

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

SERVIDUMBRE DE PASO: EXTENSION. INTERPRETACION DE SU ALCANCE (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—Se discute si una servidumbre de paso constituida a favor de una finca segregada para camino de acceso a una calle, a través de una faja de terreno de dos metros de ancho que discurre por lindero Oeste de la finca matriz en la parte colindante con la finca segregada, comprende o no la total longitud de dicho lindero o sólo la parte necesaria para permitir la salida a esa vía pública.

Don Esteban Pérez Escudero, propietario de la finca segregada, interpone demanda contra los titulares de la finca matriz para que se declare el derecho del actor a la servidumbre de paso en toda su longitud, condenando a los demandados a reponer la servidumbre al estado anterior a la iniciación de unas obras de desmonte y construcción realizadas en la matriz invadiendo la faja de terreno, y alternativamente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La parte demandada se opone alegando que la servidumbre se constituyó para dar acceso a la calle a la finca segregada, lo que se había respetado a pesar de las construcciones llevadas a cabo.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Bilbao dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el actor, por lo siguiente:

«Considerando que los dos primeros motivos del recurso, respectivamente, amparados en los ordinales primero y séptimo del artículo 1.692 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, por faltar a la claridad y precisión con la que deben ser formulados incurren en la causa de inadmisión, cuarta, del artículo 1.729 de la propia Ley, toda vez que el primero de ellos se denuncia la violación de los artículos 1.281, 1.282, 1.285 y 1.288 del Código civil, que, aunque todos ellos referentes a la interpretación de los contratos, consagran normas específicas para supuestos determinados, con los que se reglamenta dicha materia, por lo que es improcedente su agrupada invocación; y en cuanto al segundo, al denunciar conjuntamente el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.»

«Considerando que el tercer motivo, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la L. E. E., denuncia la violación de los artículos 530, 542 y 545 del Código civil, y la de los 9, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, mas para ello el recurrente, sin tener en cuenta la declaración, no combatida, hecha por la recurrida sentencia de que la servidumbre que se reconoce en su favor lo es la de dar salida a su finca a la vía pública, en lo que ha sido respetada por los demandados, hace supuesto de la cuestión, por lo que el motivo, igualmente a sus anteriores, también ha de ser desestimado.»

PROPIEDAD HORIZONTAL. UNANIMIDAD EN LA APROBACION DE LOS ESTATUTOS. COMPUTO DE PLAZO DE IMPUGNACION DE ACUERDO DE LA JUNTA: NECESIDAD DE NOTIFICACION DEL ACUERDO ADOPTADO, PARA QUE PUEDA CORRER TAL PLAZO, AL CONDUENO QUE ASISTIO A LA JUNTA, PERO SE AUSENTO ANTES DE TERMINAR. CLAUSULA ESTATUTARIA QUE LIMITA EL NUMERO DE HUESPEDES EN LOS PISOS (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1976).

Hechos.—Doña Rosario Salazar B. presentó demanda contra don José García G., Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio San Juan de Dios suplicando se dictara sentencia dejando sin efecto los acuerdos de la Junta que limitaron el derecho de propiedad de la actora en el sentido de no permitirle la estancia de más de tres señoritas estudiantes en el piso en régimen de hospedaje, acuerdos en los que no hubo unanimidad, pues la actora asistió, pero se ausentó antes de terminar, sin firmar el acta y sin que le fuera notificada fehacientemente, debiéndose declarar la nulidad de tales acuerdos.

La parte demanda contesta a la demanda alegando que los acuerdos de la Junta son válidos, pues las limitaciones a los propietarios de los pisos tenían como causa las molestias e incomodidades que se han venido causando a la Comunidad y que la actora se ausentó de la Junta a la hora de firmar el acta y los estatutos sin asentar ni oponerse a nada. Además, formula reconvencción para que se declare que la actora no puede ejercer en los pisos ninguna industria sin cumplir los requisitos que las leyes establezcan y en forma que no perjudique los derechos de los restantes comuneros.

El Juez de Primera Instancia número tres de Granada dictó sentencia desestimando la demanda y estimando la reconvencción, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara haber lugar al recurso interpuesto por la actora, por lo siguiente:

«Considerando que en primer término la sentencia recurrida, que acepta íntegramente los fundamentos de la de primera instancia, apoya la desestimación de la demanda en que en la fecha de la celebración del acto de conciliación, que precedió a la interposición de aquélla, había transcurrido ya el plazo para poderse ejercitar por la actora la impugnación de los acuerdos de las Juntas..., ya que el mismo debió empezar a computarse a partir del día siguiente a la celebración de las mismas, para las que había sido citada y asistido la demandante.»

«Considerando que contra la expresada tesis de la sentencia recurrida se alza el motivo primero del recurso formalizado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la interpretación errónea del párrafo segundo del número primero del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 y la violación del artículo 1.253 del Código civil al establecer una presunción en la que falta un enlace preciso y directo cual exige este último precepto.»

«Considerando que el primero de los preceptos invocados en el motivo cuya interpretación errónea se acusa, si se examina en su conjunto y espíritu, se llega a la conclusión de que lo que exige y trata de garantizar es que aquellos acuerdos en que se requiera para su aprobación la unanimidad de todos los condueños, por afectar al título constitutivo o a los estatutos, no puede llegarse a estimar la existencia de aquélla, por la inactividad de oposición de alguno de ellos que el propio precepto autoriza transcurrido el plazo de un mes, sin que resulte acreditada la notificación fehaciente del acuerdo o acuerdos en cuestión, es decir, sin género alguno de dudas y en forma que pueda hacer fe en juicio, el hecho de que aquél tuvo conocimiento exacto de la aprobación del acuerdo y sus términos, y si bien la exigencia de la notificación, según la literalidad de la redacción del indicado precepto, hace referencia a los condueños que no hayan asistido a la Junta, es evidente que cuando se haya ausentado antes de su terminación ha de constar acreditado que aquel conocimiento lo tuvo con anterioridad al momento de su ausencia, por haberse llegado a la aprobación del acuerdo no sólo en principio, sino en los términos de su enunciado o articulado, si se trata de los estatutos, pues sobre este conocimiento completo o perfecto opera la exclusión de la exigencia de la notificación posterior fehaciente, que no puede ser suplida por una presunción que, como en la que se apoya el tribunal de instancia, es atacada a través del mismo motivo del recurso, acusándose la violación del artículo 1.253 del Código civil y en que las conclusiones fácticas de que se deduce no afirma dicho exacto conocimiento ni que la aprobación de los acuerdos en los términos y con el alcance que queda anteriormente expresado se hubiera logrado con anterioridad a que la actora se ausentara de las Juntas, no bastando para acreditarlo la presunción de no ser verosímil, sin prueba de la necesidad que la impulsó a ello, se ausentara la actora de las reuniones o Juntas sin conocer el acuerdo recaído, y si bien es cierto que en principio corresponde al tribunal de instancia la estimación de la prueba de presunciones, puede prosperar su impugnación en casación al amparo del cauce de este primer motivo por violación del artículo 1.253 del Código civil, cuando la deducción con arreglo a las normas del criterio humano no resulte lo suficientemente fuerte, verosímil o lógica, a la vista de los imprecisos hechos que la determinan y que relata la sentencia recurrida, mucho más cuando se trata de supuestos de la trascendencia del presente, que la ley exige en su espíritu, acreditado de modo claro y terminante.»

«Considerando que, sentado lo que precede, visto que la demandada no consta tuviera conocimiento exacto y completo de lo acordado hasta el requerimiento notarial realizado a su instancia y consiguiente diligencia de exhibición de libros de actas en 28 de agosto de 1973, celebrado el acto de conciliación en 8 de septiembre siguiente y presentada la demanda en 6 de noviembre del mismo año, fechas no contradichas por la sentencia

de instancia, aquél produjo el efecto de interrumpir la prescripción, según determina el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si va seguido de la presentación de la demanda en el plazo de dos meses siguientes, supuesto que se da en el caso de autos, y así lo declara la sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 1966, en un caso de impugnación de acuerdos de una comunidad de propietarios análogo al presente, lo que determina la estimación del motivo primero del recurso.»

«Considerando que bajo los motivos segundo y tercero, ya referentes al fondo del asunto, ambos formalizados al amparo del número primero del artículo 1.692 de la L. E. C., en el primero de ellos se denuncia la interpretación errónea del número primero del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y en el segundo, la violación por inaplicación del artículo 3.º de la misma Ley de Propiedad Horizontal y artículo 348 del Código civil, y asimismo interpretación errónea del artículo 7.º de la repetida Ley de Propiedad Horizontal, tanto en lo que se refiere a la aprobación de los estatutos en cuanto impone a los condueños el destino exclusivo del piso a vivienda como en la pretendida limitación del número de huéspedes, pues es indudable que para tales acuerdos no basta la mayoría, sino que por el precepto del número primero del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal se exige la unanimidad, que no ha existido en el caso de autos, como lo demuestra la oposición de la demandada, siendo de tener en cuenta que la modalidad de la propiedad horizontal, como se desprende del artículo 3.º de la mencionada ley que la regula, confiere al dueño del piso el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el mismo, a diferencia de lo que sucede con los restantes elementos integrantes de servicios comunes, los que se atribuyen en copropiedad con los distintos condueños, siendo de aplicación al caso de autos la doctrina que con toda claridad estableció la sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1970, caso de gran analogía con el presente, relativo a la declaración de nulidad e invalidez de un acuerdo de comunidad de propietarios, mediante el que se prohibía en los locales comerciales la instalación de salas de fiestas, clubs de bailes, músicas y similares, siendo acogida la impugnación, habida cuenta que no conteniendo el título constitutivo de la propiedad horizontal de la casa donde los locales comerciales se hallaban enclavados regla alguna estatutaria sobre el destino que pudiera darse a los locales comerciales, supuesto que se da y reconoce la sentencia recurrida, concurre en el caso de autos, el acuerdo combatido implicaba una modificación de aquel título y el establecimiento de una regla de tal clase, para cuya validez se requiere la unanimidad, conforme a la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el artículo 5.º, párrafos tercero y cuarto, de la misma ley, con lo que de ningún modo se quiere decir que los ocupantes de esos locales gocen de la más omnímoda libertad para dedicarlos a las actividades indicadas u otras que resulten dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres, sino que únicamente en estos supuestos queda restringida esa libertad en virtud del contenido del artículo 7.º, párrafo tercero, de la propia ley, que si resultare efectivamente infringido, podrá dar lugar a la aplicación de lo estatuido en el artículo 19 de la misma, doctrina que genéricamente debe darse por reproducida y de aplicación al caso de autos, determinando igualmente la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso.»

«Considerando que estimados los tres motivos del recurso, procede declarar haber lugar a la casación en su totalidad, puesto que las peticiones que a modo de reconvención formuló la demandada envuelven una limitación de los derechos diminales que pertenecen al piso, no sujetos en el orden civil a más limitación que a los supuestos que se expresan en el párrafo último del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, cuya infracción, como se ha sostenido anteriormente, tiene su acusación y de-

fensa, en su caso, a través del cauce determinado en el artículo 19 de la propia ley.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda y desestima la reconvencción.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LITISCONSORCIO PASIVO: NO HACE FALTA DEMANDAR A LA ESPOSA DEL PRÓDIGO EN EL JUICIO EN QUE SE PIDE LA NULIDAD DE VENTAS HECHAS POR ESTE (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—No existe litisconsorcio pasivo necesario entre la viuda del declarado pródigo y el comprador de los bienes en el pleito en que se postula la nulidad de tales ventas, puesto que la sentencia en ningún supuesto podría perjudicar a la esposa del pródigo, como en su caso a sus posibles herederos, cuando el objeto de la acción que se ejercita es retraer del patrimonio de un tercero unas fincas que salieron del que pertenecía al declarado pródigo, reintegrándolas en el mismo, sin que por ello resultasen afectados los derechos que sobre tales bienes, y en cuanto se incorporasen al patrimonio del que salieron pudieran corresponder a su hoy viuda y posibles herederos, pues siempre habrían de quedar a salvo para ejercitarlos contra quien correspondiera, por lo que no puede decirse que esté mal constituida la presente relación jurídico-procesal.

Tanto vale pedir la nulidad de las inscripciones registrales previamente o a la vez de la acción contradictoria del dominio inscrito como la nulidad de los títulos a cuya virtud se dio lugar a dichas inscripciones y la correspondiente nulidad de éstas, cual ocurrió en una y otra litis, si bien en la primera no se diera lugar a la pretendida cancelación de los asientos registrales por el formal requisito de no haberse interesado la nulidad de los títulos que motivaron los asientos, mas sin que ello desvirtúe la naturaleza de la acción ejercitada en uno y otro proceso en orden a su efecto interruptor de la prescripción.

LOS PRECEPTOS DE INDOLE ESPECIFICA, MAS QUE SER ANTAGONICOS A LOS DE CARACTER GENERAL, LOS COMPLEMENTAN (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1977).

