al mismo tiempo se advirtiera que la tarifa de los seguros de automóviles aumentasen correlativamente durante ese período de tiempo, so pretexto de que se había elevado el precio de las reparaciones de tales vehículos en los talleres correspondientes, no sólo se llegaría a una conclusión que por absurda debe rechazarse, sino que se contravendría la norma de hermenéutica consignada en el artículo 1.284 del Código Civil, y se produciría un enriquecimiento injusto para la aseguradora, contrario al Principio General de Derecho *nemo debet lucrari ex alieno damno*.

LAS CERTIFICACIONES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ÚNICAMENTE HACEN FE RESPECTO DEL HECHO MISMO DE LA INSCRIPCIÓN, PERO NO EN CUANTO A LAS MANIFESTACIONES QUE EN EL ASIENTO SE HAYAN VERTIDO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia—Según constante doctrina de esta Sala, las certificaciones del Registro de la Propiedad, si bien tienen el carácter de documentos públicos, únicamente hacen fe con autenticidad jurídico-procesal respecto al hecho mismo de la inscripción, pero no en cuanto a las manifestaciones que en el asiento se hayan vertido, tesis por demás convincente, ya que si la eficacia probatoria de los Registros públicos en general se limita a lo que constituye su objeto y finalidad, la exactitud o valor testimonial del asiento en el Registro de la Propiedad se circunscribe al hecho de la presentación y exhibición del título y de que se ha practicado la inscripción, ello además de que siendo indispensable una

contradicción esencial entre el hecho evidenciado por el documento auténtico y el declarado probado por el Tribunal *a quo*, divergencia o disparidad que el documento invocado ha de poner de relieve por su misma virtud, esto es, con autosuficiencia impuesta por su literalidad, palmario resulta que tales requisitos no concurren en el caso examinado, por cuanto a pesar de que en la inscripción segunda practicada se hace la manifestación de que el vendedor fue representado por el apoderado en virtud de poder otorgado en Friburgo el 27 de noviembre de 1964, tal aserto, no cubierto por la exactitud registral, bien responda a una equivocación material del Registrador al ponderar los sucesivos apoderamientos, ora se deba a la aportación del poder precedente respondiendo a la exigencia del órgano calificador conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento, no comporta una negativa a la realidad de la escritura de poder de 4 de diciembre ni al hecho de su examen por el Notario autorizante de la compraventa, extremos ambos ajenos a la eficacia probatoria del contenido tabular.

Tanto según la *lex loci* aplicable al acto jurídico en cuestión, conforme al Texto del artículo 11 del Código Civil que entonces regía, como a la luz de nuestro ordenamiento positivo, operante como *lex causae* por virtud del mismo precepto en su actual redacción, el apoderamiento no viene sujeto a forma *ad solemnitatem* tal como establece el artículo 1.710, párrafo segundo, de dicho Código, e incluso puede nacer de una declaración de voluntad tácita, sin que a ello se oponga la exigencia formal señalada en el número 5.º del artículo 1.280, norma que según reiterada jurisprudencia ni siquiera persigue disponer formas *ad probationem*, sino que se limita a permitir que los contratantes exijan la constancia por escritura pública del negocio ya celebrado y perfecto, sin que nada obste a todo lo expuesto la carencia de legalización en el instrumento de apoderamiento, por cuanto tal fórmula tan sólo acredita que los legalizantes aprecian semejanza de las firmas legalizadas con las auténticas y que el fedatario cuyos signos de autorización se legalizan, se hallaba a la sazón en el ejercicio de su cargo, lo que en otro aspecto provoca que si bien el documento carente de esa autenticación queda desprovisto de fuerza probatoria como instrumento público, nada impide que sea valorado como un medio demostrativo más en el conjunto de las ofrecidas por la controversia, y desde luego no resta validez a las declaraciones de voluntad en el documento contenidas.

DERECHO NAVARRO: EL TESTAMENTO DE HERMANDAD NO PUEDE SER REVOCADO POR UNO DE LOS TESTADORES DESPUES DEL FALLECIMIENTO DEL OTRO. TAMPOCO PUEDE EL SUPERSTITE DISPONER DE LOS BIENES A TITULO LUCRATIVO, A MENOS QUE ESTE AUTORIZADO PARA ELLO EN EL PROPIO TESTAMENTO. ES NECESARIA LA ACEPTACION DEL DONATARIO PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LA DONACION (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—Los cónyuges don Pelayo y doña Damiana otorgaron testamento de hermandad por el que se institufan mutuamente únicos y universales herederos, y respecto a los bienes que existan al tiempo del

fallecimiento de ambos consortes, nombraban heredera de ambos esposos a una sobrina, doña Felicidad. Fallecida doña Damiana, su viudo realizó ciertas ventas de algunas fincas en favor de otras sobrinas. Una vez fallecido don Pelayo, la heredera doña Felicidad demanda la nulidad de tales ventas por simulación. La demanda prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Toda interpretación, tanto de actos como de negocios jurídicos, tiende esencialmente a indagar el significado efectivo y el alcance de la manifestación de voluntad que les sirve de fundamento, captando el elemento espiritual, es decir, la intención de los sujetos que en ellos intervienen, sin limitarse exclusivamente al sentido aparente que resulta de los términos o palabras empleadas en la redacción, de forma tal que cuando de testamentos se trata el artículo 675 del Código Civil concede supremacía o preferencia a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de las declaraciones que en los mismos se contengan, que en el presente caso lo constituye el deseo de que los bienes que existieran al fallecimiento de los consortes no se disgregasen, pasando entonces a poder de la actora a quien nombraron «sucesora de su casa velando por la continuidad de ésta», lo que lleva a la convicción de que la idea que presidió la redacción de esa cláusula del testamento, fue la de que el cónyuge supérstite pudiera disponer libremente por actos *inter vivos* y en su beneficio de cuantos bienes integraran el patrimonio de ambos consortes, pero no la de que le estuviera permitido alterar por medio de transmisiones a terceras personas y a título lucrativo la designación de heredera contenida en el testamento, disgregando el caudal que constituía la casa familiar, sin que a ello obste la doctrina mantenida por la Sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1951, porque en la hipótesis que allí se discutió, se había concedido al cónyuge sobreviviente la facultad de disponer de los bienes por actos *inter vivos* y *mortis causa*, autorización esta última que lleva implícita la de que pueda desprenderse del haber hereditario a título lucrativo.

El testamento de hermandad otorgado por el causante de las demandadas y su esposa no podía ser revocado por uno de los testadores, después del fallecimiento del otro ni aun respecto de sus bienes privativos, según se estableció en el capítulo IV, Título IV, libro II del Fuero General de Navarra, al decir: «Et si marido et muger fazen destin en uno et enquara cerran aqueyll destin, si el uno deylos mories el otro non puede desfazer el destin», y según se recogió con posterioridad por la Ley 41 de las Cortes de Pamplona de 1765 y 1766 que declararon nulas las revocaciones que se llevaren a efecto en tal sentido, criterio que se mantuvo en los sucesivos proyectos de Derecho Foral Navarro y entre ellos en la Ley 244 del de 1959 y que ha prevalecido en el párrafo 1.º de la Ley 202 de la vigente Compilación de 1 de marzo de 1973, que prohíbe a los testadores disponer de sus propios bienes a título lucrativo, puesto que esto supondría una revocación de aquel testamento, sobre todo si las transmisiones se llevan a efecto por medio de donaciones disimuladas, porque los bienes de que dispuso dicho señor a título lucrativo, aunque propios de él, no estaban excluidos del testamento, ni adquiridos con posterioridad al fallecimiento de su esposa, sino que por comprenderse dentro del mismo, tenía su causa en lo establecido por ésta, dado que, en cuanto a ellos actuaron los dos cónyuges en un pacto de consuno, con relaciones recíprocas y correspectivas y con designación conjunta de heredera a la

que instituyeron «sucesora de su casa velando por la continuidad de ésta», con el propósito común de que no se desmembrara el patrimonio familiar y que, de admitirse la solución contraria, carecería de contenido el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, establecido en la cláusula quinta del testamento, puesto que se privaría a la fideicomisaria de la expectativa de derecho que bajo condición supensiva le correspondía.

Por entender que en Navarra no es necesario para la validez de las donaciones el requisito de su aceptación por parte del donatario, puesto que no lo exigen las fuentes del Derecho prevalentes al Código Civil, tales como el epígrafe segundo, Título VII, libro II de la Instituta que decía: *Perficiuntur autem quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit*, ni actualmente el apartado A) de la Ley 161 de la Compilación, que únicamente impone esta condición para convertir las donaciones en irrevocables, pero no para su perfeccionamiento, denuncia el recurrente la violación de las leyes segunda, sexta, dieciocho, veintiuna y ciento sesenta y una de la Compilación, pero el recurrente no tiene presente: 1.º Que si el donante no estaba autorizado convencional ni legalmente para realizar actos de libre disposición a título lucrativo, según se ha expresado en los considerandos anteriores, resulta intrascendente para la decisión de este proceso el que la aceptación del donatario constituyera o no un requisito indispensable para la validez y eficacia de esta clase de negocios jurídicos; 2.º Que el párrafo de la Instituta debe interpretarse no *simplicitur*, sino *secundum quid*, de forma que las palabras de aquel texto expresivas de que las donaciones *inter vivos* se perfeccionan cuando el donante manifieste su voluntad por escrito o sin serlo, se han de entender en cuanto esa voluntad haya sido aceptada por el donatario, puesto que no sólo no existe precepto alguno que no exija semejante consentimiento, sino que, por el contrario, lo imponen las Leyes quintas, Título XII, libro V y 19, párrafo segundo, Título V, libro XXXIX del Digesto que dice que no puede adquirir por donación el que no la quiera, *Non potest liberalitas nolenti adquiri*; 3.º Que, pese a la libertad de forma de los contratos establecida por la Ley 18, párrafo 1.º, de la Compilación, ello no impide el que sea necesaria la manifestación del consentimiento del donatario para el perfeccionamiento de la donación, puesto que esta Ley únicamente se refiere a las formalidades externas de los contratos, pero no a los requisitos intrínsecos para su validez, como lo es la aceptación y aun, en lo que atañe a la forma de esta expresión de voluntad, preciso se hace afirmar que debe exteriorizarse por medio de escritura pública, puesto que así lo exigen los artículos 633, párrafo 1.º, y 1.328 del Código Civil, la Ley 2, Título VII, libro II de la Novísima Recopilación de Navarra y la Ley 161, apartado A), de la vigente Compilación, que declaran nulas las donaciones que no se hicieran constar en esta clase de documentos notariales. 4.º Porque las palabras empleadas en el apartado A) de la mencionada Ley 161, no afectan a la necesidad del consentimiento del donatario para que las donaciones adquieran la plenitud de su eficacia, indicando tan sólo que, en tanto la aceptación no se produzca, la donación no es perfecta, pudiendo retractarse de ella el donante, al igual que ocurre con cualquier oferta antes de la aceptación, pero que, una vez exteriorizada la irrevocabilidad es absoluta. Y 5.º Que si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que cuando una donación se disimula bajo la apariencia

