

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

LA LEGITIMACION REGISTRAL RESPECTO A LINDEROS Y CABIDA, COMO PRESUNCION QUE ES, PUEDE DESTRUIRSE EN JUICIO CONTRADICTORIO. LA INSCRIPCION NO TIENE CARACTER CONSTITUTIVO. LA IDENTIFICACION DE LA FINCA ES CUESTION DE HECHO APRECIABLE POR EL TRIBUNAL «A QUO». REINSCRIPCION FUERA DE PLAZO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Doña Montserrat Inglada Casado deduce demanda contra don Antonio Bigata Solá y doña María Solá Queraltó, reivindicando una porción de terreno que éstos habían incluido en su finca colindante con motivo de una agrupación de fincas y declaración de exceso de cabida sin justificarlo adecuadamente, por lo que suplicaba se declare nula la citada agrupación en cuanto al exceso de superficie y se ordene la cancelación registral correspondiente, y en mérito de todo ello se condene a los demandados a restituir a la actora la porción de terreno en cuestión, que ya lo tenía inscrito como incluido dentro de la superficie de su finca, reinscrita por destrucción del Registro.

Los demandados contestan oponiéndose y formulando reconvencción para que se declare que la finca de la actora sólo tiene 179,37 metros cuadrados y no los 712 que figuraban en su inscripción.

Evacuados los trámites de réplica, contestación a la reconvencción y de dúplica y practicadas las pruebas pertinentes, el Juez de Primera Instancia de Granollers dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, declarando nula la agrupación realizada por los demandados en cuanto al exceso de cabida discutido y desestimando la reconvencción.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la sentencia del Juzgado.

La parte demandada interpone recurso de casación por infracción de ley,

basándose, entre otros motivos, en error de hecho en la apreciación de prueba, violación por inaplicación del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria respecto a la superficie que figuraba en el Registro a favor de los demandados (citando las sentencias de 21 de marzo de 1953 y 25 de enero de 1958) y violación por inaplicación de los artículos 3 y 13 de la Ley de Reconstrucción de Registros de 15 de agosto de 1873, en relación con el artículo 3, apartado 1.º, de la Ley de 5 de julio de 1938, pues la actora obtuvo su reinscripción una vez pasado el plazo que marcaban dichas leyes para que tal reinscripción pudiera perjudicar a tercero, condición que tenían los demandados respecto a aquella reinscripción posterior.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» segundo, tercero y quinto:

«Considerando que la conclusión fáctica a que llega la sentencia de Primera Instancia y que apoya su fallo, a través de un laborioso estudio del historial de la titulación de las fincas o terrenos a que este litigio se contrae, en relación con su realidad física, en el curso de las diversas vicisitudes llevadas a cabo en el transcurso del tiempo por segregaciones y transmisiones verificadas de la finca matriz, lo que es aceptado por la sentencia recurrida, haciendo además mención del resultado de la prueba pericial y de reconocimiento judicial, para llegar a idéntica conclusión que el Juzgado de Primera Instancia, con respecto a la identificación de la finca o terreno que la demandante trata de reivindicar, con independencia física en cuanto a sus linderos y extensión en relación con la de los demandados, conclusión que se trata de combatir por los recurrentes a través del primer motivo del recurso formalizado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos o actos auténticos que evidencian, a su juicio, la equivocación del juzgador, motivo que no puede prosperar porque su desarrollo se dirige a combatir la conclusión de identificación de la finca a que llega la sentencia recurrida, cuestión de hecho que compete al Tribunal *a quo*, cuyo criterio interpretativo de la prueba practicada sobre el particular ha de prevalecer sobre el de la parte, a menos que acuse un evidente error de hecho que se desprende de documento auténtico, supuesto que no concurre en el caso presente, pues todos los documentos que a tal fin se señalan por el recurrente carecen de tal carácter por ser precisamente los básicos del pleito, ya examinados por la Sala de Instancia, no pudiendo por ello tener la consideración de tales a los fines procesales del presente recurso y porque, en resumen, lo que verifica el recurrente es relacionar unos con otros para destruir la conclusión de hecho del Tribunal de Instancia, tratando de sustituirla por su criterio propio, frente al más objetivo del Tribunal, que además lo obtuvo relacionando el estudio de la prueba documental con el resultado de la pericial y del reconocimiento judicial sobre el terreno, razones todas que determinan la desestimación del motivo.»