Hechos. Una constructora instaló muy deficientemente las tuberías de un edificio, lo que motivó averías en diversas plantas del mismo. La Comunidad de Propietarios demandó a la compañía constructora solicitando sean reemplazadas todas las tuberías del inmueble. El Juzgado acoge la demanda, pero la Audiencia revoca en parte la sentencia de primera instancia y resuelve que sean reemplazadas únicamente las tuberías correspondientes a las plantas en que se han producido averías. El Tribunal Supremo casa tal sentencia y confirma la de primera instancia.

Doctrina de la sentencia.—La aplicación del artículo 1.591 del Código sustantivo no excluye la del artículo 1.258, que obliga a los contratantes al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que de ello se deriven y que, según su naturaleza, sean

conformes a la buena fe, al uso y a la ley pues si bien es cierto que frente a preceptos de índole general deben prevalecer aquellos más específicos y concretos que hagan referencia a situaciones previstas en los mismos, ello no supone sean antagónicos e incompatibles unos y otros, sino que, por el contrario, se complementan y coadyuvan a los efectos de una mejor y más acertada resolución de la cuestión litigiosa.

Si la totalidad de las tuberías ha sido instalada de una manera tan defectuosa que ha motivado la producción de averías, acertadamente calificadas como determinantes de un estado de «ruina incipiente», susceptible de llegar a producir en el transcurso del tiempo la ruina total y efectiva del inmueble, resulta obligada la renovación de aquélla mediante una nueva instalación de todas las tuberías del mismo, sin que a esta declaración se oponga la circunstancia de no haber surgido, hasta el momento en que se inició el pleito, averías más que en las plantas segunda y sexta de la casa, ya que si éstas obedecen a esa defectuosa instalación y ésta afecta a su totalidad, según declara la sentencia impugnada, no ha de esperarse a que se produzcan nuevas averías, sino que han de evitarse éstas de la única manera posible, que no es otra que la de declarar la obligación que, conforme al inaplicable artículo 1.258 del Código civil, tienen quienes han de responder, a tenor del 1.591, de cumplir lo pactado, conforme a las estipulaciones contractuales y a la buena fe y usos observados en instalaciones de esa naturaleza, tan defectuosamente realizada en el caso objeto del pleito. El cumplimiento ha de comprender el deshacer la totalidad de la instalación de las tuberías de conducción de agua, para volverla a realizar conforme a los usos observados en la normal y adecuada realización de esta clase de obras, sin que pueda quedar supeditado este cumplimiento forzoso a que la defectuosa realización de la obra haya ocasionado desperfectos en todas las plantas del edificio en cuestión, pues tal exigencia no viene impuesta por el artículo 1.098, que sólo contempla para su aplicación el incumplimiento de lo pactado de la obligación de hacer que proceda, lo que en el caso presente viene corroborado, además, por la circunstancia de que esa defectuosa instalación de tuberías ha producido un estado de ruina incipiente del edificio y, por tanto, ha de corregirse mediante la adecuada instalación de las mismas el defecto apuntado, a fin de que la ruina efectiva total no llegue a producirse.

El Presidente de la Comunidad de Propietarios del inmueble está investido de plena capacidad procesal para actuar en defensa de los intereses de dicha Comunidad, como representante legal que es de la misma, en juicio y fuera de él, según dispone el artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960, pues no cabe olvidar que la acción versa sobre reparaciones y sustitución de tuberías que afectan no sólo a cada piso en particular, sino a la totalidad del edificio y, por consiguiente, a los elementos comunes del mismo.

COMPRAVENTA A PRECIO ALZADO: NO PIERDE SU NATURALEZA JURIDICA AUNQUE EL ERROR EN LA CABIDA ESTIMADA SOBREPASE EL MARGEN DE ERROR TOLERADO (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—No obsta para que se trate de compraventa a precio alzado la circunstancia de que en antecedentes del contrato litigioso se diga que la extensión de lo enajenado alcanza unos 550 metros cuadrados, y que sobre ello se admite en más o en menos un error de un 5 por 100 en relación con la superficie real, porque ni ella por sí sola produce la oscuridad a que se alude en el artículo 1.288 del Código civil, ni la diferencia de medida entre aquellos 550 metros y los 515 que se dan por

acreditados en el primer considerando de la sentencia del Juzgado, aceptado por la Audiencia, es tan exagerada y clara como para alterar la naturaleza jurídica del contrato, toda vez que aquel 5 por 100 a que se ha hecho referencia, no enlaza con 550 metros cuadrados perfectamente definidos, sino con unos 550 metros cuadrados, es decir, con una cantidad aproximada a aquella cifra.

Al comprenderse en la compraventa celebrada una *nave interior*, sin especificar si debía o no estar cubierta por su parte superior, y al calificarse la misma reiteradamente en el recurso como *patio*, es indudable que en el ánimo de los contratantes no estuvo nunca el deseo de incluir en el precio convenido la cobertura de aquél, porque según el Diccionario oficial de la Lengua, la palabra NAVE, en su cuarta acepción, significa: «Cuerpo o crujía seguida de edificio, como almacén, fábrica..., etc.»; el vocablo crujía se define como «espacio comprendido entre dos muros de carga», y el término patio lo constituye el «espacio cerrado con paredes o galerías que en las casas y en otros edificios se deja al descubierto», siendo así que a efectos arrendaticios el cerramiento de éstos se ha estimado por la jurisprudencia de esta Sala como obra que altera la configuración del inmueble y provoca la resolución del contrato, según, entre otras muchas, se indica en la Sentencia de 5 de noviembre de 1958, por lo que al haberlo entendido así el Tribunal *a quo* aplicó correctamente el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código civil.

LITISCONSORCIO PASIVO: NO EXISTE ENTRE EL ARQUITECTO Y EL CONSTRUCTOR CUANDO LA DEMANDA SE FUNDA ÚNICAMENTE EN VICIOS DE LA CONSTRUCCION (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1977).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia la violación del artículo 1.591, párrafo 1.º, del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta, en relación con la doctrina legal que cita referente al litisconsorcio pasivo necesario, en cuyas infracciones se sostiene incide la sentencia recurrida porque al entender de la recurrente, como el constructor construye bajo la dirección técnica del arquitecto, si la construcción es deficiente, el arquitecto, al menos en principio, es también responsable y debe por ello ser asimismo demandado; pero su tesis es inaceptable porque cuando, cual aquí acontece, la demanda se funda en vicios de la construcción, fundamento que acoge la sentencia recurrida, es manifiesto que tal demanda sólo cabe dirigirla contra el contratista de la obra, por ser el único responsable en virtud de lo dispuesto en el propio precepto legal que se da por infringido, y, por ende, solamente él tiene interés en impugnar las pretensiones de la demanda y puede ser el afectado por la sentencia que en el pleito se dicte.

LOS CONTRATANTES DE BUENA FE NO PUEDEN SER PERJUDICADOS POR UN PACTO DE FIDUCIA QUE NO LES AFECTA (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1977).

Hechos.—Don Benito estaba construyendo en Laredo un edificio de 101 apartamentos. Para solicitar un crédito al Banco Hipotecario lo vendió a la entidad «SOLMAR», de nacionalidad francesa, que era su comisionista de ventas, quien procedió a la venta de los apartamentos a diversos adquirentes individuales. Don Benito demanda la nulidad de la compraventa que hizo a favor de «Solmar», por simulación, así como las ventas que aquella entidad hizo a los compradores particulares. El Supremo acoge el recurso de los demandados y declara no haber lugar a la demanda.

Doctrina de la sentencia.—De los hechos que se describen resulta, por presunción *ad hominem*, que la compraventa de los 101 apartamentos del edificio Orfeo de Laredo, contenidas en las escrituras públicas impugnadas, no fue la verdadera, única y exclusiva finalidad de las partes contratantes, ni con ellas se agotaron las relaciones jurídicas y económicas que las vinculaban, sino que tales compraventas fueron mero instrumento, estimado idóneo por los interesados para una determinada y específica finalidad, la de obtener del Banco Hipotecario un préstamo de dinero acogido al denominado «Crédito Turístico», regulado por la Orden ministerial de fecha 14 de abril de 1964, que, entre otros requisitos, exigía el de la titularidad de los apartamentos en el Registro de la Propiedad a nombre de una persona física o jurídica extranjera, cualidad que tenía «Solmar»; la venta de los apartamentos a extranjeros, como venía haciendo «Solmar», y el pago en divisas convertibles pasadas a pesetas, ya que la finalidad perseguida por la Orden ministerial de referencia al establecer el crédito turístico en las ventajosas condiciones de bajo interés y plazo de amortización que establecía, era fomentar la entrada de divisas en España, por lo que las compraventas comprendidas en los documentos aludidos generaban entre sí tan sustancial correlación, y eran expresión de negocios jurídicos tan íntimamente vinculados e interdependientes, que es forzoso considerarles integrantes de una sola y única compraventa concertada como un verdadero y propio *negocio jurídico fiduciario* y, por tanto, como una compraventa verdadera, cierta y real, perfectamente querida, y también perfecta en la estructura y efectos, aunque, como se desprende de su naturaleza fiduciaria, con una doble operatividad: en el ámbito externo, es decir, hacia afuera y respecto a terceros, produjo a favor del fiduciante «Solmar», que obtuvo la titularidad registral de los apartamentos, el poder correspondiente a esta posición jurídica, por lo que pudo y puede disponer válidamente de los apartamentos sin ninguna restricción ni limitaciones, pero en el interno, de las relaciones con su fiduciario, don Benito A. S., «Solmar» está obligada, aunque con efectos puramente obligacionales, que nacen del *pactum fidutias*, a hacer uso de su posición de derecho dentro de los fines correspondientes al verdadero fin del acto, esto es, a ejercitarlo de la manera convenida, solución ésta que no implica necesariamente ni se aprecia el engaño en el perjuicio de los terceros implicados (Banco Hipotecario, adquirentes de apartamentos), como en los actos fingidos ocurre, ya que estos contratantes de buena fe no pueden ser perjudicados por el pacto de fiducia, que no les afecta.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO SE DA ENTRE LA EDITORIAL QUE PUBLICA UNA FOTOGRAFIA DE UNA PERSONA AFECTADA DE UNA ENFERMEDAD INCURABLE Y LA INSTITUCION EN LA QUE FUE ATENDIDO EL PACIENTE (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—El demandante, hojeando una enciclopedia editada por Ediciones Rialp, S. A., vio una foto de él mismo con la palabra «acromegalia» al pie de la misma. Consultando el término vio que se trataba de una enfermedad incurable, circunstancia que le había sido ocultada por el médico y por sus familiares. Demanda por daños morales a la empresa editora, quien fue condenada.

Doctrina de la sentencia.—En el primer motivo del recurso se plantea a la casación el problema del litisconsorcio pasivo necesario en relación a la Institución Jiménez Díaz, que atendió a la paciente, y esta Sala tiene que entrar en el estudio de la cuestión, pues, conforme a su jurisprudencia

reiterada, es cuestión revisable de oficio; pero al hacerlo tiene que desestimar el motivo, pues tratándose en el caso de autos de la responsabilidad de una Editorial por el daño moral causado a la recurrida, al efectuarse la publicación en una revista de difusión científica dirigida por ella, de su fotografía y los detalles de la enfermedad incurable que padecía, cuestión que ella ignoraba por habérselo ocultado caritativamente sus médicos y sus familiares, no existe en los hechos probados, por no haberse ni siquiera intentado en el juicio, hacer la menor referencia de cómo llegaron a poder de la Editorial fotografía y diagnóstico, sin duda por haber encaminado ésta toda su defensa durante el juicio a afirmar y tratar de probar que la fotografía publicada no correspondía a la recurrida, y al no darse por probado por la instancia que la clínica en la que fue atendida la demandante ha tenido la menor intervención en el hecho de la publicación, no existe base de ninguna clase para estimar indispensable su concurrencia a este juicio.

NO EXONERA SU RESPONSABILIDAD EL DUEÑO DE UNA OBRA QUE CONTRATA SU EJECUCION CON UN TERCERO Y ES UN OPERARIO DE ESTE EL CAUSANTE DEL DAÑO EXIGIBLE (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—En un edificio en construcción se realizaban trabajos de soldadura, de los que se desprendieron unas chispas que causaron un incendio en un edificio colindante. «Mapfre, S. A.», como entidad aseguradora del mismo, demanda al dueño de la obra, que es condenado a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Al declararse probado en la sentencia recurrida que la obra en que trabajaba el operario cuya acción negligente originó los daños determinantes del resarcimiento que se reclama en el proceso de que estas actuaciones dimanen, se realizaba por encargo y cuenta del demandado, bajo la dirección e inspección de los técnicos por él nombrados, ejerciendo incluso personalmente vigilancia sobre la misma y haciendo efectivo su importe al finalizar las diversas unidades o trabajos parciales, y al condenar a dicho señor al pago de la indemnización reclamada por la entidad actora, como responsable, a efectos del párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código civil, no incurrió en las infracciones que se denuncian en el único motivo del presente recurso, que debe ser rechazado, porque según constante jurisprudencia de esta Sala, la responsabilidad emanada de dicho precepto no es subsidiaria, sino directa y refleja, por surgir del incumplimiento de los deberes que impone la relación de convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que estén bajo su dependencia y de emplear la debida cautela en la elección de quienes trabajen por su cuenta, sin que a ello obste que el dueño de la obra, sobre todo si se lleva a efecto por administración, haya contratado con un tercero su ejecución y sea un operario de éste el causante material del daño exigible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código citado, porque las razones acabadas de exponer obligan a dicho dueño a emplear la debida cautela en la elección de quienes encomiende la mera realización y cuidado, puesto que los deberes de convivencia le imponen contratar los trabajos con empresa, persona individual o jurídica, de reconocida solvencia técnica, único caso en que sería dable admitir que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño y exonerarse de responsabilidad, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del indicado artículo 1.903.