de una compraventa, la intervención de los fingidos compradores, pero reales donatarios en la escritura correspondiente, supone la aceptación de este acto de liberalidad, sin que pueda exigirse, como es lógico, la expresión de que se acepta el contrato encubierto, que, precisamente, tratan de ocultar los contratantes, y que quedaría al descubierto si se hiciera constar la conformidad con la realidad jurídica, no lo es menos que, para que las donaciones disimuladas sean válidas, precisan la concurrencia de cuantos requisitos se enumeran en el artículo 1.261 del Código Civil, entre los que destacan de forma preeminente para este caso concreto, la licitud de su causa, circunstancia que no concurre cuando su finalidad consiste en defraudar derechos hereditarios o en burlar bajo la apariencia de una compraventa los derechos del segundo llamado a una herencia, abusando de la facultad de libre disposición de los bienes que le confirió su consorte en un fideicomiso de residuo.

LA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION PUEDE QUEDAR JUSTIFICADA POR LA PROLONGADA PASIVIDAD DEL DEUDOR FRENTE A LOS REQUERIMIENTOS DEL ACREEDOR (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que para que la acción resolutoria implícita que regula el artículo 1.124 del Código Civil pueda prosperar, es preciso, entre otros requisitos, que quien la ejercite en su favor acredite debidamente que el incumplimiento de su obligación por parte del otro litigante se produjo como consecuencia de una voluntad deliberadamente rebelde o de un acto obstativo del último, que de un modo indubitado, absoluto, definitivo o irreparable lo produzca, sin que para ello sea suficiente con el mero retraso en el cumplimiento (Sentencias de 4 de marzo de 1975 y 24 de noviembre de 1976), no menos exacto es que aquella voluntad puede quedar justificada por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante.

EL ARTICULO 480 DEL CODIGO CIVIL TIENE CARACTER IMPERATIVO Y HA DE PREVALECER SOBRE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La Sala de Instancia, interpretando el contrato de arrendamiento de la finca rústica y aplicando el artículo 1.091 del Código Civil llega a la conclusión de que dicho arrendamiento terminó el día en que falleció el último usufructuario, sin necesidad de esperar a que finalizase el año agrícola, frente a cuya conclusión se alza el cuarto motivo del recurso, en el que se sostiene la tesis de que es obligada la aplicación al caso del artículo 480 del citado Código, y en su virtud el arrendamiento de la finca rústica de que se trata se ha de considerar subsistente durante el año agrícola, tesis que es preciso acoger, porque el indicado artículo 480, en cuanto preceptúa que todos los contratos que el usufructuario celebre como tal usufructuario se resolverán al final del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas, el cual se considerará subsistente

durante el año agrícola, tiene indudablemente carácter imperativo, estando esta única excepción establecida no tan sólo en beneficio del arrendatario, como justa compensación de una labor completa, merecedora de que el legislador le permita recolectar los frutos sin menoscabos ni apuros, en los mismos bienes que los hubiesen producido, sino también en beneficio de la agricultura, es decir, en el de toda la colectividad, evidentemente interesada en que no se produzcan pérdidas o deterioro de los frutos a consecuencia de la súbita e inopinada interrupción de una explotación agrícola o ganadera en marcha.

EL PRECARISTA NO PUEDE ALEGAR BUENA FE PARA RECLAMAR EL IMPORTE DE LAS OBRAS QUE HAGA EN LA FINCA QUE POSEE EN PRECARIO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Tienen que decaer los motivos primero, segundo y tercero del recurso, por violación, el primero, del artículo 361; por aplicación indebida, el segundo, del artículo 453, y por igual concepto, el tercero, del artículo 454, todos del Código Civil, pues en realidad lo que se invoca en ellos, aun formulados por separado, en forma positiva y negativa es la aplicación al caso del precepto relativo a que el dueño del terreno hace suyo lo edificado, sembrado o plantado por el poseedor de buena fe «previa indemnización»; la buena fe consiste en la ignorancia de que se trata de suelo ajeno, y el recurrente razona como si ignorara quién es el dueño de la finca, sin tener en cuenta que en el caso presente, las mejoras fueron realizadas por el recurrente, actor en el pleito, en finca que ocupaba gratuitamente, por mera tolerancia del dueño de ella, situación perfectamente conocida por él; hipótesis totalmente diferente de la descrita en el artículo 361 del Código Civil que se dice violado, así como de la contenida en los artículos 453 y 454 del mismo Código, que se dicen indebidamente aplicados, cuando la Audiencia no los ha aplicado, sino que, por el contrario, razona la aplicación del artículo 444 del mismo cuerpo legal, precisamente porque al poseedor en precario que conoce perfectamente que el terreno en que planta y la casa en la que realiza obras no le pertenecen, carece de buena fe y si hace las obras es para su comodidad, durante su ocupación gratuita prolongada durante quince años, y, por tanto, terminado aquel disfrute, dichas obras habían de quedar en beneficio de la propiedad que tan generosamente se lo había permitido durante tan dilatado período.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: EVOLUCION HACIA UN SISTEMA CUASI OBJETIVO. COMPENSACION DE CULPAS (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según lo impone el artículo 1.902 del Código Civil, si bien para el juicio de reproche era suficiente que el sujeto activo no hubiera procedido con el cuidado indispensable para evitar el resultado dañoso, como ya resultaba de los textos clásicos dado que «en la Ley

Aquilia se comprende también la culpa levisima» (*in lege Aquilia et levisima culpa venit*), tal como proclama el Digesto, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguiente al desarrollo de la técnica y el principio de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*ubi emolumentum, ibi onus*), criterio exegético que al presente se vigoriza a la vista de lo establecido en el artículo 3, párrafo 1, del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto introduce «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» como elemento interpretativo de las normas, aunque este factor ya había sido invocado por la doctrina legal anterior a la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974. No es la concepción del Código, según la *mens legislatoris* de los días de la promulgación, la que debe inspirar la interpretación de las nuevas normas legales, sino justamente lo contrario, ya que incluso los preceptos codificados deben ser interpretados de acuerdo con las nuevas concepciones jurídicas, y por ello esta Sala, sin acoger la pauta de la denominada responsabilidad objetiva basada en la estricta realidad del resultado lesivo y en la relación material de causalidad, ha ido transformando la apreciación del legal principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida según las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglamentada.

La interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la propia víctima, ocasiona una hipótesis de concurrencia culposa que, siendo equiparable por su rango y virtualidad las respectivas conductas, determina la moderación de la responsabilidad exigible y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización, no sólo por el juego del artículo 1.103 del Código Civil, que contempla una facultad moderadora no privativa de las obligaciones contractuales, sino por palmarias razones de equidad y lógica.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO: NO SE HA PROBADO QUE SEAN DOS LOS COMPRADORES. LA PRUEBA TESTIFICAL, POR SI SOLA, NO PUEDE DEJAR SIN EFECTO LA DOCUMENTAL, YA QUE LA IMPUGNACION HA DE BASARSE EN OTRO DOCUMENTO O EN LA PRUEBA PERICIAL, CONFORME AL ARTICULO 52 DEL REGLAMENTO (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1976).

Se interpone demanda de retracto ante el Juzgado número 3 de Burgos y éste desestima la demanda, pero la Audiencia Territorial revoca la sentencia anterior.

No triunfa el recurso de revisión. El documento privado sólo vincula a las partes que han intervenido en su otorgamiento; incluso reconocido por quien resulte obligado a completarlo sólo resulta eficaz entre ellas y no frente a terceros, salvo lo dispuesto por el artículo 1.227 del Código. Aunque en el documento privado aparece que hay dos personas que han pagado el precio, ello no quiere decir que haya dos compradores, ya que el pago del precio puede hacerse por dos personas distintas, conforme al artículo 1.158 del Código. En el acto de conciliación celebrado, el demandado no alega nada respecto a que sean dos los compradores y el vendedor dice que vendió la finca a aquél sin hablar de otra persona, de todo lo cual hay que llegar a la misma conclusión que la Audiencia, que dedujo que el documento es insuficiente para acreditar que fueron dos los compradores de las fincas retraídas. El error de hecho no puede deducirse de la contraposición entre el documento acreditativo de haber verificado parte del pago del precio con el del pago de rentas por quien se dice que es el arrendatario, los dos suscritos por el vendedor, dueño de las fincas, ya que no se ha probado la falsedad de este documento, por lo que ha de considerarse correcto su contenido sin que pueda combatirse por el examen de la prueba testifical, ya que el artículo 52 del Reglamento sólo tolera esa impugnación con base en la prueba documental o pericial. Aparecen cumplidos los requisitos del artículo 1.261 del Código para la perfección del contrato de compraventa, determinante de la acción de retracto, aunque falte el otorgamiento de la escritura de compraventa porque, aun conocido el precio de venta de la fanega de tierra, al no haberse completado la titulación dominical, no se ha satisfecho la totalidad del precio, lo cual es lógico, no incurriendo la Sala en la injusticia notoria de que se le acusa en el tercer motivo del recurso.

DESAHUCIO: PROBADO QUE EL APROVECHAMIENTO PRINCIPAL DE LA FINCA ES EL GANADERO, EL PLAZO MINIMO DE DURACION DEL ARRENDAMIENTO ES EL DE TRES AÑOS DEL ARTICULO 9 DEL REGLAMENTO (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1976).