«Considerando que bajo el motivo segundo, formulado, igualmente que los tres siguientes, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo que no puede haberse producido, pues el expresado precepto no establece más que una presunción, la que puede destruirse cuando a través de un juicio contradictorio se demuestra que los asientos registrales, en cuanto reflejan linderos, cabida, etc., no coinciden con la realidad física, cual resulta de los hechos que reputa probados la sentencia recurrida, sin que la inscripción tenga en nuestro Derecho carácter constitutivo, lo que posibilita poner de acuerdo la realidad física con la registral, como se desprende del propio precepto invocado, que autoriza o previene la necesidad de solicitar la nulidad o rectificación de la inscripción

registral, cuando se ejercite la acción reivindicatoria de dominio en todo o en parte de una finca inscrita, cual se ha verificado en el presente caso, aparte que lo que el recurrente realiza a través del desarrollo del motivo es una interpretación personal de la prueba documental obrante en autos para enfrentarla contradiciendo la del Tribunal *a quo*, que nunca podría verificarse al amparo del precepto que se cita como infringido en el presente motivo, que por todo lo cual ha de ser desestimado.»

«Considerando que el motivo quinto, en que se pretende acusar la inaplicación de los artículos 3 y 13 de la Ley de 15 de agosto de 1973, en relación con el artículo 3, apartado primero, de la Ley de 5 de julio de 1938 sobre reconstrucción de Registros y Orden de 1.º de junio de 1939, regula supuestos distintos al caso de autos, en que no entran en juego los preceptos hipotecarios, sino los meramente civiles, en relación con la identificación del terreno objeto de recíproca pretensión de reivindicación a través de la demanda y reconvencción, por lo que ha de rechazarse.»

COMENTARIO.—Esta sentencia confirma una vez más que la presunción *iuris tantum* derivada del principio de legitimación registral se extiende a los datos de cabida y linderos. No importa que en concreto admita un pronunciamiento en contra del Registro respecto a tales extremos, sino que lo que interesa es el razonamiento utilizado (*ratio*), que parte, sin duda, de la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a los datos registrales de superficie y linderos. Efectivamente, le hubiera sido muy fácil a la sentencia, siguiendo una corriente doctrinal y jurisprudencial, decir que los datos registrales de cabida y linderos no están comprendidos en el artículo 38, o sea, en el principio de legitimación registral. Y, sin embargo, sigue la vía o razonamiento contrario: que como tales datos están cubiertos por la legitimación registral, y ésta contiene una presunción *iuris tantum*, puede destruirse por la prueba en contrario. El resultado de una u otra forma de razonar en este caso concreto sería idéntico: prescindir de los datos registrales. Pero a efectos de doctrina legal, en relación con futuros casos en que no quede clara la delimitación de fincas colindantes, esta sentencia es terminante en pro de la aplicación de la presunción legitimadora a los datos físicos o descriptivos de la finca. Con lo cual no hace más que seguir la línea reiterada de varias sentencias de dicho Tribunal que, prescindiendo ahora del distinto resultado a que llegan en el caso concreto, parten del mismo principio; sentencias que tuvimos ocasión de recoger y comentar en otro lugar.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD EN AGUAS: CAPTACION DE AGUAS Y APERTURA DE POZOS A MAS DE 100 METROS, PERO EN PERJUICIO DE OTRO APROVECHAMIENTO PREFERENTE. INTERPRETACION DEL ARTICULO 23 DE LA LEY DE AGUAS. DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER ACORDANDO EMISION DE DICTAMEN PERICIAL POR IMPOSIBILIDAD DE PRACTICAR LA PRUEBA PROPUESTA. PRUEBA PERICIAL EN CASACION. CONGRUENCIA DE SENTENCIA, AUNQUE AÑADA A LO PEDIDO EXTREMOS ACCESORIOS (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