ES SUBSUMIBLE EN EL ARTICULO 361 DEL CODIGO CIVIL LA OCUPACION POR UN AYUNTAMIENTO DE UNA PARCELA DE PROPIEDAD PARTICULAR PARA CONVERTIRLA EN VIA PUBLICA, REALIZANDO EN ELLA OBRAS DE URBANIZACION (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—El Ayuntamiento de Gijón, en la época de la guerra civil española, demolió una casa que era de propiedad particular, y más tarde sobre el terreno realizó las obras propias de una vía pública, como alcantarillado y pavimentación de calzada y aceras. Los herederos del dueño del terreno, una vez agotada la vía administrativa, demandan al Ayuntamiento ante la jurisdicción ordinaria solicitando una indemnización de cinco millones. El Juez de Primera Instancia condena a la Corporación Municipal a indemnizar en 190.000 pesetas, sentencia que es confirmada por la Audiencia. Pero el Supremo acoge el recurso de los actores y casa la recurrida resolución, estimando íntegramente la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En primer lugar, respecto al sentido de la palabra «edificarse», empleada por el artículo 361 del Código civil, este Tribunal, en un caso que guarda más que semejanzas con el presente, pues en él se trataba también de la ocupación por una Corporación Municipal de cierta parcela de propiedad particular para destinarla a vía pública, realizando al efecto las obras de urbanización correspondientes para convertirla en calle y plaza de uso público, declaró en Sentencia de 20 de marzo de 1964 que el Tribunal *a quo* no incurrió en una indebida aplicación del artículo invocado, ya que el concepto genérico de las «edificaciones» no impone su limitación a lo construido sobre el suelo, máxime cuando a las «obras» en general, junto con las «edificaciones, plantaciones y siembra», se refieren los preceptos legales básicos que regulan la accesión.

En segundo término, no puede afirmarse, pese al silencio de los artículos 362 y 363, que en la hipótesis de incorporación de mala fe hecha en suelo ajeno con materiales propios, el dueño del terreno carezca del derecho que le confiere el artículo 361, en caso de buena fe del incorporante, de obligar si quiere al que realizó la obra a pagarle el precio del mismo, porque es opinión dominante en nuestra doctrina científica, merecedora de ser aceptada, que es natural que tenga dicho dueño del terreno, en el caso de mala fe del que edificó, plantó o sembró, iguales derechos que los que tendría en caso de buena fe por parte de aquél.

Si es doctrina de esta Sala que cuando el terreno es inalienable no hay opción y su dueño solamente tiene el derecho de hacer suyo lo incorporado mediante indemnización, por la misma razón en el caso contrario, esto es, cuando lo construido no sea susceptible de apropiación por los particulares al haber pasado el predio al dominio público o comunal, el dueño del inmueble, perdida la facultad de hacer suya la obra, conserva la otra facultad que le confiere el repetido artículo 361, por lo que podrá obligar al constructor a pagarle el precio de la finca.

Nos encontramos ante una expropiación por vía de hecho que se halla en abierta pugna, por lo menos, con la categórica prohibición contenida en el párrafo primero del artículo 349 del Código civil, a cuyo tenor nadie puede ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización, sin necesidad de recordar las sucesivas normas de rango constitucional que en la fecha de la privación y en la del ejercicio de la pretensión sancionaban y sancionan la misma prohibición, así como las normas administrativas al respecto, y si bien es verdad que la violación de la referida prohibición acarrea corrientemente el nacimiento de las

correspondientes acciones reales, posesorias y dominicales, también lo es que en el supuesto de que las circunstancias concurrentes impidan retrotraer la situación jurídica de la cosa a su primitivo estado, el dueño de la misma está igualmente autorizado para el ejercicio de la acción de resarcimiento del daño, comprendido el valor de lo apropiado, al amparo de las normas generales acuñadas en los artículos 1.902 y concordantes del Código civil.

En lo concerniente a la fecha que debe conceptuarse decisiva para la determinación del valor del inmueble apropiado por la demandada, dato de considerable importancia en tiempos de depreciación monetaria, como son los que han seguido a aquella apropiación antijurídica, la Sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1931 ya se adelantó a declarar, en aplicación del artículo 361, que el pago, naturalmente, ha de hacerse al precio que tenía cuando se verificó la tasación pericial, porque ahora es cuando el edificante recibe legalmente el terreno y su dueño el precio del mismo. Por otro lado, en materia de indemnización de daños y perjuicios en general, el órgano jurisdiccional, cualquiera que sea su grado, ha de estar, en orden a la determinación de sus elementos intrínsecos, a la prueba de su existencia al tiempo del ejercicio de la acción, pero en cuanto a la fijación de su cuantía, cuando lo que se pida sea su reparación pecuniaria, no ha de situarse, en los casos de alteración del valor monetario, ni en la fecha indicada ni en la de causación de aquéllos, sino en el día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o, en su caso, a la posterior en que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia, toda vez que se trata no de una deuda pecuniaria simple, sino de una obligación de pagar en dinero un valor determinado, esto es, de una *deuda de valor*.

COMENTARIO.—Eran dos las principales cuestiones que tenía planteadas el juzgador para resolver el caso expuesto. La primera, y más importante desde el punto de vista doctrinal, consistía en determinar si eran aplicables las disposiciones del Código civil reguladoras del derecho de accesión o si, por el contrario, nos encontrábamos ante un supuesto de expropiación forzosa. Y la segunda cuestión, nada baladí para los intereses económicos de las partes, en la que, el problema se cifraba en resolver si la indemnización habría de pagarse tomando en consideración el valor que tenía la finca en el momento de la ocupación o bien en la época actual.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el Tribunal Supremo, para declarar que nos hallamos ante un caso de accesión, va interpretando con mucha agudeza los preceptos reguladores de la misma, comenzando por el término «edificare», en el que considera incluidas cuantas obras se realizaren, aunque no estén construidas sobre el suelo.

A continuación recoge la doctrina científica para rellenar la laguna legal que dejan los artículos 362 y 363, estimando que el dueño del terreno en caso de mala fe del edificante ha de tener, cuando menos, los mismos derechos que los que tendría en caso de buena fe por parte de aquél.

Emplea, por fin, una tesis *a sensu contrario* demostrativa de la no existencia de expropiación forzosa, pues declara que estamos ante una simple «expropiación por vía de hecho», prohibida por el párrafo primero del artículo 349 del Código civil, no pudiendo, por tanto, la Corporación Municipal disfrutar de la protección legal que le hubiera deparado el correcto ejercicio de aquella potestad.

Por lo que hace referencia al problema del momento que hay que tomar para valorar la finca, antijurídicamente ocupada, con objeto de fijar la indemnización, el Supremo también discrepa de la sentencia de Instancia, proclamando la doctrina de que al pedirse reparación pecuniaria su cuantía se situará en el día en que recaiga la definitiva condena a la reparación.

En suma, sentencia de gran interés, con variados puntos destacados, entre los que descuella la interpretación del derecho de accesión.

**LOS NEGOCIOS JURIDICOS DEBEN SER CALIFICADOS DE ACUERDO
CON SU VERDADERO CONTENIDO (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1977).**

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina muy reiterada de esta Sala que los negocios jurídicos no deben ser calificados con arreglo a la denominación que se les atribuya, sino conforme a su verdadero contenido, por lo que aun cuando el fallo recurrido condena a los demandados al otorgamiento de escritura pública de «compraventa», como a continuación se especifica que se haga de acuerdo con lo pedido en la demanda, «en la forma y condiciones establecidas en dicho contrato», será de estas condiciones de las que deberá extraerse la calificación del convenio documentado en el instrumento público.

**AUTOCONTRATACION: ESTA FIGURA NO APARECE RECOGIDA DE MA-
NERA EXPLICITA EN NUESTRO ORDENAMIENTO POSITIVO, SAL-
VO ESPECIFICAS PROHIBICIONES (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1977).**

Doctrina de la sentencia.—Los motivos primero y segundo están planteando el problema de la aplicabilidad al supuesto de autos del contrato consigo mismo o autocontratación, al salir fiadora la Sociedad «Casares y Compañía», representada por su socio y gerente don José Casares Elizalde, de los contratos de préstamo concertados entre éste, en su propio favor, y el actor y hoy recurrido; figura jurídica que si bien no aparece recogida en nuestro Ordenamiento jurídico positivo de manera explícita, está reconocida tanto por la doctrina científica como por la legal con carácter general, aunque no es admitida, aparte de las que se entienden como específicas prohibiciones contenidas en nuestro Código civil, artículos 165; 236, número 2.º; 275, números 3.º y 4.º, y Código de Comercio, artículos 135, 136, 267, tanto por analogía con los supuestos previstos en dichos preceptos, como para evitar el posible abuso que por parte del representante pudiera dar lugar en aquellos casos de incompatibilidad de intereses, entre los propios del representado y los del representante, a no ser, conforme a la doctrina jurisprudencial, se acredite la existencia de poder expreso para ello o que de los términos en los que aparezca extendido el poder con el que el representante actúa permitan calificarle de adecuado, suficiente o bastante para poder celebrar contratos consigo mismo; y como la recurrida sentencia, tanto del análisis y exégesis de los artículos 7 y 8 de los Estatutos por los que se rige la Sociedad «Casares y Compañía», afirma que el señor Casares no actuó con extralimitación de poder, como de la interpretación de dicho poder, declara que aunque en el supuesto de autos se diera aquella pugna de intereses, por la amplitud de sus términos habría que estimar como comprendidas dentro de las facultades del apoderado la de comprometer con él solidariamente también a la Sociedad, labor interpretativa que no ha sido atacada en el recurso, lo que impide a esta Sala poder examinar dicho poder y consecuentemente, en su caso, llegar a sentar conclusión distinta a la apreciada por el juzgador de Instancia, necesariamente hacen decaigan los referidos motivos.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO: EL ARRENDAMIENTO DE UNA FINCA CONSIDERADA EN EL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN COMO DE RESERVA Y PROXIMA A UN CLUB DE TENIS Y A UNA URBANIZACIÓN, NO ESTA SUJETO AL REGLAMENTO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1975).

A juicio de los propietarios arrendadores de la finca, el contrato ha de entenderse excluido de la legislación especial, por estar enclavada en zona de ensanche del núcleo urbano, afectada por el Plan General de Ordenación Urbana, que la calificaba como de reserva urbana edificable, teniendo además, por su proximidad a las playas de la Costa Brava, un valor en venta que duplica el precio que corresponde en el mercado a las de su misma calidad y cultivo. Según ello, el arrendatario debía abandonar la mitad de las tierras arrendadas el 24 de junio y la otra mitad el 24 de diciembre. Requerido notarialmente el colono, no atendió el mismo, por lo que se le demandó ante el Juzgado de La Bisbal para el desahucio, conforme al artículo 1.569 del Código civil. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la anterior sentencia.

No prospera el recurso de revisión. Por certificación del Ayuntamiento consta que la finca está incluida en el Plan de Ordenación, con la calificación antes indicada y próxima a un club de tenis y a una urbanización, por lo que concurren los requisitos para excluirla del carácter rústico, probándose la plusvalía de la finca mediante informe pericial, sin que sean aceptables los argumentos del recurso de que esta valoración haya que deducirla de la correspondiente a otras de la misma calidad y cultivo porque, una vez señalado el precio en venta por los medios procedentes, no es preciso ningún término comparativo, según reiterada jurisprudencia. No puede admitirse la estimación basada en la renta, que por el tiempo transcurrido desde la fecha inicial del contrato es inferior a la que le correspondería en la actualidad, mientras que en el informe pericial se hacen contar datos como la situación, descripción y medida superficial de la finca, sus características de productividad y renta y las peculiaridades de las que la rodean, todo ello como antecedente necesario para fijar su actual precio de venta.

DESAHUCIO: NO HABIENDO NOTIFICADO CON UN AÑO DE ANTELACION EL ARRENDATARIO SU DESEO DE CONTINUAR EN LA FINCA SE HA EXTINGUIDO EL CONTRATO PORQUE NO PROCEDE LA PRORROGA LEGAL (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1975).

Se pretende el desahucio del arrendatario por no haber pagado las cuotas de la Seguridad Social y de la Hermandad de Labradores, así como el importe de las reparaciones en la finca. El Juzgado número 2 de Badajoz estimó en parte la demanda y condenó a satisfacer al actor las sumas debidas, desestimando las demás peticiones, sentencia que confirmó la Audiencia de Cáceres en todas sus partes.

Triunfa el recurso de revisión. El contrato vencía en 1968 y por mutuo acuerdo se prorrogó por tres años más, sin que el arrendatario utilizase su derecho de prórroga transcurrida la voluntaria. Por tanto, finaliza el arrendamiento en 1971, al no haber notificado al arrendador con un año de antelación su deseo de continuar en la finca, notificación que no aparece de las actuaciones realizadas.