El Ayuntamiento de Torres de Santa María arrendó los pastos y rastrojeras de una dehesa suya por el plazo de un año, mediante subasta, pero el arrendatario solicitó prórroga legal de dicho contrato, que le fue negada por mayoría de votos de la Corporación. Esta, al no abandonar la finca el arrendatario, le demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Cáceres, que desestimó la demanda. La Audiencia de esta ciudad revocó la sentencia anterior, declarando el desahucio.

Prospera el recurso de revisión interpuesto por el colono. Ambas partes coinciden en que el principal aprovechamiento del predio es ganadero, por lo que el plazo mínimo es el de tres años; la exclusión de parte de la dehesa del arrendamiento estaba condicionada a la construcción de un coto escolar y, en tanto comenzaran las obras o fueran autorizadas por el I. N. P. podía ser utilizada por el arrendatario. La tolerancia de las labores de barbecho, conforme a la costumbre del lugar tampoco era opuesta a la consideración de aprovechamiento susceptible de los de

carácter ganadero de la finca objeto de arrendamiento, sin que la idea de arrendamiento de una «pradera natural» pueda ser apreciada por ser cuestión no alegada en el pleito ni ha sido objeto de probanza alguna. Prosperados los motivos de revisión en cuanto al error de hecho en la apreciación de la prueba documental, constituida por el pliego de condiciones, huelga entrar en la apreciación del otro motivo, formulado alternativamente. La aplicación del plazo de tres años del artículo 9 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos fue ya estimada por la Sentencia de 16 de febrero de 1973 de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia de Cáceres en recurso promovido por el señor Gobernador Civil sobre suspensión del acuerdo del Ayuntamiento de Torres de Santa María, sentencia que aun dando por levantada dicha suspensión, se extendía en consideraciones sobre la procedencia del referido plazo en este arrendamiento.

RETRACTO: LAS CONDICIONES DE EXCEPCION A LA LEY GENERAL ARRENDATICA HAN DE EXISTIR EN EL MOMENTO EN QUE SE INTENTE HACERLAS VALER, ESTO ES, AL CONTESTAR LA DEMANDA LOS COMPRADORES (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1976).

Ejercitada la acción de retracto por el arrendatario en el Juzgado de Primera Instancia de Baeza, se oponen los demandados compradores, alegando que la finca ya no es rústica sino urbana, por su situación. El Juzgado admitió el retracto, pero la Audiencia de Granada revocó esta sentencia.

No tiene éxito el recurso de revisión, porque para que la finca sea excluida de la legislación especial es necesario que esté próxima a los elementos que señala el artículo 3 del Reglamento y que el valor sea superior al doble del normal para las de su clase y situación, debiendo concurrir ambos factores simultáneamente. Resulta indudable que la finca está ubicada próxima a la carretera nacional de Córdoba a Albacete, a cinco kilómetros de Baeza, en paraje poblado de chalets y casas de recreo, lindando alguno con la finca litigiosa, que, además, está incluida en su mayor parte en el Plan de Ordenación Urbana, extremos que no son combatidos en el recurso y que permanecen inalterables. Las condiciones de excepción a la Ley General han de existir en el momento en que se las intente hacer valer, esto es, desde el instante en que fueron aducidas por los compradores al contestar la demanda inicio del proceso, según la Sentencia de 26 de octubre de 1950, que afirma que éste es el momento a que hay que atenerse y no al que, potencialmente pueda conocer por circunstancias que se ignoran cuándo ocurrían, pues en la fecha de la venta de la finca ambas partes no conocían la existencia de elementos nuevos como era el del citado Plan de Ordenación, no pudiendo admitirse que el valor sea el de la escritura, sino el real de venta sin que tenga importancia que los adquirentes consideren la finca como rústica, ya que la jurisprudencia dice que a lo que hay que atenerse es a sí, con arreglo al artículo 2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos, tienen o no este carácter, razones que llevan a rechazar el motivo examinado. En el presente caso no se trata de concretar si el precio es cierto o no, sino obtener el verdadero valor que es lo que lleva al Juez de Primera Ins-

tancia a acordar la práctica de prueba pericial por el Aparejador, cuyo valor—1.963.180—excede del duplo del señalado por el Perito Agrícola —620.000—, por lo que la Sala no infringió los preceptos citados ni la doctrina legal que dice que siempre que aparezca probada la existencia de esa duplicación de valor, aunque resulte de la comparación de los distintos asignados a la finca, se debe aplicar la excepción del artículo 2.º de la Ley, no procediendo el retracto del artículo 16 de la misma Ley.

RETRACTO: NO SE PRUEBA LA COLABORACION DE LA RECURRENTE CON SU DIFUNTA MADRE EN LA EXPLOTACION ARRENDATARIA DE LA FINCA QUE PRETENDE RETRAER (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Fallecida la primitiva arrendataria y vendida la finca, la hija de aquélla pretende el retracto arrendaticio ante el Juzgado de Laredo, que lo admite, aunque la Audiencia de Burgos revoca esta resolución.

No triunfa el recurso de revisión. El error de hecho puede combatirse combatiendo las conclusiones del Tribunal de Instancia con prueba documental y con dictamen pericial, pero la censura no puede llevarse a cabo por comparación con los demás medios de prueba, incluso con el de reconocimiento judicial, por más merecedor que sea de estima. La recurrente trata de impugnar las conclusiones de la Sala de la Audiencia, con las apreciaciones a que llegó el Juez de Primera Instancia después de haber reconocido las fincas litigiosas, lo que no puede admitirse. Tampoco puede aceptarse el error de derecho por infracción del artículo 1.240 del Código, porque tal artículo no contiene ninguna norma de valoración legal de un medio de prueba que vincule a quien lleva a cabo el reconocimiento o a cualquier otro Tribunal a que decida de una manera preordenada al valorar los hechos. No existió la colaboración pretendida de la recurrente con su difunta madre en la explotación de las fincas que se tratan de retraer, no dándose el supuesto de hecho del artículo 86 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, por lo que no pudo aplicarlo la Sala de la Audiencia.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO: AL NO HABERSE PACTADO LA DURACION DEL CONTRATO, LA SENTENCIA RECURRIDA SE ATUVO A LO DISPUESTO POR EL ARTICULO 1.581 DEL CODIGO PARA FIJAR COMO TIEMPO MINIMO DEL CONTRATO EL DE TRES AÑOS (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Se promueve el desahucio del arrendatario por los dueños por haber transcurrido el plazo de tres años, al ser ganadero el principal aprovechamiento de la finca y, de no estimarse así y considerarse que el aprovechamiento principal es el agrícola, podía considerarse extinguido a los seis años. El arrendatario se opuso alegando que la duración debía ser la de doce años. El Juzgado de Torrijos declaró extinguido el contrato, confirmándolo la Audiencia Territorial.

Es desestimado el recurso de revisión. El recurrente dice que el hecho que se quiere deducir es que el arrendamiento de la finca se pactó por doce años y no por tres, intentando así una valoración de las pruebas practicadas y no la demostración de que la Sala sentenciadora ha infringido el artículo 1.253 del Código, por aplicación indebida o interpretación errónea, materia propia de la causa de revisión en un recurso extraordinario, que no es una tercera instancia. No ha podido ser probado el tiempo pactado para la duración del arrendamiento y así tan sólo que se convino el pago anual de la renta y por eso la sentencia se atiene a lo dispuesto en el artículo 1.581 del Código para fijar como plazo mínimo el de tres años, atendido que el principal aprovechamiento es el ganadero, con lo que la sentencia ha aplicado una norma, que supone una verdadera y propia presunción y la ha aplicado, conjugándola con otra específica de la legislación arrendaticia, como es el artículo 9 del Reglamento de 1959.

DESAHUCIO: LA VOLUNTAD DE CONTINUAR EL ARRENDATARIO EN EL CULTIVO DE LA FINCA HA DE SER HECHA UN AÑO ANTES DE LA FINALIZACION DEL PLAZO CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Arrendadas varias fincas al mismo arrendatario, habían transcurrido con exceso los seis años que la Ley fija para los arrendamientos no protegidos, cuando la renta excede de cinco mil pesetas anuales, por lo que se pide el desahucio ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Cuenca. Este estimó parcialmente la demanda, declarando haber lugar al desahucio solicitado en cuanto a la tercera parte de las fincas, objeto de las litis, desestimándola en cuanto a las dos terceras partes restantes. La Audiencia de Albacete revocó esta sentencia y declaró haber lugar al desahucio del demandado.

Se desestima el recurso de revisión. Ninguno de los documentos presentados acredita el error manifiesto del juzgador. En el acto de conciliación celebrado en el Juzgado de Paz se manifiesta por el arrendador que el arrendatario queda despedido de todas las tierras que cultiva, lo que demuestra una voluntad extintiva del arrendamiento, que la sentencia recoge en sus considerandos. Por otra parte la declaración del arrendatario en el mismo acto de seguir cultivando la mitad de una de las parcelas arrendadas es la única manifestación en este sentido de continuar el arrendamiento, pero es tardía porque se hace el mismo año de conclusión del contrato, siendo así que esa voluntad solo pudo expresarse eficazmente un año antes de la expiración, según el artículo 10 del Reglamento de 1959. En 1972, arrendador y arrendatario fueron convocados a una reunión en la Delegación Provincial del I. R. Y. D. A., pero en tal fecha aún no habían transcurrido los seis años de duración mínima del arrendamiento y, por lo demás, ésta es una actividad administrativa ante el Servicio de Concentración Parcelaria, que nada aporta en orden a una manifestación de voluntad del arrendatario para ejercitar su derecho de prórroga.

RETRACTO: EL HECHO DE LA INSCRIPCION REGISTRAL NO IMPLICA EL CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISION A EFECTOS DEL RETRACTO (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Se ejercita el retracto de las fincas arrendadas ante el Juzgado de Llerena, que admitió la demanda, confirmándolo la Audiencia.