Hechos.—El Ayuntamiento de Altea y el Sindicato de Riego de Altea la Vieja deducen demanda contra «Agrícola de Benidorm. S. A.» (Agriben), alegando el Ayuntamiento ser propietario de una concesión administrativa

de aguas de la fuente «Garroferet», de 3,77 litros por segundo, y de otro manantial de las fuentes denominadas «Alhama», de un caudal aforado de agua potable de 5,85 litros por segundo, y el Sindicato de Riego alega tener la concesión de las aguas subálveas de La Puente y Barranco del «Garroferet». Los demandantes mantienen que la entidad demandada, al alumbrar un pozo para destinar el agua a abastecimiento de núcleos de población sitos en Calpe y otros lugares, ha producido el efecto de que las fuentes y manantiales de los demandantes hayan quedado secos, impidiendo su destino de abastecimiento a la población de Altea y su término y de riego a la zona. Citan los fundamentos legales y suplican se dicte sentencia declarando: *a)* que es ilícita la actitud de la sociedad demandada captando aguas que producen la merma total en unos casos, y parcial en otros, de las fuentes y aprovechamientos de las entidades demandantes; *b)* que tal conducta ilegítima perjudica al legítimo derecho de las entidades actoras al normal uso, posesión y aprovechamiento de las aguas de sus citados manantiales y fuentes; *c)* que, en consecuencia, debe cesar la ilegítima conducta y actitud de la demandada, absteniéndose la misma de realizar ni producir ninguna influencia que prive a las actoras de ese uso y aprovechamiento normal del agua; *d)* que con su referida conducta y actitud ilegal, la demandada ha producido claros perjuicios económicos a las actoras, cuyo importe de daños y perjuicios será tasado en ejecución de sentencia, y, en consecuencia, condenando a dicha sociedad demandada a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de las costas.

«Agriben, S. A.», contesta a la demanda oponiéndose porque entiende que los pozos abiertos por ella no perjudican a las actoras, de cuyas fuentes distan más de 1.000 metros.

El Juez de Primera Instancia de Villajoyosa dictó sentencia desestimando la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, después de unas diligencias para mejor proveer acordando la práctica de un dictamen pericial en atención a la imposibilidad de practicar la prueba propuesta por la parte actora por causa de fuerza mayor (ya que con tal prueba hubiera quedado sin agua la población veraniega de Altea), dictó sentencia revocando la del Juzgado y declarando que es ilícita la captación de aguas que hace la demandada, por cuanto interfiere y distrae el caudal de las fuentes de los actores; que la demandada tiene que cesar en su conducta y abstenerse de realizar ni producir ninguna influencia que prive a los actores de ese uso y aprovechamiento normal de sus aguas, y que la aludida conducta de captación de aguas por parte de la demandada ha producido evidentes perjuicios económicos a los actores, cuyo importe se determinará en período de ejecución de sentencia, pero de acuerdo con unas bases concretas, que señala fijando el perjuicio en el 32 por 100 del total del agua obtenida por la demandada a partir del momento de la presentación de la demanda.

«Agriben» interpone recurso de casación por infracción de ley por los siguientes motivos: 1.º Violación del artículo 1.214 del Código civil, relativo a la carga de la prueba, ya que era a la parte actora a quien correspondía probar la merma de las aguas y no lo hizo así, sino que esa actividad probatoria fue sustituida por un dictamen pericial acordado en diligencia para mejor proveer. 2.º Violación del artículo 1.243 del Código civil por error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que se ha realizado una prueba pericial sin adaptarse a la forma señalada por la Ley de Enjuiciamiento. 3.º Incongruencia de la sentencia, pues en la demanda se pedía la declaración de que se habían producido perjuicios económicos cuya fijación se haría en ejecución de sentencia y, sin embargo, la Audiencia fija de modo concreto el perjuicio y datos concretos acerca del mismo. 4.º Interpretación errónea del artículo 23 de la Ley de Aguas, ya que en la sentencia recurrida