RETRACTO: AUNQUE NO SE DE AL CONTRATO EL NOMBRE DE ARRENDAMIENTO SE HA DEMOSTRADO CUMPLIDAMENTE SU CARACTER DE TAL, POR LO QUE PROCEDE EL RETRACTO (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1975).

Vendida la finca arrendada a un extraño, éste no notifica la adquisición al arrendatario, quien enterado de la venta interpone demanda ante el Juzgado Comarcal de Tineo. Este denegó la acción por incompetencia de jurisdicción, por lo cual se dirigió la demanda al Juzgado de Primera Instancia, que la admitió plenamente, revocando la Audiencia esta resolución.

Prospereó el recurso de revisión interpuesto por el demandante. Ni la falta de contrato escrito, ni la de recibos, ni la no mención en la escritura de compraventa prueban nada, y tanto en la sentencia del Juez comarcal como en la de Primera Instancia se aceptó la cualidad de arrendatario del actor, a lo que no contradice eficazmente que en el documento no se mencionase el nombre de arrendamiento y sí se hablase de una compraventa de frutos por cantidad fija y durante diez años, lo que supone un fraude para querer escapar de un mandato legal, apoyándose en las mismas leyes. También se considera infringido el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber introducido el órgano jurisdiccional premisas o excepciones no alegadas por las partes, con lo que se produjo un desequilibrio en la litis y la consecuente indefensión del actor.

DESAHUCIO: LLEGADO EL VENCIMIENTO DEL CONTRATO NO SE NOTIFICA EL DESEO DE QUERER CONTINUAR EN LA FINCA, POR LO QUE PROCEDE EL DESAHUCIO (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1975).

Arrendada una finca rústica por seis años con una renta anual de 141 quintales métricos por la que era usufructuaria de una parte y propietaria del resto, se demanda por los herederos de aquélla, en los que se consolidó el dominio a su fallecimiento, solicitando la resolución del arrendamiento por finalizar el plazo contractual. El Juzgado número 5 de Sevilla y la Audiencia de la misma capital desestimaron la demanda.

Tiene éxito el recurso de revisión, ya que mediante certificación del Registro de la Propiedad se demuestra que la arrendadora era plena propietaria de la parte mayor de la finca y usufructuaria del resto, demostrándose que el recurrente, junto con otros señores, adquirieron la nuda propiedad del padre de aquélla, consolidándose la plena propiedad a su fallecimiento, por lo que existe una comunidad hereditaria entre ellos, pudiendo ejercer cualquiera de los comuneros las acciones correspondientes al arrendamiento de las tierras, conforme a reiterada jurisprudencia. El contrato podría prorrogarse por un plazo de seis años, pero deberá notificarlo con un año de antelación, sin que conste que el arrendatario hiciese notificación alguna de sus deseos de prorrogarlo, por lo que aquél quedó extinguido y el arrendador puede ejercitar la acción de desahucio del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. Por otra parte, el fallecimiento de la arrendadora produjo, al extinguirse el usufructo, el fin del arrendamiento, ya que el usufructo no se concreta sobre parte determinada de la finca, que permaneció indivisa, operando también la causa 2.ª del referido artículo 28 del texto legal arrendaticio.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

REVALORIZACION DE RENTAS: NO EXISTE CADUCIDAD DE LA ACCION PORQUE EL ARRENDATARIO CONSIGNO LA DIFERENCIA RECLAMADA EN OTRO JUICIO ANTERIOR SOBRE RESOLUCION DE CONTRATO, RECONOCIENDO ASI LA LEGITIMIDAD DE LA RECLAMACION (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1975).

En el contrato de arrendamiento se estableció una cláusula de actualización de rentas, consistente en someterse a los aumentos que pudieran establecer las disposiciones legales, pero retrotrayendo la fecha del contrato a 1935—que fue cuando se arrendó por primera vez el local—, fijándose unas cantidades mensuales para los dos primeros quinquenios, y a partir de 1971 los aumentos recaerían sobre la totalidad de la renta contractual que rigiera a la sazón con todos sus incrementos. En 1969, el arrendador exigió el aumento de la Ley de 11 de junio de 1964, alegando la parte demandada la nulidad del contrato en la referida cláusula. El juicio de resolución se enervó con la consignación de las diferencias reclamadas, antes de contestar a la demanda. Posteriormente se entabló la acción para declarar la validez de la cláusula y de los aumentos procedentes. El Juzgado número 3 de La Coruña desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó parcialmente aquella sentencia y declaró la validez de la cláusula de revalorización.

No triunfa el recurso de injusticia porque no ha lugar a la caducidad alegada de la acción, ya que si la propietaria comunicó la elevación de renta en 1969 y el arrendatario negó el aumento, rectificó éste después consignando en su totalidad la cantidad reclamada, sin reserva de ninguna clase en el proceso sobre resolución de contrato, lo que implicó el reconocimiento de la legitimidad de tal reclamación y dejó sin efecto las consecuencias de la iniciación del plazo de caducidad, porque nadie puede ir contra sus propios actos. La cláusula contractual amplió sus efectos a las elevaciones que pudieran producirse legalmente, es decir, a cuantos se acordaran después del convenio, por lo que, con arreglo al principio *in claris non fit interpretatio*, hace innecesario acudir a otra regla interpretativa de las contenidas en el Código civil, tal como hizo el Tribunal *a quo*. La citada cláusula no va contra ningún precepto legal, sino que representa la adopción de un sistema de estabilización de la renta distinto del legal, aunque acomodado a éste y admitido por la jurisprudencia de esta Sala por no oponerse al interés o al orden público ni causar perjuicio a terceros, siendo aplicable el artículo 1.091 del Código.

DENEGACION DE PRORROGA LEGAL: LA CONVERSION DE UN LOCAL EN ALMACEN CONSTITUYE EL CIERRE DEL MISMO Y PROVOCA LA DENEGACION DE LA PRORROGA LEGAL (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1975).

Durante dos años está cerrado el local arrendado para taller de pinturas, dedicándose a almacén al servicio de un bar próximo, a cuyo dueño parece haber subarrendado el arrendatario dicho local, por lo que se pide el desalojo del mismo y la resolución del contrato. El Juzgado número 3 de Gijón desestimó la demanda, pero la Audiencia de Oviedo revocó la sentencia anterior y declaró la resolución del contrato.

No prospera el recurso de injusticia, ya que el contrato era de local de

negocio y el arrendatario lo convirtió en almacén, que es el destino que tiene al interponerse la demanda y tenía ya con dos años de anticipación, por lo que el Tribunal *a quo* aplica correctamente el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con la causa 3.ª del artículo 62, siendo constante la doctrina jurisprudencial en el sentido de que convertir un local en almacén constituye el cierre, que la ley no permite y sanciona con la resolución del arrendamiento.

OBRAS INCONSENTIDAS: LA AUTORIZACION PARA REALIZAR OBRAS DE ADAPTACION DEL LOCAL ARRENDADO NO PUEDE CONSIDERARSE DE VIGENCIA INDEFINIDA (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1975).

Se demanda a la sociedad arrendataria por haber hecho uso abusivo del local, realizando en él obras inconsistentes. El Juzgado número 3 de Bilbao estimó la demanda y la Audiencia lo confirmó.

Tampoco triunfa el recurso. Aunque los arrendadores autorizaron obras para adaptar el local arrendado al negocio, condicionándolas a que no afectasen a la estructura o partes principales del edificio, no puede considerarse de vigencia indefinida tal autorización, pues han pasado más de veinte años desde que se concedió. La elevación del nivel del piso y sustitución del mismo por pavimento de baldosas, el hecho de privar de luz natural al sótano suprimiendo los accesos al mismo, son obras que afectan indudablemente a la estructura y configuración del local.

RESOLUCION DE CONTRATO: EL PROCEDIMIENTO ARRENDATICIO ES EL ADECUADO CUANDO LA CASA ES LO PRINCIPAL Y EL TERRENO ES ACCESORIO, NO CONSTITUYENDO UN TODO UNITARIO E INDIVISIBLE (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1975).

Se arrendó una casa con un terreno anejo, observando la propietaria que los ocupan otras personas distintas del arrendatario sin que se vea al titular del arrendamiento, por lo que se demanda a éste por cesión o traspaso inconsciente. El Juez de Mondoñedo estimó la excepción dilatoria de inadecuación del procedimiento, pero la Audiencia de La Coruña estimó la demanda.

No ha lugar al recurso de injusticia en el Supremo, puesto que la doctrina jurisprudencial alegada por el recurrente no es de aplicación al presente caso, por tratarse de arrendamientos de solar con la obligación por el arrendatario de construir o reconstruir un edificio, incluyéndose lo construido en el arrendamiento una vez terminada la obra o con otro contenido obligacional complejo que es el que se observa también en los casos mencionados, pero que no se da en el que nos ocupa, consistente en la cesión del uso o goce de varias cosas a cambio de una contraprestación en concepto de renta, que es lo que se tomó en consideración aquí. Se puede hablar de complejidad del contrato cuando el objeto arrendado es plural, implicando disparidad de objetos, como se ve en algunas sentencias que fueron resueltas por el Tribunal Supremo valorando si el conjunto constituía o no un todo unitario e indivisible o más bien atendiendo al predominio o principalidad de alguno de los elementos integrados sobre los demás que son accesorios, criterio éste que fue el aplicado por el Tribunal *a quo*, ya que lo importante fue el local de negocio, siendo el resto de lo incluido en el contrato complementario y accesorio, lo que evidencia que la interpretación fue correcta. Siendo adecuado el procedimiento está claro

que la cesión o traspaso se deduce de la prueba documental obrante en autos, suficiente para acreditar la introducción de una tercera persona en la relación arrendaticia sin consentimiento de la propietaria, lo que ha quedado incólume al no ser impugnado por el cauce adecuado, siendo correcta la aplicación del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que hizo la Sala.

SUBARRIENDO ILEGAL: NO SE DEMUESTRA QUE EL OCUPANTE DEL LOCAL SEA UN TRABAJADOR AL SERVICIO DEL ARRENDATARIO, PUES ESTE NO FIGURA COMO PATRON EN LA SEGURIDAD SOCIAL. NO EXISTE ABUSO DE DERECHO CUANDO LA SANCION DEL EXCESO O ANORMALIDAD EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO ESTA GARANTIZADA POR UN PRECEPTO LEGAL (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1975).

Arrendados un bajo y un entresuelo conjuntamente, según se pactó expresamente, el arrendatario subarrendó el piso sin consentimiento del arrendador, por lo que se entabla la demanda, solicitando la resolución del contrato. El Juez de Palma de Mallorca—número 1—desestimó la demanda, pero la Audiencia de la misma capital la revocó, decretando el lanzamiento del arrendatario.

No ha lugar al recurso de injusticia, entendiendo el Tribunal Supremo que el acto no debe probar la ilicitud de la ocupación por otra persona distinta del arrendatario, porque basta leer el artículo 114 de la Ley Arrendaticia para comprobar que el subarriendo de modo distinto al autorizado es causa de resolución, y en este caso el Tribunal *a quo* no sólo ha aplicado esta presunción, sino que ha declarado la realidad de la existencia del subarriendo incontestado como hecho probado sin que el demandado haya alegado error en la apreciación de la prueba. No puede admitirse que el ocupante del entresuelo sea un trabajador al servicio del arrendatario, ya que éste no figura como patrono de ningún trabajador en la Seguridad Social. En cuanto al abuso de derecho no puede estimarse de oficio y no se alegó oportunamente, por lo que es una cuestión nueva no debatida en el pleito; pero aun entrando en el fondo, no aparecen ni las circunstancias subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo del actor o las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho, y, además, en este caso, la sanción del exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho está garantizada por un precepto legal, es decir, que no se puede invocar en favor de quien sea responsable de una acción antijurídica.

RESOLUCION DE CONTRATO: LOS TRIBUNALES CIVILES NO PUEDEN DESCONOCER LAS RESOLUCIONES DE LOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE RUINA DE LOS INMUEBLES (SENTENCIA DE 10. DE JUNIO DE 1975).

Dado el estado peligroso del inmueble en el que se halla el local arrendado para farmacia, los propietarios solicitaron y obtuvieron la declaración de ruina. La arrendataria recurrió ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia, cuyo Tribunal desestimó el recurso. No obstante la declaración de ruina y la orden de derribo del edificio, la arrendataria no desalojó el local, por lo que se solicita la resolución del contrato ante el Juzgado de

Soria, el cual estimó la demanda, confirmando la Audiencia de Burgos íntegramente la sentencia del Tribunal inferior.

No triunfa el recurso. El acuerdo de la Administración municipal declarando la ruina únicamente es susceptible de impugnación en vía contenciosa, y cuando ha ganado firmeza la resolución de esta jurisdicción, vincula también a los tribunales civiles, que no pueden revisar aquel acuerdo, que es presupuesto determinante de la resolución del contrato, por lo que la sentencia recurrida aplicó correctamente la causa resolutoria del arrendamiento.