No tiene éxito el recurso de revisión. Se alega que el arrendatario ha de ejercitar el retracto dentro de los tres meses a partir de la fecha en que haya tenido conocimiento de la transmisión, lo que ha de presumirse si la transmisión se ha inscrito en el Registro debiendo probar el arrendatario que no ha sido así y que la conoció después; sin embargo, según el artículo 1.214 del Código al demandado es a quien corresponde la prueba de los hechos extintivos y no era al arrendatario demandante a quien incumbía la prueba de su falta de conocimiento, ya que el transcurso del plazo de caducidad ha de ser considerado como una causa de extinción de tal derecho, correspondiendo su prueba al comprador demandado. El hecho de la inscripción registral no implica el conocimiento de la transmisión en cuanto según las reglas del criterio humano la existencia de aquélla no implica la de éste, que puede no producirse a pesar de la inscripción, por lo que no es posible admitir que el cómputo del plazo para ejercitar el retracto haya de iniciarse desde la inscripción, como se pretende en el recurso. Tampoco puede admitirse el tema de la simulación de la escritura de compra, que no fue planteado en las instancias, tratándose de una cuestión nueva, que no puede acogerse en el recurso, ni puede tampoco admitirse la mala fe del demandante, ya que ésta no se presume, porque no se prueba claramente el conocimiento por éste del carácter simulado del negocio.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

REVISION DE RENTA: ES VALIDA LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION AL REMITIRSE A LA VARIACION DEL COSTE DE LA VIDA, CONFORME AL INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1977).

Arrendados varios locales, constitutivos de una Galería de Alimentación en Madrid, a distintos arrendatarios, se pactó en los diversos contratos que la renta sería revisada cada cinco años, aplicando las tablas del coste de la vida, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística. Transcurrido con exceso ese plazo, se recabó del Instituto certificación de la variación del coste de la vida, que resultó ser de un 50,6 %, comunicándolo a los arrendatarios que se negaron a pagar dicho aumento. Planteada demanda de juicio especial de la legislación arrendaticia contra uno de los arrendatarios, el Juzgado núm. 17 de Madrid desestimó la demanda, confirmándola la Audiencia Territorial. Por ello se interpone demanda conjunta contra todos, solicitando sea abonado tal incremento de la renta. El Juzgado núm. 3 de Madrid estimó en parte la demanda, condenando a los demandados a pagar la renta con sus incrementos desde la interposición de la demanda y la Audiencia confirma íntegramente la sentencia anterior.

El recurso de casación por infracción de ley no prospera. Aparte de los motivos de inadmisión por motivos procesales, se rechaza por las siguientes razones: *a)* La supuesta invalidez de la cláusula de estabilización, libremente pactada en el contrato, no puede admitirse por responder a la más estricta ortodoxia, exigida por esta Sala, pues la referencia al índice del coste de la vida del I. N. E. no se puede tachar de cláusula encaminada sólo al alza; *b)* La inaplicación de los artículos 97, 98 y 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos está justificada porque dichos artículos son alusivos a la libertad de contratación, a incrementos pactados entre arrendador y arrendatario y a incrementos legales de los locales de negocio, ninguna de cuyas hipótesis son aplicables a la cuestión debatida; *c)* La caducidad dispuesta en el artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es para situaciones distintas a las planteadas en este juicio, en el que se discute la pretensión del arrendador de hacer efectiva una de las cláusulas del primitivo contrato pactado entre las partes, para lo cual está legitimado el arrendador, mientras no prescriba su acción personal. Tampoco puede aplicarse la tesis del abuso del derecho, puesto que la referencia al índice del coste de la vida tanto comprende el alza como la disminución del mismo, siendo libremente pactada entre las partes.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: A LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCAL DE NEGOCIO, REGIDOS POR LA LEY ESPECIAL SOLO LE SON APLICABLES LAS CAUSAS DE DENEGACION DE PRORROGA DEL ARTICULO 114 DE LA LEY (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1977).

Interpuesta demanda de resolución de arrendamiento de local ante el Juzgado núm. 7 de Madrid, este estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por el demandado, sin pasar a la cuestión de fondo, confirmándolo la Audiencia Territorial. Se interpone entonces el procedimiento ordinario correspondiente, diciéndose en la demanda que el local arrendado lo fue para compraventa de accesorios usados de automóvil, puesto que el arrendador tenía instalado junto a este local, un comercio de accesorios nuevos, pero esta cláusula resultó incumplida por el arrendatario, probándose con acta notarial este hecho, por lo que se solicitó la resolución del contrato, conforme al Derecho común del Código Civil. El Juez núm. 9 de Madrid y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda.

No triunfa el recurso de casación por infracción de ley. Al estimar aplicables al caso los artículos 1.091 y 1.124 del Código se incide en el error de considerar que a los arrendamientos de local de negocio, regidos por la Ley especial se les puede aplicar disposiciones del Código Civil, cuando esta Sala tiene declarado que a dichos contratos no les son aplicables otras causas de denegación de la prórroga obligatoria que las del artículo 114 de la Ley especial. Por los mismos motivos son rechazables los otros argumentos del recurrente en que se denuncia la no aplicación de los artículos 1.566 y 1.569 del Código, porque no pueden alegarse otras causas distintas de denegación de prórroga, ni el derecho a la prórroga es renunciabile.

REVISION DE RENTA: LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION DE LA RENTA EN LA QUE SE EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE REBAJA DE LA MISMA NO ES VALIDA (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1977).

Se concertó un contrato de arrendamiento para supermercado en el que se especificaron las condiciones para la revisión de la renta, por lo que, al negarse el arrendatario a esta revisión, se interpuso demanda ante el Juzgado núm. 15 de Madrid, que desestimó la demanda, sentencia que fue confirmada íntegramente.

No tiene éxito el recurso de casación por infracción de ley. La cláusula cuestionada dice que cada cuatro años se incrementará la renta en la misma proporción que varíe el índice ponderado general del coste de la vida sin que la renta nunca podrá ser inferior a la pactada en el contrato, con lo que se excluye toda duda sobre el sentido de tal cláusula ante la expresa exclusión de toda posibilidad de rebaja. La jurisprudencia dice que dentro de la libertad de contratación se pueden pactar cláusulas de estabilización, que han de favorecer tanto al arrendador como al arrendatario, con objeto de que no resulte ante una desproporcionada subida, prácticamente ilusorio el irrenunciable derecho de prórroga del inquilino. Ante esta clara doctrina han de decaer los dos motivos del recurso, pues ambos se fundan en la libertad de contratación, pero el recurso desconecta el derecho de prórroga forzosa de la libertad de contratación y ello es erróneo por conculcar este derecho del inquilino, careciendo de legitimación la cláusula estabilizadora sólo al alza. Por otra parte no se puede entrar en materia de interpretación de contrato en el que la instancia ha adoptado un criterio claro y fundamentado, que es combatido fuera del cauce procesal adecuado.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: EL ARRENDAR CON EL LOCAL UNA ESTANTERIA, UN MOSTRADOR, UNA BASCULA Y UNOS ENVASES DE VINO, NO DEMUESTRA LA EXISTENCIA DE UNA INDUSTRIA, COMO SE COMPRUEBA POR EL HECHO DE QUE EL ARRENDADOR NO HA FIGURADO NUNCA DADO DE ALTA EN EL IMPUESTO INDUSTRIAL (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1977).

Se solicita el desahucio por vencimiento de plazo contractual argumentando que en el contrato de arrendamiento se hablaba de la preexistencia de un establecimiento con mostrador, estantería, etc., diciéndose que se trata de un establecimiento comercial, que figuraba como tal desde 1939, dedicado exclusivamente a venta de vino, con matrícula industrial, sin que se hubieren aplicado nunca los incrementos de renta para los locales de negocio. El Juzgado de La Orotava declaró el desahucio, pero la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó aquella sentencia.

No dio lugar al recurso de casación por infracción de ley el Tribunal Supremo. La cuestión de si lo arrendado es un negocio o industria o un local, es problema de interpretación que es facultad del tribunal de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer en casación, a menos que prospere la impugnación por el núm. 1 del artículo 1.692—error de derecho—o por

el núm. 7 del mismo precepto—error de hecho—pero la sentencia dice que lo arrendado no es un negocio, sino un local con la estantería mostrador, báscula y envases para vino, que no constituyen por sí solos una industria de venta de comestibles y vino, como pretende el actor. Desde el año 1942 diferentes personas entre las que no se encuentra el arrendador han figurado dados de alta en el Impuesto Industrial, licencia fiscal, por la actividad de abacería o venta de comestibles, habiendo sido dado de alta también el arrendatario demandado, lo cual no acredita más que tal circunstancia pero no patentiza que sea el arrendador el titular dominical del negocio ni evidencia la existencia del mismo, ya que puede explotarse un negocio sin pagar contribución y, por el contrario, pagar la contribución y no ejercer el negocio. Del examen de las estipulaciones se advierte que los contratantes están atribuyendo la propiedad del negocio al arrendatario y no al arrendador y por ende, que dicho negocio no fue ni podía ser objeto de arrendamiento.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: NO HABIENDOSE ALEGADO LO PERJUDICIAL DE LAS CONDICIONES PACTADAS POR LA USUFRUCTUARIA ARRENDADORA, NO PROCEDE EL DESAHUCIO POR EXTINCION DE USUFRUCTO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1977).

Fue arrendado un local de espectáculos por la usufructuaria de la finca y, fallecida ésta se notifica este hecho al arrendatario, solicitando el desahucio. El Juzgado núm. 2 de Sevilla desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesto por el demandado y también la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la desestimación de la excepción de incompetencia, pero revocó la anterior, declarando el desahucio del arrendatario.