CESION ILEGAL: AUNQUE SE DESFIGURE EL CONTRATO SIMULANDO OTRA RELACION ENTRE ARRENDATARIO Y OCUPANTE DEL LOCAL, HAN DE APLICARSE LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA CESION O TRASPASO INCONSENTIDO (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1975).

Se solicita la rescisión del contrato por cesión o traspaso ilegal del local arrendado. El Juzgado número 16 de Madrid estimó la demanda, confirmando íntegramente la Audiencia la sentencia anterior.

No prospera el recurso de injusticia, ya que no se aprecia el error del que se acusa al Tribunal de Instancia en la valoración de la prueba, porque cualesquiera que sean los pactos privados que existan entre los arrendatarios y los ocupantes actuales del local, el uso y ocupación de aquél no lo tiene la arrendataria, sino terceras personas, ya se entienda configurada una cesión, subarriendo o traspaso, que, sin duda, ha tratado de desfigurarse para eludir la prohibición legal, burlando los derechos que la legislación arrendaticia reconoce al propietario. Tampoco puede prosperar el motivo segundo, que hace supuesto de la cuestión fáctica, rechazada por los anteriores razonamientos.

TRANSFORMACION DE LOCAL EN VIVIENDA: NO ES NECESARIO PARA QUE SE DE LA CAUSA RESOLUTORIA QUE LA TRANSFORMACION AFECTE A LA TOTALIDAD DEL LOCAL (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1975).

Arrendado un primer piso para peluquería de señoras, el arrendatario estableció en él su vivienda, habiendo dejado de pagar incluso la licencia fiscal del Impuesto Industrial, incumpliendo así el contrato que prohibía expresamente esta transformación. El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior.

Tiene éxito el recurso de injusticia. Como ha declarado la Sentencia de 10 de junio de 1963, no es necesario que la transformación afecte a la totalidad del local, y en el caso de autos, dada la claridad de la cláusula 14.ª del contrato, no cabe duda que el destino pactado fue el de peluquería de señoras, careciendo el piso de vivienda, por lo que se ha producido una transformación al dedicarlo esencialmente para vivienda, según manifestó el propio demandado al absolver posiciones de las que le fueron dirigidas de contrario, procediendo la desestimación del recurso en su totalidad.

C. R. R.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO.—NULIDAD.—INCAPACIDAD DEL TESTADOR.—FALTA DE CONOCIMIENTO DEL TESTADOR POR UN TESTIGO.—POSESION DE BUENA Y MALA FE.—RESTITUCION DE FRUTOS.—Artículos 685, párrafo 1.º; 687; 1.281, párrafo 1.º; 1.283; 434; 451, párrafo 1.º; 453, párrafos 1.º y 2.º; 454, y 455 del Código civil (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1977).

Doña P. P. S., de setenta y nueve años, que venía padeciendo desde hace algún tiempo alteraciones psíquicas y arterioesclerosis generalizada, sufrió el 6 de diciembre de 1972 un ataque de trombosis cerebral por la que fue internada en una clínica de Zaragoza, otorgando testamento notarial a las dieciocho horas y veinte minutos del día siguiente, conforme a las notas y redacción que el propio Notario había recogido en sus dos visitas anteriores hechas a la testadora en su domicilio en los primeros días del precedente mes de noviembre y a finales del mismo mes, llevando el Notario el testamento ya redactado y otorgando el mismo la testadora, que lo firmó en presencia de los dos testigos requeridos por la Compilación aragonesa, que lo fueron: uno, el propio médico director de la clínica, quien era al propio tiempo médico de cabecera de la testadora, y otro, un médico también de la propia clínica, que no se había relacionado ni había visto con anterioridad a la testadora, si bien fue previamente enterado por el director de lo que se pretendía de él, esto es, que actuase como testigo del testamento de la enferma, doña P. P. S., la cual falleció el 26 de diciembre de 1972. Todos los instituidos en este último testamento—que favorece notablemente a una sobrina, demandada, apelada y recurrente—, como los instituidos en otro testamento anterior, son herederos o sucesores voluntarios.

Los demandantes, apelantes y recurridos—sobrinos y personas favorecidas por el primer testamento y perjudicadas por el segundo—niegan la posibilidad de que en el tiempo de otorgar este último testamento, el día 7 de diciembre de 1972, tuviera doña P. P. S. la capacidad requerida para testar en forma legal y cumpliendo los correspondientes requisitos, y ello pese al juicio de los dos médicos que concurrieron como testigos y sin desdoro de su capacidad profesional, puesto que, de una parte, no son especialistas en enfermedades como la que causó el fallecimiento de la testadora, y, de otra, desconocen cuál es el grado de integridad mental preciso para el otorgamiento. Mas siendo ello una cuestión de prueba, dejan planteada tal afirmación y, sin más razonamientos, se remiten a cuanto de la prueba resulte. Y en la demanda que se acumuló a la precedente, versando ésta no sobre la incapacidad de la testadora, sino sobre el incumplimiento de formalidades testamentarias, la parte actora señala que testigos del testamento cuya validez se impugna fueron los médicos don A. P. F., director de la clínica donde se encontraba la testadora, y don A. A. L., al servicio de la propia clínica; que, según asegura el Notario autorizante, la testadora le mandó llamar tiempo antes para comunicarle su última voluntad, haciendo él dos visitas a la testadora con este fin en el domicilio de aquélla; pero, sin haber otorgado todavía su nuevo testamento, el día 6 de diciembre de 1972 por la tarde sufrió doña P. P. S. un ataque de trombosis cerebral, del que había de morir a los veinte días, siendo conducida semiinconsciente a la clínica; el día 7 siguiente, a las dieciocho veinte horas aparece otorgado por ella el testamento que aquí se impugna y acerca del cual conviene observar (siempre según la parte demandante): que la testadora no comunicó su voluntad al Notario delante de los testigos, sino que el Notario se limitó a leer el testamento que ya llevaba preparado y, según versión de la contraparte,

la testadora confirmó que aquélla era su última voluntad; el Notario asevera en el testamento que los testigos dicen conocer a la testadora; sin embargo, uno de los dos testigos, el doctor A. A. L., no la conocía y fue en aquel otorgamiento la primera vez que la vio. Y, en consecuencia, suplica esta parte que se declare la nulidad de pleno derecho de dicho testamento, condenando a la parte demandada a restituir los bienes que hubiera ocupado, indemnizar por los válidamente enajenados o que hubieran desaparecido y restituir los frutos percibidos y debidos percibir (la considera poseedora de mala fe).

La parte demandada argumenta, entre otras razones, que del otorgamiento del testamento cuestionado fueron testigos, efectivamente, los médicos que se dice de contrario, quienes fueron llamados a serlo accidentalmente, por ser las personas de mayor autoridad y con capacidad para testificar que al tiempo de producirse el acto se hallaban presentes en la clínica, lugar en que el mismo se produjo, no habiendo sido llamados al mismo otorgamiento los médicos que más habitualmente asistían a la testadora, y en particular el especialista neurólogo doctor C., por la contraria y potísima (*sic*) razón de no encontrarse ninguno de ellos en la clínica precitada al tiempo de tener aquél lugar y, además, porque no era precisa la específica intervención de los mismos al efecto de que se trataba. Siendo de advertir que era uno de los testigos, el doctor A. P. F., quien, como médico de cabecera, se cuidaba ordinariamente de la salud de la testadora. Y relatando lo, según ella, sucedido, aclara esta parte que, después de las dos visitas domiciliarias del Notario, en la tarde del día 6 de diciembre de 1972, sin haber otorgado todavía el testamento que el Notario había redactado, doña P. P. S., que hasta entonces había hecho vida totalmente normal, conduciéndose como desde siempre, sufrió un ataque que, sin privarla de conciencia ni de voluntad, la dejó inmovilizada y sin poder valerse por sí, lo que motivó que, por indicación médica, fuera internada, inmediatamente después, en la clínica y sometida, sin pérdida de tiempo, al tratamiento preciso para hacerla recobrar el normal funcionamiento de sus miembros. Al día siguiente, doña P. P. S., ya recuperada, encargó a sus acompañantes que pidieran por teléfono a don M. V. P. que fuera a visitarla, y llegado dicho señor a su habitación, le encargó que fuera a buscar al Notario para otorgar el testamento que le tenía encargado. Cumplido el encargo y presentado en la clínica el prenombrado fedatario, después de cerciorarse de que doña P. P. S. quería y podía testar, requirió la presencia de los dos testigos precisos, a cuyo requerimiento contestó la propia enferma encargando a su sobrina, y ahora demandada, doña T. G. P., presente en la habitación, que fuese a buscar al doctor don A. P. E., director de la clínica y médico de cabecera de la propia doña P. P. S., para que fuera él quien procurase los testigos interesados. En ejecución de tal encargo, su prenombrada mandante acudió al despacho que en la repetida clínica tenía el doctor A. P. F., a quien encontró acompañado de otros señores, médicos de la misma clínica, y a quien dio el encargo que le había llevado allí, retirándose a continuación de que el interesado le dijera que se ocuparía inmediatamente de lo encargado. Mas como quiera que vuelta doña T. G. P. a la habitación de su tía, después de haber pasado por el bar de la clínica para tomar un café, advirtiera que aún no habían llegado a dicha habitación los testigos requeridos, volvió de nuevo al despacho del doctor A. P. F., a quien encontró ahora acompañado de quien entonces le fue presentado como el doctor don A. A. L., analista de la clínica tantas veces nombrada. En dicho momento, reunidos doña T. G. P. y los doctores A. A. L. y A. P. F., fue cuando este último preguntó a su colega si quería actuar con él como testigo en el otorgamiento del testamento de doña P. P. S., a lo que el preguntado accedió, y fue a continuación, mientras los tres se dirigían juntos a la habitación de la enferma, cuando el propio doctor A. P. F. informó al doctor A. A. L. de la identidad de la enferma

y de las causas y circunstancias que en otras ocasiones anteriores y en la de entonces habían motivado su hospitalización, a lo que el informado replicó que quizá él la conocía por haber coincidido alguna vez con ella. En todo caso, siendo el doctor A. A. L. el analista o el jefe de laboratorio de la clínica meritada y habiéndole sido hechos a doña P. P. S. ciertos análisis clínicos, es inconcuso que dicho doctor había de tener noticia de la existencia de dicha señora. Llegados a la puerta de la habitación de la enferma, quedó ante ella doña T. G. P., mientras que los doctores precipitados entraron en dicha habitación, en la que se hallaban el Notario y don M. V. P., haciéndose entre unos y otros las presentaciones. Y fue a continuación de dichas presentaciones y de explicar el Notario el objeto de su interés por dos testigos, siendo las dieciocho horas y veinte minutos del día 7 de diciembre de 1972, cuando en la habitación en que se hallaba en cama doña P. P. S., y hallándose presentes, además, los dos prenombrados testigos y don M. V. P., el Notario dio lectura en alta voz al testamento ahora impugnado, y de todo ello se dio fe en el mismo testamento. Y como quiera que durante la lectura del repetido testamento y al final de la misma la testadora había manifestado y manifestó su asentimiento y conformidad con lo leído, el fedatario añadió: «Y la testadora, viéndola, oyéndola y entendiéndola los testigos, manifiesta que lo escrito y leído es su voluntad, por lo cual presta su consentimiento, ratificándose en su contenido, y firma con los testigos y conmigo», como así fue hecho al término de la lectura. El testigo don A. A. L., propuesto como testigo de la parte demandante, manifestó que fue en aquella ocasión la primera vez que vio a doña P. P. S., que el testigo era la primera vez que veía a dicha señora y que no la conocía en absoluto anteriormente, por lo que no podía comparar su capacidad mental en aquel momento con la que tuviera estando sana.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza desestimó ambas demandas acumuladas. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza declaró haber lugar a los recursos de apelación y, en consecuencia, que es nulo el testamento otorgado por doña P. P. S. el 7 de diciembre de 1972, condenando a los demandados a restituir a la masa hereditaria todos los bienes de doña P. P. S. que hubieren ocupado y, en su caso, a prestar la correspondiente indemnización por aquellos que válidamente hubieren enajenado, así como a restituir los frutos percibidos y los debidos percibir, sin especial pronunciamiento sobre imposición de costas en ninguna de ambas instancias.

Los demandados y apelados interponen recurso de casación por infracción de ley bajo la dirección del Letrado don J. B. B., articulado en los siguientes motivos:

Primer motivo: Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en este motivo la interpretación errónea del artículo seiscientos ochenta y cinco, párrafo primero, del Código civil. La sentencia de Instancia, al aplicar dicho precepto al caso objeto de esta litis, sienta las siguientes afirmaciones: Que es rigurosamente preciso que ambos testigos conjuntamente o *in solidum* conozcan al testador, es decir, tengan trato y comunicación con aquél. Que en modo alguno pueden equipararse los testigos de conocimiento a los testigos de identificación, que sólo individualizan a una persona frente a todas las demás, aun sin conocerla. Por tanto, el artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil exige que los dos testigos conozcan al testador antes del acto de otorgamiento.—Que el previo conocimiento de la testadora por el testigo, se exige como un requisito esencialísimo para poder juzgar su capacidad. En base a esta interpretación del artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil, la sentencia llega a la conclusión de que uno de los testigos intervinientes—el doctor A. A.—no conocía a la testadora. Para ello se apoya en su contestación a la pregunta

(en la que el mencionado testigo dice que era la primera vez que veía a la testadora) y en su respuesta a las repreguntas en las que afirma dicho testigo que es cierto que no conocía anteriormente a doña P. P. S., por lo cual no podía comparar su capacidad mental en aquel momento con la que tuviera estando sana. En el presente motivo se combate, por la adecuada vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, una cuestión cual es el sentido e interpretación que la Sala de Instancia atribuye a la expresión conocimiento del testador, puesto que entendemos que la sentencia recurrida sólo ha podido declarar la falta de conocimiento en uno de los testigos mediante una errónea interpretación del párrafo primero del artículo seiscientos ochenta y cinco, exigiendo una especial categoría de conocimiento por parte de dicho testigo que en modo alguno se deduce de los términos del citado precepto. Considera esta parte que ninguna de las aseveraciones de la resolución de Instancia puede encuadrarse dentro de una exégesis lógica del artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil. En efecto, la finalidad que persigue dicho precepto no es otra que lograr la identificación del testador, es decir, llegar al convencimiento de que el otorgante del testamento es efectivamente la persona que dice ser y no otra que la suplantada, lo cual puede lograrse bien a través de los solos testigos instrumentales o bien acudiendo a la vía subsidiaria de los llamados testigos de conocimiento, que complementan la imposibilidad de identificar en que se hallan los instrumentales, por no poder éstos precisar razonablemente si el testador es o no quien manifiesta ser. Es arbitraria la distinción que hace la Sala de Zaragoza entre testigos de conocimiento y testigos de identificación, dado que las dos especies testificales a que se refiere el artículo seiscientos ochenta y cinco tienen como fin precisamente identificar al testador, *ratio legis* que en modo alguno puede ser interpretada como exigencia de que los testigos intervinientes en el testamento hayan de tener relación estrecha con aquél en fecha anterior al otorgamiento, sino como advertencia de que la identidad del testador ha de quedar clara y específicamente establecida. La sentencia de Instancia parece, además, confundir las ideas de identificación y distinción física de una persona respecto a otras, al expresar que los testigos de identificación sólo individualizan a una persona frente a todas las demás aun sin conocerla. En realidad no es así: el testigo interviniente en el testamento, pertenezca a cualquiera de las categorías que menciona el párrafo primero del artículo seiscientos ochenta y cinco, no solamente distingue físicamente a una persona frente a las demás—ya que eso puede hacerlo cualquiera mediante el solo sentido de la vista—, sino que, además, corrobora la distinción jurídica de esa persona respecto de las otras, es decir, establece y afirma su identidad, porque así le consta. Sin embargo, para esta afirmación no precisa de especiales relaciones o tratos anteriores con el otorgante, sino que basta que haya llegado a dicha conclusión en el momento en que el testamento se produce. La finalidad identificatoria de los testigos que menciona el precepto citado viene, además, corroborada por el artículo siguiente, el seiscientos ochenta y seis, cuyo inciso primero se refiere al supuesto de que no pudiese identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, y que en su párrafo segundo atribuye la carga de la prueba a quien sostenga la identidad del testador. Con estas expresiones se nos está indicando que tanto la intervención de los testigos instrumentales como la de los de conocimiento, en su caso, no tiene más fin, a los efectos del párrafo primero del artículo seiscientos ochenta y cinco, que el puro y simple de establecer la identidad del testador. Citaba la sentencia de dieciséis de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve. Frente a esta lógica interpretación del artículo seiscientos ochenta y cinco, la Sala de Instancia, con su distinción—a nuestro juicio equivocada—entre testigos de conocimiento y testigos de identificación, estima que los primeros han de tener trato y comunica-

ción con el testador. Es destacable, por otra parte, que los propios demandantes reconocen expresamente que el testigo (doctor A. A.) no tenía duda sobre la identidad de la testadora. Ha de reputarse, pues, errada la sentencia recurrida cuando dice que el artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil exige que los dos testigos conozcan al testador antes del acto del otorgamiento. Cita las sentencias de veintisiete de mayo de mil novecientos catorce y veinte de junio de mil novecientos veintitrés. En el caso presente ocurre existió un conocimiento anterior al acto de testar, si bien aquélla, con su especial criterio acerca del término conocimiento, no lo considera suficiente. En efecto, la doctrina legal (sentencia de veintisiete de diciembre de mil novecientos treinta, entre otras) tiene declarado que el acto de testar en su unidad necesaria no principia hasta que reunidos el fedatario y los testigos con el testador se da comienzo por el Notario a la lectura del testamento que redactó siguiendo las instrucciones de aquél. De acuerdo con esta idea, ambos testigos conocían a doña P. P. antes del otorgamiento. La sentencia de Instancia confunde en realidad dos ideas que son totalmente diferentes: la identificación del testador por parte de los testigos y la aseveración por éstos del cabal juicio de aquél. Dice el considerando tercero que el previo conocimiento de la testadora por el testigo se exige como un requisito esencialísimo para poder juzgar de su capacidad. Esta interpretación resulta equivocada. El artículo seiscientos ochenta y cinco, en su párrafo primero, trata de arbitrar los medios precisos para impedir la suplantación del testador. El conocimiento exigido a los testigos es tan sólo el necesario para establecer la identidad de aquél. Otra cosa distinta enteramente es la advertencia que contiene el párrafo segundo del propio artículo seiscientos ochenta y cinco (el Notario y los testigos procurarán asegurarse...). Para procurar asegurarse del estado mental del testador no se requiere un previo conocimiento del mismo. Cualquier persona, aun sin trato y comunicación previa con el testador, puede afirmar, por simple inspección, si el otorgante se halla o no, a su juicio, en condiciones psíquicas de testar, máxime cuando ningún precepto legal exige especiales conocimientos técnicos para deponer acerca de este extremo. Por tanto, decir que el previo conocimiento se exige como «requisito esencialísimo» para poder juzgar acerca de la capacidad del testador implica un desconocimiento total de los verdaderos términos en que ha de interpretarse el artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil. Creemos suficientemente acreditada la errónea interpretación en que incurre la Sala de Instancia. Pero, además, en el caso que nos ocupa, y con independencia de que se hayan cumplido los requisitos formales del artículo seiscientos ochenta y cinco, debe considerarse que no se ha hecho cuestión en absoluto acerca de que doña P. P. fuera o no la persona que otorgó el testamento de siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos. Por el contrario, los demandantes no sólo no ponen en duda la identidad del testador, sino que reconocen expresamente que doña P. fue en realidad quien intervino. Así se deduce del simple examen de las actuaciones, desde la demanda pasando por la prueba y hasta el escrito de conclusiones, en el que indefectiblemente se designa a doña P. P. como «la testadora». No existe duda alguna en el Juzgador acerca de que fue la susodicha señora quien otorgó el testamento impugnado. Cita la Sentencia de doce de junio de mil novecientos veintiséis. Queda, pues, claro que la finalidad de identificación que pretende el párrafo primero del artículo seiscientos ochenta y cinco quedó también cumplida en la práctica.

Segundo: Con base en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, párrafo primero, y mil doscientos ochenta y tres del Código civil. Se articula para el supuesto de que ese Alto Tribunal estimase que la sentencia declare la inexistencia de todo tipo de conocimiento por parte del testigo. Aunque incluido en el capítu-

lo IV del título II del Código y relativo a la interpretación de los contratos, es obvio que el artículo mil doscientos ochenta y uno y los restantes comprendidos en dicho capítulo son de aplicación a cualesquiera declaraciones de voluntad o conocimiento. El Juzgador, en efecto, al investigar los hechos que se someten a su resolución realiza indefectiblemente una labor interpretativa, tanto el objeto de su examen venga constituido por negocios jurídicos o por cualesquiera documentos o manifestaciones de intención o creencia. Entiende esta parte que los preceptos sustantivos invocados han resultado violados al interpretar la Sala de Instancia las declaraciones del testigo don A. A., testigo instrumental también del testamento, de las que deduce dicha Sala que el tal testigo no conocía a la testadora en el instante de otorgarse el testamento. La Sala de Instancia, al recoger las manifestaciones de ese testigo está haciendo decir al mismo algo contrario a lo que dijo en realidad, incurriendo así en la violación denunciada. El testigo contesta, pues, que es «la primera vez que la vio», pero la Sala interpreta, en contra del tenor literal de la manifestación y haciendo comprender en ella una cosa distinta a la manifestada, que «no la conocía». Interpretación de la Sala incurriendo en la antedicha violación legal: que el testigo no conocía a la testadora. En definitiva, lo único que el testigo afirma es que no había visto antes a doña P. P. y que no tenía de ella el conocimiento suficiente para poder comparar su estado de juicio con el que tuviera en fecha anterior al testamento. Tres aclaraciones han de hacerse en este punto. Que no estamos impugnando en modo alguno la prueba testifical ni las concretas manifestaciones del testigo doctor A.; lo que rechazamos es lo que la sentencia dice que el citado señor manifiesta, pues es palmario que nunca «reconoció no conocer a la testadora». Que en la resolución de Instancia no se contiene la afirmación de haberse llegado a la tesis de la falta de conocimiento por el testigo en virtud de apreciación conjunta de la prueba, sino que expresamente se basa dicha tesis en una sola, la testifical del doctor A., cuyas manifestaciones han sido incorrectamente interpretadas. Que, por consiguiente, estimamos violados los preceptos citados al principio de este motivo, cuestión ésta de índole puramente jurídica y denunciable, por ende, a través del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos.

Tercero: Por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se invoca en este motivo la aplicación indebida por la sentencia de Instancia del artículo seiscientos ochenta y siete del Código civil. Según quedó demostrado en los motivos precedentes, el único «conocimiento del testador» exigible a los testigos del testamento, a tenor del artículo seiscientos ochenta y cinco del Código civil, es el suficiente para acreditar la identidad de aquél e impedir que sea suplantado por otra persona. Está claro que este tipo de conocimiento puede atribuirse a los dos testigos instrumentales que intervinieron en el testamento otorgado por doña P. P. S. el día siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos: al señor P. F., por su condición de médico de cabecera de la testadora, y al señor A. A., porque aun cuando no había mantenido trato anterior con ella tenía certeza de su identidad, certeza incluso reconocida por los demandantes en el escrito de conclusiones y derivada del conocimiento profesional de su existencia del hecho de saber que se hallaba internada en la clínica en que el testigo prestaba sus servicios y de las manifestaciones de los presentes, circunstancias más que suficientes para llevar al ánimo del testigo la conclusión de que la persona que se hallaba en trance de otorgar testamento era precisamente doña P. y no otra persona. Por tanto, los dos testigos conocían *in solidum* a la testadora en el preciso sentido exigido por el artículo seiscientos ochenta y cinco. En vista de ello resulta errada la sentencia recurrida al subsumir los hechos en el artículo seiscientos ochenta y siete del Código civil y declarar la nulidad del acto, haciendo indebida aplicación de este

precepto al caso que nos ocupa. A la misma conclusión llegamos si se observan las circunstancias que han concurrido en la presente litis. En ella jamás se ha puesto en duda, ni por los demandantes ni siquiera en la sentencia de Instancia, que quien otorgó el testamento impugnado fuera precisamente doña P. P. S., por lo que su identidad, en tanto que testadora, se halla plenamente establecida y reconocida por todos. Sentado este hecho indiscutido, hubo de entenderse cumplimentado el requisito de identificación que establece el artículo seiscientos ochenta y cinco, primero, del Código civil, y no aplicarse el artículo seiscientos ochenta y siete. Cita la Sentencia de treinta de abril de mil novecientos nueve.