Triunfa el recurso de casación por infracción de ley. El procedimiento segundo es inadecuado, ya que el contrato está sujeto a la legislación común, por ser el objeto del mismo el arrendamiento de una industria o negocio que, conforme al artículo 3 núm. 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos queda excluido de la misma, aplicándose únicamente la legislación especial para la obligatoriedad de la prórroga que la misma determina, pero no supone que ésta haya de regir para las demás cuestiones que surjan del contrato celebrado, por lo que no existe la infracción que el recurrente denuncia. El arrendatario recibió de la arrendadora el negocio de espectáculos públicos como unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser puesta inmediatamente en explotación. El contrato se otorgó en 1936 o sea mucho antes de la entrada en vigor de la vigente Ley arrendaticia por un plazo de tres años prorrogable y, aunque tal arrendamiento se extinguió en 1951 por fallecimiento del arrendatario, el contrato continuó con el hijo de éste sin que tal continuación se base en la subrogación de la ley arrendaticia sino en la conjunción de voluntades de arrendador y demandado por la renovación del contrato siéndole ya de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley especial sobre prórroga obligatoria, que se aplica también a los casos de extinción de usufructo sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114 causa 12, según la cual puede resolverse el arrendamiento de local cuando las condiciones fueren

gravosas para la propiedad y, como en el caso presente, no se ha alegado en la demanda ni durante la sustanciación del juicio se ha acreditado que las condiciones pactadas por la usufructuaria fueron notoriamente perjudiciales para los propietarios actuales de la industria arrendada, no procede el desahucio solicitado, como ha declarado este Tribunal en reiterada jurisprudencia.

C. R. R.

V. SUCESIONES

DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO.—IRRETROACTIVIDAD.—MANDATO NO REPRESENTATIVO.—*Artículos 177 (antigua redacción), 174, 179 (Ley de 24 de abril de 1958), 670, 807 y 842 del Código Civil (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1978).*

Los derechos sucesorios del adoptado se determinan por la legislación vigente en el momento de otorgarse la escritura de adopción.

El adoptado al no tener el carácter de heredero forzoso, no genera preterición.

Habiéndose obligado la adoptante a instituir heredera a la adoptada en la escritura de adopción «como si fuese hija legítima suya» y fallecida aquélla bajo testamento en que instituye único y universal heredero a un hermano, careciendo de legitimarios, el Juzgado de Primera Instancia de Segorbe declaró nulo el testamento y heredera universal a la adoptada, mientras que la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia limita los derechos de la adoptada a las dos terceras partes de la herencia (legítima de los hijos legítimos) declarando el derecho del hermano instituido heredero en el testamento a suceder en el tercio restante (libre disposición), sentencia que, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, es confirmada por el Tribunal Supremo, según las siguientes consideraciones:

Considerando que, a efectos tanto del recurso de casación ejercitado por el demandado don M. A. S. como del formulado por la demandante doña E. M. A., determinantes de esta resolución, es de tener en cuenta que son hechos admitidos por las partes, así como aspectos probatorios reconocidos en la sentencia recurrida: Primero. Que a medio de testamento otorgado en la ciudad de Valencia, el dieciocho de enero de mil novecientos cuarenta y seis, ante el Notario don..., doña M. A. S., en estado de casada con don J. M. M., de cuyo matrimonio no consta habido sucesión, después de establecer diversas disposiciones que no afectan al caso, instituyó por su universal heredero a su referido esposo, y si éste falleciere antes que ella, cual ha sucedido, a su hermano don M. A. S. que le sobrevivió; Segundo. Que dicho testamento es el único y último que consta otorgado por dicha doña M. A. S.; Tercero. Que por escritura autorizada en la ciudad de Segorbe, el tres de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, ante el Notario don..., los citados cónyuges don J. M. M. y doña M. A. S., confirieron poder espe-

cial tan amplio y bastante como en derecho se requiriese, a favor de don J. S. V., para que, en nombre y representación de los mencionados poderdantes y de cada uno de ellos, realizase cuantas gestiones estimase precisas para que los mandantes adoptasen conjuntamente, como si fuera nacida del legítimo matrimonio de los mismos, a una niña llamada E. M. B.—demandante ahora en el juicio de que se trata—y procedente del Asilo de Santamarca de Madrid y bautizada en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de Covadonga de dicha capital, que entonces vivía en compañía y bajo la protección de los relacionados poderdantes, representando a los mismos en todas las diligencias, trámites y actos necesarios, en todas las Oficinas del Estado, Provincia y Municipio, Juzgados y, particularmente, en el referido Asilo de Santamarca, durante la tramitación del expediente, hasta la aprobación de la adopción de la expresada niña por dichos esposos, presentando a tal efecto las pruebas, documentos y declaraciones pertinentes, concediendo a la adoptada el derecho a usar los apellidos de los adoptantes, así como el nombre de la madre adoptante, María, a ser posible, y el derecho de instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para la meritada adopción, y los demás derechos establecidos por las leyes en favor de los hijos adoptivos, otorgando y suscribiendo las escrituras y demás instrumentos públicos, documentos privados y toda clase de escritos en relación con la indicada adopción que considere pertinentes y necesarios hasta dejar aprobada y ultimada la adopción pretendida; Cuarto. Que seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Navacarnero expediente para la adopción por los aludidos esposos de la expresada niña—que como viene dicho es la demandante en los autos motivadores de la presente resolución—recayó con fecha treinta de abril de mil novecientos cincuenta y seis, auto firme aprobando y autorizando dicha adopción, y por su consecuencia el once de junio también del año mil novecientos cincuenta y seis, en Madrid, ante el Notario don... y don J. S. V., haciendo uso del referido poder, y por tanto, actuando como mandatario de los esposos don J. M. M. y doña M. A. S., otorgó escritura de adopción de la tan citada niña E. M. B.—demandante en el debate jurídico que se examina—tomándola como hija adoptiva, concediéndole de derecho a tomar y usar los apellidos del padre y madre adoptantes, y todos los derechos reconocidos en las disposiciones legales en vigor a favor de los hijos adoptivos, obligándose a instituir la heredera como si fuera hija legítima suya; y Quinto. Que doña M. A. S. falleció, en estado de viuda, el dieciséis de enero de mil novecientos sesenta y cinco.

Considerando que en orden al recurso de casación ejercitado por el demandado don M. A. B., procede examinar y decidir conjuntamente los tres motivos primeros, amparados, respectivamente, en pretendida infracción, por interpretación errónea, del artículo ciento setenta y siete del Código Civil, en su antigua redacción, en relación en el seiscientos setenta del mismo Cuerpo legal, violación, por no aplicación, de las Sentencias de este Tribunal de doce de noviembre de mil ochocientos noventa y dos, trece de marzo de mil novecientos dieciséis, cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y uno, once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro y catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, e interpretación errónea de la Sentencia, también de este Tribunal, de treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, en cuanto que los tres se fundamentan, esencialmente, en la circunstancia de entender el precitado recurrente in-

eficaz el pacto sucesorio contenido en la mencionada escritura de adopción de primero de junio de mil novecientos cincuenta y seis al haber sido otorgada sin intervención personal de los adoptantes, sino por su apoderado don J. S. V., la solución desestimatoria de dichos tres motivos surge de tener en cuenta que si ciertamente el artículo seiscientos setenta del Código Civil, con corroboración en las sentencias antes mencionadas, previene que el testamento es un acto personalísimo, que como de tal naturaleza no posibilita que se deje su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de mandatario, como tampoco que lleven éstos a cabo el nombramiento de herederos, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente, como consecuencia, según indica la Sentencia de esta Sala de veinte de mayo de mil novecientos setenta y dos, de haber recogido dicho artículo seiscientos setenta el principio romano del carácter personalísimo del testamento, de larga y constante tradición en nuestro derecho, apenas alterado por el Fuero Real, que fue objeto de subsiguientes limitaciones hasta su definitiva derogación, es asimismo de apreciar que, de una parte, no debe confundirse el mandato con el negocio representativo, pues que el negocio de apoderamiento, determinado por la voluntad del representado, es diverso del negocio concluido con el tercero, determinado por la voluntad del representante y exclusivamente por ésta, y que lleva en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en virtud de la normativa de los artículos mil setecientos nueve, mil setecientos veinticinco y mil setecientos veintisiete del Código Civil, al reconocimiento del principio legal de la existencia de un mandato sin representación; de otra parte, a causa de que siendo una de las bases esenciales de la representación, como institución operante a la realización de los actos jurídicos, en que la determinación causal de la repercusión inmediata de efectos a través de una asunción de actos y de situaciones concretadas en un poder, el estar montada sobre la sustitución de personas de forma tal que el representante actúa en nombre del *dominus*, ocupando el lugar de éste, pero emitiendo la declaración como propia, se infiere que no existe con sus normales consecuencias, en el caso, actualmente producido, que el poder conferido tenga por finalidad la realización, a nombre del poderdante, de un acto determinado con fijación de sus términos, circunstancias, condiciones y alcance que haya de tener, y que en el supuesto de que se trata lo fue fijándolo para la adopción antes expresada y en los términos que la misma debía comprender, ya que en ese evento lo que se produce, en realidad y jurídicamente, no es una actividad estricta y rigurosamente representativa, sino la mera sustitución de la simple manifestación de la voluntad actuando el portador exclusivamente como instrumento de transmisión de la voluntad ajena, que es la hipótesis del *nuntius* o mensajero, en la que éste no emite una declaración de voluntad, sino simplemente la transmite, limitándose a comunicar a otra persona la voluntad ajena, lo que en definitiva significa que no ejerce un acto jurídico y sí, que está simplemente a su servicio, equivalente a que en vez de ejecutar, que es la base fundamentadora del representante, entrega algo ya ejecutado o realizado, a virtud de que en el actuar del *nuncio* o mensajero la ejecución del acto y su eficacia discrepan en el tiempo y, por el contrario, la actividad del representante coincide en él, con lo que no puede decirse que el comportamiento de aquél desvirtúe el alcance personalísimo del actuar por parte de quien, como ha sucedido

en el presente caso, deseando llevar a cabo una adopción y establezca con precisión las bases a que ha de someterse y regirse, confiere a otros facultades para llevarla a cabo y documentarla adecuadamente, revelando exclusivamente una manifestación de efectividad práctica a lo que ya viene acordado por el adoptante, y, finalmente, debido a que la obligación de instituir heredero asumida por el adoptante a favor del adoptado en la escritura de adopción, acomodada a lo querido por los adoptantes, que permitía el artículo ciento setenta y siete del Código Civil en la redacción que mantenía al llevarse a cabo la de que se trata, y que fue posteriormente concretado con más precisión mediante los artículos ciento setenta y cuatro y ciento setenta y nueve de la redacción a consecuencia de la reforma dada por Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, vigente al tiempo del óbito de la mencionada adoptante doña M. A. S., y en la actualidad en los artículos ciento setenta y seis y ciento setenta y nueve a tenor de regulación establecida por Ley de cuatro de julio de mil novecientos setenta, revelador de una verdadera *adoptio ad heredem* que se configura como promesa de heredamiento y con condición de sobrevivencia, es un auténtico pacto sucesorio, singular excepción de la prohibición contenida en la regla general contenida en el párrafo segundo del artículo mil doscientos setenta y uno de dicho Cuerpo legal sustantivo, y que, por su propia característica, goza de una específica regulación que trasciende de la asignable al testamento precisamente por su consideración contractual.