Cuarto: A través del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la existencia de error de derecho en la apreciación de las pruebas por parte de la sentencia de Instancia, derivada de la violación del artículo mil doscientos cuarenta y tres del Código civil, en relación con el seiscientos treinta y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con los preceptos del Código civil, que se mencionan individualizadamente en la exposición de este motivo. La apreciación conjunta de la prueba no puede desintegrarse por el recurrente al acudir al número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos. Pero si el Juzgador de Instancia enumera o refiere los medios utilizados para deducir de determinado o determinados, concretos, sus conclusiones fundamentales sobre una de las cuestiones en litigio, es evidente que es el propio Juzgador el que ha realizado la separación de una parte respecto del conjunto, abriendo la puerta a la viabilidad del recurso. Cita las Sentencias de uno de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, siete de junio de mil novecientos dos, cinco de noviembre y cinco de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro y veinte de octubre de mil novecientos cincuenta. Pues bien: en la sentencia de Instancia dice, para negar la capacidad de la testadora, que se ha apoyado en el examen conjunto de la prueba y muy especialmente en los dictámenes periciales vertidos en el proceso. Precisa luego la circunstancia física y psíquica de la testadora, refiriéndolas: es persona de setenta y nueve años, que sufría desde tiempo anterior una arterioesclerosis avanzada que disminuía su capacidad mental y que más tarde, concretamente el día seis de diciembre de mil novecientos setenta y dos, fue internada en una clínica por padecer trombosis cerebral, progresiva e irreversible, de la que falleció veinte días después, mostrándose soñolienta, obnubilada y sólo capaz de responder a preguntas elementales para luego caer en sopor. Por ello—añade—no pudo explorarse su sensibilidad, sin que sea admisible la posibilidad de un intervalo lúcido. Y para concluir, que la testadora no se hallaba en su cabal juicio, sino privada totalmente de las precisas facultades de inteligencia y voluntad, y desmoronada su personalidad, sin juicio ni discernimiento para elaborar pensamientos y decisiones propios, aunque pudiera hacer algún gesto o pronunciar alguna palabra, incluso trazar maquinalmente en tal estado su propia firma. Es de observar que el Juzgador, al expresarse en lo fundamental, utiliza hasta las mismas frases que los dictámenes referidos, de donde nos es dable colegir que en el examen conjunto de la prueba, y especialmente en los dictámenes, encontró la misma las razones de su pronunciamiento, sino que éstas fueron tomadas textualmente de dichos dictámenes. Con todo el respeto que nos merecen los señores Peritos, debemos afirmar que el dictamen y su apreciación judicial van en contra de la sana crítica. Porque, primero, desdeñan que el artículo seiscientos sesenta y tres del Código civil no comprende limitación por arriba a la edad para testar, toda vez que sólo la sitúa por abajo, en el apartado primero, cuando dice que están incapacitados los menores de catorce años; segundo, desdeñan al artículo seiscientos sesenta y cuatro, en relación con el seiscientos sesenta y cinco del mismo ordenamiento, ya que de ellos se desprende que el Código ni remotamente ha admitido que los

ancianos sean presumiblemente incapaces o sospechosos de incapacidad; tercero, olvidan que el artículo seiscientos sesenta y cinco, para el testamento otorgado en intervalo lúcido, no exige la presencia junto con el Notario de dos neuropsiquiatras, sino simplemente, y porque es bastante, de dos facultativos de medicina; cuarto, olvida también que dicho artículo habla del demente, expresamente de esta forma y manera, por lo que no pueden estar excluidos los intervalos lúcidos en las demencias; quinto, no tiene en cuenta que el testamento es un acto esencialmente revocable (artículo setecientos treinta y siete del Código civil), de forma que resulta indebido—lo que se dice con venia—pretender encontrar explicaciones fuera de este presupuesto al hecho de que una manda del primer testamento de doña P. P. se haya cancelado o no. Resulta ciertamente impropio tratar de extraer de un acto de libertad previsto por la ley. Porque, sexto, no tienen en cuenta que el artículo seiscientos sesenta y seis del ordenamiento citado se atiene, para apreciar la capacidad, al estado del testador en el tiempo de otorgar, no al correspondiente a un período anterior o posterior. Porque, séptimo, desdennan que el Tribunal Supremo nos ha dicho en una Sentencia del veinte de febrero de mil novecientos setenta y cinco, que es confirmatoria de otras anteriores, que el diagnóstico retrospectivo de los especialistas en psiquiatría no es suficiente para acreditar por sí solo la incapacidad del testador. Si contemplamos el segundo dictamen pericial, nos encontramos con un resultado equivalente. El estudio de las firmas de doña P. y de las diferencias correspondientes al primer y al segundo testamento, para ni más ni menos terminar afirmando que en el segundo testamento hay un derrumbamiento de la personalidad, con cuanto es consecuente. El dictamen va contra las reglas de la sana crítica, va contra el sentido común, porque se sabe que una persona en trance próximo a la muerte puede ser muy capaz y, sin embargo, cometer torpezas manuales y digitales propias de la enfermedad que sufre. Hacer aseveraciones de carácter objetivo y absoluto que no respeten lo antes dicho es tanto como atentar—y de hecho se atenta—al principio que el Código civil establece en su artículo seiscientos noventa y cinco. Por tanto, apoyándose el considerando cuarto en dos dictámenes que presentan los vicios señalados, es evidente que el Juzgador ha cometido equivocación de derecho al concluir en una afirmación de incapacidad. Cabría la pregunta de si en los autos existen otras pruebas que evidencien la incapacidad de doña P. Y habría de responderse que no, por lo que se pasa a exponer. Recordemos que el testamento en cuestión se otorgó el día siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos, concretamente en la clínica donde se encontraba doña P. P. El parte clínico correspondiente al día anterior (día seis) dice textualmente en uno de sus apartados que «el estado psíquico (de doña P.) se mantiene en perfectas condiciones». En el día siete no se emite parte clínico, de donde es preciso colegir que no se produjeron cambios sustanciales respecto del día anterior. Es presumible, por tanto, que el día siete de diciembre, cuando el otorgamiento, se mantenía el estado psíquico apreciado en el día anterior. En el día ocho, el parte clínico dice que la paciente «responde bien a los estímulos» y que «conoce a las personas». Y en el día nueve, el parte correspondiente afirma: «se encuentra mucho mejor, totalmente despejada». El doctor C. emite un informe de asistencia a la enferma que dice lo siguiente: «la aparición de la sintomatología, sin pérdida de conocimiento, y la evolución lenta y progresiva del proceso habla en favor también de una trombosis». Obra en autos, como recoge la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que la visita del doctor S. a doña P. se realizó en una fecha que el propio doctor no recuerda, no pudiendo precisar, por tanto, si ello ocurrió en los días próximos al siete de diciembre o con posterioridad. El testimonio del Notario que autorizó el testamento se extiende, entre otros extremos, sobre la capacidad comprobada de la testadora y que la preparación del testa-

mento no obedeció a un acto de improvisación. El testimonio del médico y testigo don A. P. precisa que la señora, la otorgante, estaba consciente los días seis y siete, y que también puede afirmarlo respecto del ocho, nueve y diez. El testimonio de don A. A., médico e igualmente testigo, se extiende sobre que advirtió que la testadora respondía a las preguntas que se le formulaban y estimó que tenía capacidad para ello. Y añade que cree que la testadora estaba en condiciones de leerlo (el testamento), ya que se encontraba sentada en la cama y lo firmó sin ninguna dificultad. Este testigo finaliza su declaración contestando que mientras estuvo delante de la testadora no hubo necesidad de reanimar ni medicar a la enferma. Consideramos, por todo lo dicho, que también por este motivo se justifica la casación de la sentencia objeto de recurso.

Quinto: Por el cauce procesal del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal se denuncia la violación de la doctrina legal contenida, entre otras, en las sentencias de veinte de febrero de mil ochocientos noventa y tres y doce de julio de mil novecientos cinco, en cuanto que establecen el carácter personal de la acción de nulidad del testamento, y en las de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos y doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, a cuyo tenor la acción hereditaria ha de dirigirse contra quien posea los bienes hereditarios. Los demandantes han ejercitado la «acción personal de nulidad de testamento», como expresamente señalan en la demanda, y la sentencia de Instancia ha corroborado este carácter personal al dar «lugar a la acción de nulidad ejercitada». Los demandantes han acumulado a su acción personal una súplica de restitución de bienes típica de la acción de petición de herencia. Ahora bien: es requisito inexcusable para que pueda prosperar la citada acción, al igual que las reales, que se concreten los bienes cuya reclamación se insta y que se acredite la posesión del demandado. No cabe, pues, la petición de que se condene al demandado a «restituir los bienes que hubiere ocupado» ni tampoco la sentencia podría dictar una condena para la hipótesis de que tales bienes se hallaran en poder del demandado. Pues bien: esto es precisamente lo que ocurre en la resolución de alzada, en la que sin hacer mención de que los demandados posean los bienes ni cuál de ellos, en su caso, sea poseedor, ni en qué concepto, se condena a todos en su conjunto a «restituir a la masa hereditaria todos los bienes de doña P. P. S. que hubieran ocupado». Se condena, pues, para un caso hipotético, el de que los demandados hubieran ocupado bienes. Implícitamente se está admitiendo que no consta a la Sala el hecho de la ocupación ni cuáles sean los bienes sobre los que la hipotética ocupación haya operado. En consecuencia, la sentencia de Zaragoza ha atribuido unos efectos a la acción ejercitada que de ningún modo puede tener, porque aun cuando estimase la acción de nulidad, nunca debió dar lugar a los efectos reparatorios contenidos en el pronunciamiento segundo del fallo. Por ello debe ser casada también por este motivo.

Sexto: Por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación, por inaplicación, del artículo cuatrocientos treinta y cuatro del Código civil, cuando, al regular la posesión, establece que «la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba», y de la doctrina legal recogida, entre otras, en las Sentencias de ese Alto Tribunal de diez de abril de mil novecientos cincuenta y seis y trece de marzo de mil novecientos sesenta y seis, en el sentido de que... «la apreciación de la buena fe es un concepto jurídico que se presume siempre en la posesión», y de que «constituye un verdadero postulado jurídico el que ampara la buena fe del tenedor de una cosa o el titular de un derecho por medio de una presunción legal que, como tal, ha de producir los efectos señalados en los artículos mil doscientos cincuenta y mil doscientos cincuenta y uno del Código civil, con su doble consecuencia de dispen-

sar de toda prueba a los favorecidos por ella y de arrojar por entero la carga de la prueba en contrario a quien pretenda destruir la presunción». Hemos señalado en el motivo anterior que en la sentencia recurrida no se hace mención alguna acerca de que la demandada se hallara en posesión de los bienes hereditarios, no obstante lo cual e indebidamente, a nuestro juicio, la resolución de Instancia condena a aquélla a devolverlos. Pero en cualquier caso, aun cuando prosperase la declaración de que ha de procederse a una devolución tan cuestionable, lo cierto es que debería siempre reconocerse la buena fe en el poseedor por aplicación del artículo cuatrocientos treinta y cuatro del Código civil. La Sala de Zaragoza no actúa en el expresado sentido y comete la infracción que se denuncia, ya que al condenar a los demandados a restituir a la masa hereditaria «los frutos percibidos y los debidos percibir», aplica el característico efecto de la posesión de mala fe, establecido en el artículo cuatrocientos cincuenta y cinco del Código civil en su primer párrafo, que contrasta con el que se asigna en el artículo cuatrocientos cincuenta y uno al poseedor de buena fe, cual es el de hacer suyos los frutos percibidos sin tener que abonar aquellos que el vencedor en la posesión hubiera podido obtener. La decisión de la Sala de Instancia ha ignorado la presunción legal de buena fe en todo poseedor, que debió tenerse en cuenta ante la falta de alegación y de prueba alguna que la enervara, infracción que, cualquiera que sea la suerte de los precedentes motivos, justifica la casación que en éste se interesa.

Séptimo: Con invocación del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la aplicación indebida del artículo cuatrocientos cincuenta y cinco del Código civil, en cuanto establece que el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. La sentencia aplica este precepto, aceptando indudablemente la invocación que del mismo se hace en los fundamentos de Derecho de las demandas acumuladas. En el presente motivo se ataca el error cometido por la Sala de Instancia al aplicar a la citada restitución una norma expresamente establecida para los supuestos de que exista posesión y ésta sea de mala fe. En el supuesto de que la demandada se hallara en posesión de los bienes hereditarios y aunque prosperase la orden de devolución, es claro el error que se comete al imponer la devolución de los frutos percibidos y de los debidos percibir, cuando es lo cierto que no existiría obligación alguna de restituir ni unos ni otros por no darse el supuesto de mala fe que específicamente contempla el artículo cuatrocientos cincuenta y cinco del Código civil, para cuya aplicación es inexcusable en todo caso destruir cumplidamente, mediante las oportunas pruebas, la presunción legal de buena fe que establece con carácter general el artículo cuatrocientos treinta y cuatro. Al aplicarse el primero de los preceptos citados, es claro el error en que incide la sentencia recurrida, que con base en el presente motivo debe ser casada.

Octavo: Por la vía procesal del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación por inaplicación de los artículos cuatrocientos cincuenta y uno, párrafo primero, cuatrocientos cincuenta y tres, párrafos primero y segundo, y cuatrocientos cincuenta y cuatro, todos del Código civil, de acuerdo con cuya doctrina el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea legalmente interrumpida la posesión, tiene derecho a percibir los gastos necesarios y útiles, con facultad de retener, y se halla autorizado a retirar las acciones de ornato, salvo que el sucesor en la posesión no prefiera abonar su importe. Con la misma salvedad ha de ponerse de relieve la errónea línea seguida, que, al no reconocer la buena fe siempre presumible del supuesto poseedor, le impide percibir los frutos y resarcirse de los gastos efectuados en los bienes. Los preceptos cuya violación se invoca han sido declarados aplicables a supuestos como el que nos ocupa en virtud de doctrina legal sentada, entre otras, por las Sentencias de seis

de julio de mil ochocientos noventa y nueve y doce de octubre de mil novecientos uno. De considerar la sentencia poseedora a la demandada como sería preciso para imponerle legalmente la obligación de devolver, siempre debió estimar su buena fe, y lejos de condenarla a reintegrar los frutos percibidos y debidos percibir e indemnizar los bienes enajenados, hubo de reconocer su derecho a tales frutos al abono de los gastos necesarios y útiles, declarando incluso su facultad de retener aquellos bienes en tanto tales gastos no le fueran satisfechos, así como retirar, en su caso, las mejoras de ornato o recreo realizadas en los bienes. Al no hacerlo así, la sentencia debe ser casada con base en la infracción que se denuncia. La doctrina sentada en los tres motivos anteriores resulta de todo punto coherente con el principio general de buena fe que ignora o elude la sentencia de instancia. Si ésta ordena la devolución de los bienes debió inexcusablemente pronunciarse sobre el tema de la posesión. Ahora bien, en tal caso es imprescindible, a falta de toda prueba en contrario, la estimación de dicho poseedor como de buena fe, como se señala en el motivo sexto, con los siguientes efectos a que se refieren los artículos citados en el motivo octavo, que debieran aplicarse al caso de autos, y con exclusión de los pronunciamientos de la sentencia en materia de frutos e indemnizaciones que implican la gratuita atribución de mala fe al poseedor por aplicación de los artículos señalados en el motivo séptimo, en los que nunca debió basarse la sentencia.