Considerando que igual solución desestimatoria merecen los motivos cuarto, quinto y sexto, también de procedente examen y decisión conjunta, en cuanto que fundamentados respectivamente en alegado error de hecho en la apreciación de la prueba, por entender el recurrente don M. A. S. que la sentencia impugnada ha violado el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, violación del párrafo primero del artículo mil doscientos ochenta y uno del mismo Cuerpo legal sustantivo e igualmente violación del artículo mil setecientos catorce del propio Código, tienen los tres su causa razonadora común en la apreciación que quien los formula hace de haberse excedido don J. S. V. en el cargo que, en cuanto a la invocada adopción, le habían efectuado los relacionados cónyuges adoptantes, porque, bajo un aspecto de la cuestión, las facultades conferidas por éstos a aquél, a efectos de la adopción de que se trata, vienen establecidas en la expresada escritura de poder otorgado el tres de febrero de mil novecientos cincuenta y seis, con base en la que el meritado don J. S. V. actuó, para «realizar cuantas gestiones estime precisas, para que los mandantes adopten conjuntamente, *como si fuera nacida del legítimo matrimonio de los mismos*» a la meritada niña E. M. B., concediendo a ésta, además del derecho a usar los apellidos de los adoptantes, así como el nombre de la madre adoptante, María, *a ser posible «y el derecho a instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, y los demás derechos establecidos por las leyes en favor de los hijos adoptivos;* y otorgar y suscribir las escrituras y demás instrumentos públicos, documentos privados y toda clase de escritos en relación con esta adopción, que considere pertinentes y necesarios hasta dejar aprobada y ultimada la adopción que se pretende», con lo que claramente se deduce que al haber otorgado el referido don J. S. V., amparado en tal poder, la escritura de adopción de fecha primero de junio de mil novecientos cincuenta y seis de que se

viene haciendo mención concediéndose a la adoptada por los relacionados adoptantes el derecho a tomar y usar sus apellidos «y todos los derechos reconocidos en las disposiciones legales en vigor a favor de los hijos adoptivos, obligándose a instituir la heredera como si fuere hija legítima suya» en manera alguna se ha producido el exceso en la efectividad del indicado poder, ni, por tanto, se han traspasado o rebasado los límites del mandato, dado que conferido éste para realizar la tan meritada adopción con el aspecto establecido por los adoptantes de que se considerase a la adoptada «como si fuera nacida de legítimo matrimonio de los mismos»... «y el derecho a instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, y los demás derechos establecidos por las leyes en favor de los hijos adoptivos», la obligación asumida a nombre de los precitados adoptantes poderdantes de obligarse, en relación a la adoptada, «a instituir la heredera como si fuera hija legítima suya», viene comprendido dentro del encargo expresamente encomendado por los mentados don J. M. M. y doña M. A. S., adoptantes, a don J. S. V., *nuncio* o mensajero de aquéllos, toda vez que al prevenir los primeros que la adopción habría de llevarse a cabo como si la adoptada fuere nacida de legítimo matrimonio de ellos, con reconocimiento a favor de la adoptada del derecho a instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción y los demás derechos establecidos por las leyes en favor de los hijos adoptivos, tanto quiere decir, de una parte, que los tantas veces aludidos adoptantes se obligaban a instituir heredera a la adoptada, pues que cuando se concede un determinado derecho a otra —en este caso el de ser instituida heredera—, indudablemente se asume la correlativa obligación de cumplir las exigencias inherentes a tal concesión—en este caso obligación de instituir la heredera—en ortodoxa aplicación del principio de derecho, reconocido por esta Sala en Sentencia de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, sancionador de la aplicación de la misma normativa jurídica para regir las situaciones obedientes a un solo designio inspirador, y, de otra parte, que esa institución, al no prevenirse limitación alguna con relación a ella por los adoptantes, habría de ser como si la adoptada fuere hija legítima suya, desde el momento en que manifestándose dichos adoptantes, con respecto a la referida adopción y al conferir facultades a don J. S. V., para que éste la formalizase a nombre de aquéllos, que habría de ser como si la adoptada fuera nacida de legítimo matrimonio, claro es que los derechos hereditarios, genéricamente reconocidos en favor de la adoptada, habrían de ser los correspondientes a la filiación legítima, en razón a que la efectividad de un derecho ha de venir cohonestado con los antecedentes de que emana y que le da vida, y, bajo otro aspecto de la cuestión, en atención a que precisamente el reconocimiento que contiene la escritura de poder examinada a la adoptada tanto del derecho a instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, como de los demás derechos establecidos por las leyes a favor de los hijos adoptivos, y la asignación de que se considerase a la adoptada como en orden a la adopción acordada cual si fuere nacida del legítimo matrimonio de los adoptantes en cuestión, confiere a ésta, no habiéndose puesto limitación alguna al *quantum* sucesorio, los que vienen atribuidos a los hijos legítimos, porque cuando se conviene un determinado carácter jurídico se producen las consecuencias que de él se originen en cuanto no se establezca limi-

tación que el derecho admita y que en el supuesto actualmente contemplado no se ha producido.

Considerando que en trance de pronunciarse sobre el séptimo de los motivos en que se apoya el recurso de casación formulado por el demandado don M. A. S., fundamentado en pretendida interpretación errónea del artículo ciento setenta y cuatro del Código Civil, tal como quedó redactado por la Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, en relación con el artículo ciento setenta y nueve del propio Código, también del texto reformado, y el ochocientos cuarenta y dos del mismo Código Civil, por entender dicho recurrente que de conformidad con dichos preceptos, en todo caso y de proceder atribución hereditaria a la adoptada doña E. M. A. en la herencia de la adoptante doña M. A. S., la participación que correspondería a dicha adoptada sería no los dos tercios de la misma, que la sentencia recurrida reconoce, sino una porción no superior a un tercio de su herencia, es preciso tener en cuenta ante todo que, dada la fecha en que se efectuó la adopción, la normativa aplicable tiene que ser la de los artículos del Código Civil en su versión primitiva, o sea, tal y como se aprecia antes de las reformas introducidas por las Leyes de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y cuatro de julio de mil novecientos setenta, carentes, por otra parte, de eficacia retroactiva, a virtud de la cual el artículo ciento setenta y siete establece que «el adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado» y «el adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero», precepto que rompe la línea clásica de nuestro sistema, pues, con apoyo exclusivo en el artículo ciento cuarenta y uno del Proyecto de mil ochocientos cincuenta y uno se aparta de lo que había constituido la tradición española en la materia que con base en los precedentes romanos (especialmente Justiniano en dos, once y trece de la Instituta y VIII, Título XLVIII, Contitución diez del Código) se consagra en las Partidas (Leyes ocho y nueve del Título XVI de la Partida cuarta), las Leyes de Toro (Ley sexta) y Novísima Recopilación (Leyes primera y séptima del Título XX del Libro X), así como el Derecho Especial del que es ejemplo Cataluña, que lo mantuvo inalterablemente, haciéndose eco actual de ello el artículo ciento veinticinco de la vigente Compilación de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, como igualmente se aparta de los precedentes legislativos extranjeros, sobre todo los Códigos francés (artículo trescientos cincuenta y seis) e italiano de mil novecientos sesenta y cinco (artículo quinientos sesenta y siete), a los que siguieron los más modernos de Alemania (párrafo mil setecientos cincuenta y siete), Suiza (artículo doscientos sesenta y ocho) e Italia de mil novecientos cuarenta y dos (artículo quinientos sesenta y siete), todos ellos coincidentes en la misma dirección que se restablece en España por la reforma de mil novecientos setenta en el sentido de equiparar a los hijos adoptivos con los legítimos a los fines sucesorios, que, con el grafismo que le caracteriza, se expresaba en el Código Alfonsino en el sentido que «el profijado heredara todos los bienes del que le profijó si muriere sin testamento e non oviese otros fijos, e si los oviese, partirá con ellos su parte como cualquier dellos».