Noveno: Por el cauce procesal del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación por inaplicación de la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias dictadas por esa excelentísima Sala en fechas cuatro de abril de mil novecientos veintiuno, veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y tres, veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, veintiséis de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, siete de enero de mil novecientos sesenta y seis y treinta y uno de mayo de mil novecientos cuatro. Según la doctrina invocada, la acción por medio de la cual el heredero testamentario o abintestato reclama la restitución de los bienes hereditarios a quien los posee en concepto de heredero puede ejercitarse por cualquiera de los coherederos aisladamente de los demás siempre y cuando lo hagan en interés común o en beneficio o representación de la comunidad. Si actuaren en nombre e interés propio, cada heredero no puede demandar más que la parte de la herencia que le corresponde, de modo que procede la casación contra la sentencia que concede toda la herencia a los demandantes si existen otros herederos que no demandaran. La conocida doctrina expuesta permite al coheredero accionar en nombre propio, en cuyo caso, dado el carácter divisible de la acción, ésta sólo puede ejercitarse y prosperar respecto de su parte o bien en interés o beneficio común, caso en que cabe un pronunciamiento más amplio en favor de todos los coherederos. La exposición de la infracción que en este motivo se denuncia exige tener presente: que el título en que se fundan los demandantes ampararía igualmente a la demandada y hoy recurrente doña T. G. P., quien, aunque prosperase la tesis de nulidad de testamento que mantiene la sentencia recurrida, en ningún caso dejaría de ostentar el carácter de heredera, como instituida en el testamento anterior de la señora causante, e incluso, por su parentesco de sobrina, como heredera abintestato. Esta circunstancia excluye totalmente la posibilidad de ejercicio de la acción contra un coheredero por otros varios coherederos en un «interés común» o «beneficio común», puesto que son antagónicas en el pleito las posiciones de los coherederos interesados, y, consecuentemente, ese «interés común» o «beneficio común» no puede darse. A mayor abundancia de argumentos, debe tenerse en cuenta que una de las herederas que ostentaría tal carácter si prospera la declaración de nulidad de testamento realizada en la sentencia recurrida no ha demandado ni intervenido en el pleito. No cabiendo la actuación al amparo de un inte-

rés común que no existe y no concurriendo todos los herederos como demandantes, resulta patente la infracción que se denuncia, ya que no debió darse lugar a la acción ejercitada ni formularse un pronunciamiento que afectase a la totalidad de la herencia. Al dar lugar a la acción ejercitada, desconociendo que sólo cabía en este caso la actuación de cada heredero por su parte, se condena a una restitución total que, en un plano sustantivo, ignora la participación que en la propia herencia incumbe a doña T. G. P. Por todo ello, al no tener en cuenta la doctrina que en este motivo se invoca, la sentencia se hace acreedora a la casación que interesamos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, imponiendo las costas del mismo a la parte recurrente conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que es doctrina reiterada de esta Sala la de que la estimación de la capacidad al momento de otorgar testamento es puramente una circunstancia deducida de los que son supuestos de hecho, y aunque se presume por regla general, aún avalada por la declaración del Notario autorizante y corroborada por los testigos intervinientes, dicha presunción, que lo es *juris tantum*, puede ser abatida por la prueba en contrario, por lo que ha de alcanzar extrema importancia en la resolución del recurso el que el Juzgador declare como probado, de la apreciación conjunta de la prueba practicada y muy especialmente, según expresión literal de la sentencia, de los dictámenes periciales, el que la testadora, de setenta y nueve años de edad, venía sufriendo desde tiempo anterior una arteriosclerosis avanzada que disminuía su capacidad mental, siendo internada el día seis de diciembre de mil novecientos setenta y dos en una clínica al haberle sobrevenido una trombosis cerebral progresiva e irreversible, de la que falleció veinte días después, mostrándose durante ese periodo de internamiento soñolienta, obnubilada y en tal estado de sopor, que hacía imposible la exploración de su sensibilidad, porque en su estado psíquico carecía de capacidad para responder, sin admisibilidad de intervalos lúcidos; de lo que forma el Juzgador de Instancia la convicción de que en el momento en el que otorgó el testamento—siete de diciembre de mil novecientos setenta y dos—, cuya nulidad se pretende, la testadora no se hallaba en su cabal juicio, sino privada totalmente de las precisas facultades de inteligencia y voluntad, aunque pudiera hacer algún gesto, pronunciar alguna palabra o incluso trazar maquinalmente en tal estado su propia firma, dando lugar, en consecuencia, a la acción de nulidad ejercitada.

Considerando que tal consecución probatoria trata el recurrente de combatir por el cuarto de los motivos del recurso, amparado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de derecho en la apreciación de las pruebas por violación del artículo mil doscientos cuenta y tres del Código civil, en relación con el seiscientos treinta y dos de la Ley de Enjuiciar y demás preceptos que, conforme al decir del recurrente, se van mencionando individualizadamente en la exposición del motivo; mas como el primeramente de los invocados preceptos no hace, en cuanto al valor de la prueba pericial, sino remitirse a lo que sobre el mismo se determina en dicha Ley Procesal, la que en su artículo seiscientos treinta y dos faculta a los Jueces y Tribunales para apreciarla según las reglas de la sana crítica, reglas que no constan en precepto legal alguno, por lo que hay que entender que las mismas no son sino las de la lógica o del sentido común, y no llegando el Juzgador en su conclusión probatoria a nada contrario a lo que de la prueba parece lógico y racional consecuencia, sería bastante para desestimar el motivo; pero es que además el recurrente no hace sino un análisis subjetivo e interesado de los dictámenes periciales que en especial valoró el Juzgador, sin que bajo tal prisma no le sea difícil llegar a conclusiones contrarias a las de aquél sobre las que intenta hacer prevalecer, e incluso sentando propias

opiniones opuestas a las afirmadas por los peritos o interpretando preceptos sustantivos que al estimar infringidos en ese personal análisis, sienta que con ello se infringieron esas reglas de sana crítica que nunca pueden ser contrarias a las que los principios legales establecen, lo que abona aquella ya acordada desestimación del motivo.

Considerando que el primer motivo del recurso, por la vía del mismo ordinal del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la interpretación errónea del artículo seiscientos ochenta y cinco, párrafo primero, del Código civil, mas si, en efecto, de la declaración como hecho probado y no combatido de que uno de los testigos instrumentales del testamento, cuya nulidad es objeto de pretensión en la litis, no conocía a la testadora con anterioridad al momento de su otorgamiento, llega a la conclusión de que el mismo es nulo, puesto que dicho conocimiento es requisito esencial para su validez, no cabe decir haya interpretado erróneamente el invocado precepto, lo que hace sea desestimado el motivo; mas aparte de ello, es que tal causa de nulidad no es sino una de las dos en que la sentencia se fundamenta, pues también se aprecia, como ha quedado expresado, la falta de capacidad de la testadora, por la que la estimación de este motivo no había de repercutir en el fallo, al quedar incólume esa otra causa, al ser desestimado aquel cuarto motivo; debiendo correr la propia suerte adversa los motivos segundo y tercero, puesto que al denunciar aquél la violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, párrafo primero, y mil doscientos ochenta y tres del Código civil, no se intenta por el recurrente sino insistir sobre aquélla, que afirma interpretación errónea del artículo seiscientos ochenta y cinco, si bien ahora lo sea en relación a la prueba practicada de la que dice debió el Juzgador deducir, mediante esa labor interpretativa aplicada a la declaración del testigo, que lo fue instrumental en el testamento, conclusión contraria a la afirmada, luego en verdad en el motivo se ataca la prueba por cauce inadecuado; y en cuanto al tercero, porque al denunciar la aplicación indebida del artículo seiscientos ochenta y siete del Código civil, se hace por el recurrente supuesto de la cuestión al dar por cumplido cuanto dispone el antes citado artículo seiscientos ochenta y cinco y entonces estimar que no cabía subsumir los hechos en ésa, que no es sino una disposición genérica, contenida en el precitado artículo seiscientos ochenta y siete.

Considerando que el motivo quinto del recurso, por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de la doctrina legal contenida en las Sentencias de veinte de febrero de mil ochocientos noventa y tres y doce de julio de mil novecientos cinco, en cuanto establecen el carácter personal de la acción de nulidad del testamento, y en las de dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y dos y doce de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres, a cuyo tenor la acción hereditaria ha de dirigirse contra quien posea los bienes hereditarios; mas la finalidad del motivo, según se desprende de su desarrollo, es la de incompatibilizar la acción de nulidad ejercitada con la pretensión sobre la restitución a la masa hereditaria de los bienes de doña P. P., por quien los hubiese ocupado, al no constar a la Sala el hecho de la ocupación ni cuáles sean los bienes sobre los que la hipotética ocupación haya operado, lo que implica una cuestión que ni ha sido planteada ni discutida en la litis ni en tal sentido resuelta en la sentencia, por lo que el motivo se haya incurso en la causa quinta de inadmisión del artículo mil setecientos veintinueve de la antes expresada Ley Procesal, que en esta fase decisoria lo es de desestimación.

COMENTARIO.—Con todos los respetos que merece la decisión, tal y como resultan los hechos de los elementos que hemos tenido a mano y transcrito casi literalmente, parece más probablemente acertado el criterio del Juzgado de Primera Instancia al valorar la prueba que el de la Audiencia y, por

consiguiendo, no merece demasiados plácemes la conclusión a la que llega nuestro más Alto Tribunal, aceptando el parecer de esta última. Cabe preguntarse acerca de la necesidad de que los testigos de un testamento notarial conozcan al testador *antes* del momento del otorgamiento, ¿cuántos segundos, minutos, horas, días, semanas, meses o años antes? ¿Cómo y con arreglo a qué criterios se establece el límite temporal de tiempo de ese conocimiento para que sea suficiente y, concurrentemente, la «intensidad» de ese conocimiento en función precisamente del tiempo prefijado? Si la misión del Derecho es primordialmente proporcionar seguridad, según los principios romanos puestos de relieve magistralmente por ORTEGA Y GASSET (*Una interpretación de la historia universal. En torno a Toynbee*, en el tomo IX de sus obras completas, Edit. Revista de Occidente, 2.ª ed., 1965, páginas 220 y ss.), no parece muy acertada la vía que marca esta sentencia, ya que, a mayor abundamiento, de seguir ese criterio resultaría poco menos que imposible para los Notarios autorizar testamentos, salvo únicamente los de sus familiares o amigos más íntimos. En efecto, si para los testigos se exige este previo conocimiento, ¿por qué no exigirlo también para el Notario? Parece que la lógica, no reñida con el Derecho, como reconoce el mismo Tribunal Supremo en su segundo considerando, que la equipara al «sentido común», así lo requiere. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece poner un paliativo, asustado de las consecuencias de una tal doctrina, al decir acto seguido en el siguiente considerando «que tal causa de nulidad no es sino una de las dos en que la sentencia se fundamenta, pues también se aprecia, ..., la falta de capacidad de la testadora, por lo que la estimación de este motivo no había de repercutir en el fallo al quedar incólume esa otra causa...». Para ser congruente con tal manera de pensar, que parece reducir el alcance de la desestimación de tal motivo del recurso a un *obiter dictum*, podría haberse estimado el motivo basado en el suficiente conocimiento de la testadora por parte del testigo y desestimado el de la presunta capacidad de la testadora manteniendo su incapacidad. Ahora bien, como esta última descansaba en el silogismo de que precisamente el testigo inhábil por falta de conocimiento previo no se encontraba en condiciones de juzgar sobre la capacidad de la testadora o de comparar ésta en el momento de testar con la que tuviera estando sana, es por ello que se cree, sin duda, preferible mantener íntegramente los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia. En última instancia, si la testadora tenía a mano su documento nacional de identidad, que seguramente el Notario reseñaría, de la comparación de éste con la propia testadora, presente físicamente, basta para asegurarse de su conocimiento en la medida que exige el artículo 685 del Código civil, máxime cuando el propio Médico-Director de la clínica ofrece a su colega, que trabaja también en la misma, el testimonio de su propia aseveración en tal sentido. La última consecuencia que se extrae de esta sentencia respecto al particular comentado es la que reiteradamente se ha pedido: la supresión de los testigos en los testamentos o, a lo sumo, dejar reducida la necesidad de su intervención a los mismos supuestos que para los actos y contratos entre vivos.

F. C. L.