Considerando que el tenor literal del referido artículo ciento setenta y siete del Código Civil, en su primitiva redacción, tal como aquí debe ser

aplicado, excluía sin duda la posibilidad sucesoria de la adoptada si no era por vía testamentaria, planteándose el problema sólo en el supuesto, que es el ahora dado, de que en la escritura de adopción el adoptante se hubiese obligado a instituir la heredera, lo cual, con independencia de que, según viene dicho, implica ciertamente la admisión de una recepción a la regla general prohibitiva de los pactos sucesorios, que, también con carácter general, se contiene en el artículo mil doscientos setenta y uno del citado Cuerpo legal sustantivo, suscitando dudas acerca de su efectividad cuando el adoptante moría sin haber cumplido la promesa, bien por no haber otorgado testamento existiendo o no descendientes legítimos, o ya habiéndose hecho, pero sólo en favor de éstos si es que existían, o de un extraño caso de no existir—supuesto actual—, o en concurrencia con aquellos en la parte que no afectase a su legítima, cuestiones éstas acerca de las cuales un amplio y autorizado sector de la doctrina científica se pronunció en el sentido de que el incumplimiento de la obligación—promesa de instituir heredero—, si no se hizo en testamento, implicaba el derecho del adoptado a convertirse en heredero universal al no existir hijos o descendientes legítimos o en concurrencia en la misma cuota que pudiese corresponderles, y si hubo testamento en favor de los legitimarios o de un tercero, con exclusión del adoptado, éste conservaba el mismo derecho que pudiese corresponder a los hijos legítimos, criterio que tuvo el respaldo jurisprudencial, en los casos en que éste Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, siendo punto de partida de diecinueve de abril de mil novecientos quince, donde se contempló un supuesto de hecho que trataba de la adopción de una niña cuyos padres adoptantes concedieron sus apellidos y prometieron instituir la heredera en la porción legitimaria que a favor de los hijos legítimos establecían las leyes, promesa que no fue cumplida por los adoptantes, que carecían de herederos legítimos, y murieron sin testar, habiéndose reconocido a dicha adoptada plenos derechos a la subsiguiente sucesión intestada, interpretación seguida, en cuanto a línea de principio, aunque referida a supuestos fácticos diferentes, por las sentencias de este mismo Tribunal de nuevo de abril de mil novecientos cuarenta y dos y treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y últimamente por las de once de octubre de mil novecientos setenta y cuatro y veintiocho de enero de mil novecientos setenta y cinco, en la que es de insistir y por tanto debe ser mantenida en lo que supone de exacta valoración de la finalidad de lo que la adopción representa y representó en el período de tiempo a que el precepto aplicable se contraía, y al que como se manifestó en la invocada sentencia de diecinueve de abril de mil novecientos quince hay que estar, si no se quiere desnaturalizar la esencia de aquella institución, y puesto que corresponde a la Jurisprudencia la misión de suplir las omisiones involuntarias que presenten un precepto legal y en que sus redactores hubieran podido o puedan incurrir.

Considerando que haciendo aplicación al presente caso de lo precedentemente expuesto, la obligación contraída por ambos adoptantes y concretamente por doña M. A. S. es más concluyente o indubitada que la resultante de la letra estricta del mencionado artículo ciento setenta y siete del Código Civil, puesto que éste excepciona el supuesto de obligarse el adoptante a instituir heredero al adoptado, que en definitiva no es sino una promesa de futuro, mientras que aquí lo efectuado, conforme viene anteriormente razonado, es una atribución o concesión actual de todos los

derechos que la Ley reconoce a los hijos legítimos, entre los que figura, en primer lugar, según se dice en el número tercero del artículo ciento catorce del Código Civil, «la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce» en relación por lo que concierne al supuesto en cuestión con el párrafo primero del artículo ochocientos ocho, ochocientos trece y párrafo segundo del ochocientos catorce, todos ellos del mencionado Cuerpo legal sustantivo, atribución que lleva implícito el derecho de heredar la adoptada demandante doña E. M. A. a su madre adoptante doña M. A. S., en los dos tercios de la herencia de ésta, como la sentencia recurrida reconoce, en concurrencia con el tercio afectante a la parte de libre disposición asignable al demandado don M. M. A., por consecuencia de la declaración de heredero, en favor de éste, efectuada por la precitada adoptante doña M. A. S. en su testamento, no revocado, otorgado el dieciocho de enero de mil novecientos cuarenta y seis, y que asimismo acoge la sentencia impugnada, porque, además de que, como certestamente en ésta se indica, no debe vincularse todo un patrimonio por una obligación de instituir heredero «in abstracto», a los hijos adoptivos, más allá de los derechos sucesorios y legitimarios de los descendientes legítimos, es lo cierto que, como igualmente establece la Sala sentenciadora «a quo»; el espíritu que informa nuestro ordenamiento jurídico es que no se impida la libertad de testar, haciendo en su virtud compatible las cuotas legitimarias de los herederos forzosos con esa libertad de testar, porque sería un contrasentido ampliar el pacto sucesorio verificado de acuerdo con el sistema de protección de los hijos adoptivos trascendiendo de los límites establecidos en la normativa impuesta a la adopción, no cabe desconocer que si bien el adoptado no se le reconoce la cualidad de heredero legítimo o forzoso en la herencia de sus padres adoptivos, si heredera por el compromiso o pacto sucesorio que se impusieron los adoptantes en la escritura de adopción, que, cual se previene en citada sentencia de veinticuatro de enero de mil novecientos setenta y cinco, es una verdadera estipulación o contrato hereditario de naturaleza irrevocable, que es inherente a institución de tal naturaleza y viene expresamente reconocido en el artículo ciento setenta y cinco de la redacción dada por Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y en el ciento setenta y siete de la actual normativa instaurada por Ley de cuatro de julio de mil novecientos setenta, de aplicación tanto para los supuestos de sucesión intestada, como testamentaria, sin referencia a la persona adoptada, esto es fuera de testamento, ya que lo contrario equivaldría a una verdadera desheredación injusta causa, que no puede admitirse y sea posible en consecuencia la concurrencia con los herederos legítimos o testamentarios, según los casos, en la proporción correspondiente, toda vez que el derecho del adoptado a la herencia del adoptante nace de dicho pacto o compromiso, y, por tanto, sin que lo pueda desvirtuar el silencio que representa el no otorgar testamento, hacerlo con omisión de la persona adoptada o, como en este caso ocurre, con existencia de testamento en vigor otorgado con anterioridad a la adopción también sin estar comprendido en su contenido el adoptado.

Considerando que la solución a que se llega en el precedente, subsanadora de la omisión producida en el artículo ciento setenta y siete de la primitiva redacción del Código Civil en orden al «quantum» hereditario asignable al adoptado en el caso de no haber cumplido el adoptante la

obligación que asumió de instituir heredero a aquél y concurrir con herederos no forzosos testamentarios, que como viene expresado cese el supuesto actualmente contemplado, viene avalada tanto por la redacción dada al artículo ciento setenta y cuatro del mismo Código a causa de la normativa que se instituyó por Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, como por la del artículo ciento setenta y seis de la regulación ahora en vigor emanante de la Ley de cuatro de julio de mil novecientos setenta, en cuanto al establecer el primero que «el pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas», y disponer el segundo que «en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo», unido a que el artículo ciento setenta y nueve del repetido Código, en virtud de la invocada Ley de cuatro de abril de mil novecientos setenta, disponga que «el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos, y tratándose de sucesión testamentaria, no podrá recibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido», lo mismo quiere decir que cuando en adopción concedida estando en vigor la primitiva redacción del artículo ciento setenta y siete del Código Civil se haya reconocido por los adoptantes que se lleve a cabo como si la persona adoptada «fuera nacida de legítimo matrimonio», confiriéndole «el derecho de instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, y los demás derechos establecidos por las Leyes en favor de los hijos adoptivos», como ha ocurrido en el presente caso, sin establecerse limitación alguna en orden al «quantum» sucesorio hereditario, éste haya de alcanzar al señalado por el legislador a los hijos legítimos, que a tenor del artículo ochocientos ocho del Código Civil, son «las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre», pues que con dicha referencia de los adoptantes a que la adopción se lleve a cabo como si la persona adoptada «fuera nacida de legítimo matrimonio», con «el derecho de instituir la heredera en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, y los demás derechos establecidos por las Leyes en favor de los hijos adoptivos», sin hacerse limitación alguna en el aspecto cuantitativo, lo que se hace, en esencia y en definitiva, por los referidos adoptantes es aceptar para el adoptado la mencionada participación hereditaria legalmente prevenida para los hijos legítimos, lo que por otra parte, en el ámbito interpretativo al respecto siempre estaría abonada por el principio, acogido en sentencia de veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta, de que en materia de interpretación de las normas legales si bien ha de partirse de la literalidad de su texto, ha de tenerse en cuenta el valor de su resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico, y mayormente cuando éste viene determinado por darse la misma razón legal, que hace aplicable el principio «ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet» proclamado por las sentencias de primero de diciembre de mil novecientos tres, trece de diciembre de mil novecientos trece, trece de marzo de mil novecientos dieciséis, seis de abril de mil novecientos cuarenta, dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y dos; y sin que a ello obste la circunstancia de que en el artículo ciento setenta y nueve del Código Civil, conforme a la redac-

ción dada por la tan citada Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, se estableciese, contemplando la adopción plena, que por ministerio de la ley el adoptado tendría en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, que legalmente viene fijado en el tercio de la herencia, porque aun sin tener en cuenta que esa normativa sería de aplicación únicamente a la adopción llevada a cabo bajo su vigencia, que no es el caso ahora examinado, y no a los realizados estando en vigor la primitiva regulación legal al respecto, que es la situación que en este caso se da, como tampoco a las formalizadas con base en la regulación que existe en la actualidad por consecuencia de la Ley de cuatro de julio de mil novecientos setenta, en todo caso sólo tendría aplicación esa prevención legal referente a derechos del hijo natural reconocido cuando no existiese remisión por los adoptantes a derechos de filiación de mayor amplitud en cuanto a derechos relacionados con el «quantum» sucesorio hereditario, que no rebasen los dos tercios de la herencia correspondiente que autoriza el párrafo cuarto del ya mencionado artículo ciento setenta y cuatro del Código Civil, en su dicha redacción dada por Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, y no por tanto en caso, que es el ahora examinado, de reconocimiento a una adopción realizada por los adoptantes como si la persona adoptada fuere nacida del legítimo matrimonio de aquéllos, y con reconocimiento de institución hereditaria en la porción que se considere necesaria para dicha adopción, que como viene razonado es la de los hijos legítimos, por ser concebida la adopción de que se trata con tal carácter, y que tienen módulo cuantitativo reconocido de los dos tercios de la herencia, y que por tanto no rebasa el admitido para el pacto sucesorio de los dos tercios en el precitado párrafo cuarto del artículo ciento setenta y cuatro del Código Civil en la expresada regulación que vino dada por la tan repetida Ley de veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cuatro.

Considerando que tratando del también recurso de casación ejercitado contra la sentencia en cuestión por la demandante doña E. M. A. amparado en dos motivos, es de desestimar el primero, adaptado al número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendida violación, por inaplicación de los artículos seiscientos cincuenta y nueve, seiscientos sesenta y seiscientos sesenta y uno, en relación con los seiscientos seenta y ocho y ochocientos catorce, del Código Civil, por entender dicha recurrente que reconocido el carácter de heredera a la hija adoptiva la precitada doña E. M. A., debe serlo de todos los bienes, derechos y obligaciones pertenecientes a su madre adoptiva doña M. A. S., por los propios razonamientos que han llevado a rechazar el recurso de igual clase formulado por el demandado don M. A. S., y especialmente en virtud de lo dispuesto en los precedentes considerandos sexto y séptimo, que se dan por reproducidos en el presente al respecto; y más en cuanto que afectando dichos artículos seiscientos cincuenta y nueve, seiscientos sesenta y seiscientos sesenta y uno, respectivamente, únicamente al contenido de la herencia, el concepto de heredero y de legatario, y la sucesión universal de aquél, y los artículos seiscientos sesenta y ocho y ochocientos catorce del mismo Cuerpo legal sustantivo a las facultades dispositivas del testador y a las consecuencias de la preterición de los herederos forzosos, ninguna violación de ellos contiene la sentencia recurrida, sino que, por el contrario, guarda la misma adecuada a

ellos, toda vez que, de una parte, no desconoce que la herencia en cuestión comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de la causante doña M. A. S., ni el carácter de herederos de los que deban suceder a éste, sino que los determina y precisa, y la sucesión que se produce en favor de ellos por el hecho de la muerte de dicha causante en todos los derechos y obligaciones de ésta, y, de otra parte, no contraviene la facultad de la mencionada doña M. A. S. para poder disponer de sus bienes a título de herencia, en cuanto que la reconoce al respetar el testamento, no revocado, que otorgó el dieciocho de enero de mil novecientos cuarenta y seis, cohonestándolo y armonizándolo, en orden al alcance y efectos de la institución de heredero que en él se hace a favor del demandado don M. A. S., con los derechos hereditarios «per adoptionem» correspondientes reconocidos a la demandante adoptada por aquella causante a causa de compromiso o pacto sucesorio, debido a que si el aspecto el no reconoce los derechos hereditarios atribuibles al adoptado de hecho sería equiparable a una situación de desheredación, sin embargo, nunca sería significativo de preterición, ni consiguientemente revelador de consecuencia de anulación de la institución de heredero que previene el aludido artículo ochocientos catorce del Código Civil, desde el momento que, de conformidad con la normativa del artículo ochocientos siete del mismo Cuerpo legal sustantivo, el adoptado al no tener el carácter de heredero forzoso no genera preterición, al estar supeditada ésta a aquel carácter, con lo que esa omisión de institución hereditaria del adoptado por el adoptante, a que éste se había obligado, no puede tener más alcance, cual viene manifestado en los referidos precedentes considerando sexto y séptimo, que el reconocer, como certeramente hace la sentencia objeto de recurso, que la sucesión hereditaria de doña E. M. A., en concepto de adoptada, en relación con la herencia de doña M. A. S., en el concepto de adoptante, sea con el alcance cuantitativo de dos tercios en concurrencia con el heredero testamentario demandado don M. A. S., según se establece en la sentencia de esta Sala, ya aludida, de veintiocho de enero de mil novecientos setenta y cinco.

Considerando que igualmente procede no estimar el segundo motivo planteado en apoyo del recurso ejercitado por la citada demandante doña E. M. A., amparado asimismo en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar que en la sentencia de que se trata se comete violación, por inaplicación del artículo trescientos cincuenta y tres, en relación con el trescientos cuarenta y ocho, ambos del Código Civil, con base en que reconocido el carácter de heredera a la hija adoptiva doña E. M. A., la propiedad de los bienes le fue deferida en el momento del fallecimiento de su madre adoptiva doña M. A. S. y desde esta fecha como propietaria de todos los bienes de la herencia le corresponde percibir todos los frutos, rentas y accesiones que aquellos bienes hayan producido, porque, de una parte, al reconocerse en la mencionada resolución impugnada que a dicha demandante recurrente corresponde no la totalidad de la herencia de doña E. M. A., sino solamente dos tercios de ella, en manera alguna procede reconocerle el derecho que pretende a percibir todos los frutos, rentas y accesiones que hayan producido todos los bienes de la herencia de que se trata; y, de otra parte, al afinarse en la expresada sentencia recurrida una situación de buena fe en la posesión que ha venido realizando el demandado don M. A. S. en cuanto a los bienes integrados en la meritada herencia, que ha quedado

firme al no haberse formulado impugnación a tal aserto, ni concretamente por el cauce adecuado que previene el número séptimo del tantas veces mencionado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites Civil, claro es que el abono de frutos, rentas e intereses solicitado, limitado a los bienes inmuebles que compongan esos dos tercios del caudal hereditario, que la sentencia en cuestión reconoce a la adoptada demandante, haya de contarse a partir de la interpelación judicial, puesto que si, a tenor del contexto del artículo cuatrocientos cincuenta y uno del Código Civil, el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, y por tanto, según tiene reiteradamente esta Sala en sentencias, entre otras, de diez de diciembre de mil novecientos dieciocho, dieciocho de marzo de mil novecientos veinticuatro, trece de marzo de mil novecientos cuarenta y ocho y primero de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, sólo pueden exigirse frutos y rentas a partir del momento de la interpelación judicial; y las accesiones únicamente sean de reintegro previo cumplimiento de las exigencias prevenidas en el artículo trescientos sesenta y uno del tan repetido Código Civil, no cumplimentadas hasta ahora en el presente caso, porque, como proclaman las sentencias antes invocadas, el éxito de una acción reivindicatoria no lleva consigo por sí solo el abono al reivindicante de los frutos percibidos por el poseedor de la finca litigiosa desde el instante de su ocupación, sino que para producirse tal efecto es preciso que, además del requisito objetivo del vencimiento en el juicio, concurra el subjetivo de la mala fe en la posesión por parte del demandado ya que en otro caso éste se halla protegido por el invocado artículo cuatrocientos cincuenta y uno del Código Civil.

COLACION.—MODIFICACION DE PARTICION.—CAUSA MIXTA.—Artículos 1.035 y 1.079 del Código Civil (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1978).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que había estimado en parte el recurso de apelación contra la del Juzgado de Primera Instancia número doce de Madrid, conforme a los siguientes razonamientos:

Considerando que las numerosas cuestiones integrantes del ámbito de la controversia en la instancia quedan reducidas, dada la motivación del recurso, a una sola, cual es, si es procedente la colación de bienes solicitada por la actora y hoy recurrida, acogida por la Sala de instancia, o no lo es, según criterio de la demandada y recurrente.

Considerando que son hechos que, por su relevancia y significación, y por la estrecha relación que tienen con la cuestión mencionada, constituyen la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, contenida en el considerando segundo, las siguientes: Primero. El padre de la actora y demandada falleció el dos de abril de mil novecientos sesenta y tres, bajo testamento abierto otorgado el once de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis por el cual dispuso que «todos los muebles, ropas y objeto de adorno, cuadros y, en general, cuando existiese en el piso que habitaba, fueran de la propiedad de la hoy recurrente y que en el rema-

nente de todos los bienes, derechos y acciones de su herencia que radicasen en España, instituía herederas, por partes iguales, en plena propiedad a sus dos hijas (la ya citadas). Segundo. Que entre los bienes de la herencia figuraban ciento cinco acciones de «Ferge, S. A.» que representaban un valor nominal de un millón cincuenta mil pesetas, equivalente al cincuenta por ciento del patrimonio social; el cincuenta por ciento restante correspondía al otro socio: porcentaje de acciones, el expresado, que fue vendido a la recurrente, por su padre, por póliza expedida el catorce de febrero de mil novecientos sesenta y tres, transmisión que, por las circunstancias que la rodearon, y que acreditan que su valor nominal sin razón aparente se vendió por el veinte por ciento de su importe, revela la realidad de una *liberalidad*, en favor de su hija beneficiada, que el produjo un enriquecimiento, en perjuicio de la otra heredera. Tercero. Otros bienes de Forge, S. A. fueron aportado a Forbar, S. A. —constituida el trece de diciembre de mil novecientos sesenta y tres—de los cuales la recurrente, vendió, como Presidente de Forbar el solar situado en la carretera de Andalucía, hoy calle Antonio López, número sesenta y siete, en sesenta millones de pesetas, el veintidós de octubre de mil novecientos sesenta y ocho; en reunión celebrada en esta capital, por los litigantes, para tratar de la parte que correspondía a la hoy recurrida, en la venta de dicho inmueble, la recurrente ofreció la cantidad de diez millones de pesetas, como compensatoria, que fue aceptada, negándose, posteriormente, a entregarla, sin que se demostrase las razones que la impulsaran a dejar sin efecto el ofrecimiento, que, en forma alguna cabe atribuir al simple deseo de ayudar a su hermana».

Considerando que, evidentemente, la finalidad de la colación de bienes tiende a defender la intangibilidad de la legítima y, por ello, a la igualdad entre los herederos forzosos, en el supuesto de alteración de esa igualdad, por las causas establecidas en el artículo mil treinta y cinco del Código Civil ya que, en principio y en este caso la voluntad del causante es que haya igualdad entre los legitimarios. Es indudable existe una notoria diferencia entre el valor nominal de las mil cincuenta acciones vendidas a la recurrente y el precio fijado en la póliza, reveladora de que el transmitente se desprendió de esa diferencia *sin contraprestación*, esto es, se efectuó un desplazamiento patrimonial con causa mixta, y, por tanto, originadora de desigualdad que integra la relación causal de la obligación de colacionar impuesta a la recurrente por la Sala sentenciadora, a la cual no se opone se verifiquen en momento posterior a la petición de bienes practicada, a raíz de la muerte del causante, porque como tiene declarado esta Sala, en las sentencias de veintinueve de marzo y diez de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, entre otras, dada la índole contractual de la partición cuando, como sucede en el caso de autos, se llevó a cabo por las dos hermanas, como únicas herederas, con expresión de la conformidad de ambas, puede, no obstante ello, ser objeto de impugnación o de adición o suplemento, cuando se advierta que algunos bienes del causante hayan sido omitidos voluntaria o de modo intencional al hacer la partición, supuesto establecido en el artículo mil setenta y nueve del Código Civil, todo lo cual, hace inviables los motivos primero, segundo y tercero amparados en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, por aplicación indebida, interpretación errónea y violación del artículo mil treinta y cinco del Código Civil respectivamente.

F. C. L.