se hacen dos declaraciones: que la actividad de captación de aguas por parte de «Agriben» es ilícita, y la segunda, que ha de cesar en su conducta y abstenerse de realizar ni producir ninguna influencia que prive a los actores del uso y aprovechamiento normal de sus aguas, resultando que como la apertura de los pozos está a más de 100 metros de distancia (distancia ática), el único límite del ejercicio de su derecho subjetivo es que no se reduzcan los caudales concretos de los aprovechamientos de los actores; pero la actividad de la demandada no es ilícita ni delictiva, sino, a lo sumo, una extralimitación, pues la figura implícita en el artículo 23 de la Ley de Aguas es el abuso del derecho, lo que excluye el carácter ilícito de la actividad en cuestión.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso por lo que se destaca fundamentalmente en los considerandos segundo, tercero, cuarto y sexto a undécimo:

a) *Carga de la prueba en relación con diligencia para mejor proveer acordando emisión de dictamen pericial por imposibilidad de practicar la prueba propuesta.*—«Considerando que antes de entrar en el estudio del fondo de los problemas que se suscitan en este motivo (el primero) conviene destacar: Primero: Que contrariamente a lo que en él se afirma, las partes demandantes ya en la Primera Instancia propusieron la prueba pericial, encaminada a demostrar aquella relación de causalidad entre la reducción del caudal de sus fuentes y las aperturas de los pozos por la entidad demandada—folio 168—, y con su proposición se mostró conforme la referida entidad—folio 169—y el Juzgado acordó su admisión—folio 171—. Segundo: Que incluso se realizaron las actividades judiciales precisas para proceder después a su práctica, la cual no pudo llevarse a cabo porque para ello habría que dejar sin agua a una populosa barriada, con lo cual expiró el plazo. Tercero: Que en la fase de apelación, y en el momento oportuno, se pidió el recibimiento a prueba para que pudiera practicarse lo que no se había podido llevar a cabo por causas no imputables a los proponentes, y la Audiencia, comprendiendo su procedencia, acordó tal recibimiento para que pudiera practicarse. Cuarto: Que otra vez surgió la misma causa de fuerza mayor, que impidió se llevara a cabo. Quinto: Que la Sala sentenciadora, una vez celebrada la vista de la apelación, comprendiendo que sin la práctica de esa prueba se producía la indefensión de los demandantes por causa de fuerza mayor, acordó, como diligencia para mejor proveer, la emisión de un dictamen pericial sobre los extremos que detalladamente se exponen en la providencia de 18 de enero de 1974, obrante al folio 59 del Rollo, la cual se llevó a efecto en 27 de abril siguiente, con el resultado que se refleja en dicho Rollo y que muy acertadamente recoge y aprecia la Sala de Instancia.»

«Considerando que sentado lo que antecede, se comprende que cae por la base toda la fundamentación del motivo, porque bien claramente se comprueba que dicha Sala, al acordar, en uso de las facultades que le confiere el artículo 340 de la Ley de Trámites, la práctica de ese dictamen pericial y al apreciar su eficacia, no suplió la inactividad de los demandantes, sino que hizo posible la práctica de una prueba que oportunamente había sido instada por la parte y admitida primero por el Juzgado y luego por el Tribunal de Apelación, la cual no pudo llevarse a cabo en los estrechos plazos que concede la ley, que coincidieron con la época veraniega, en la que había que dejar sin agua una populosa barriada; no hizo, pues, otra cosa sino ejercitar acertadamente una facultad que la ley le otorga para que pueda lograrse el triunfo de las justas pretensiones de los demandantes, que con las perforaciones y alumbramientos llevados a cabo por la demandada vieron reducido extraordinariamente el caudal de agua de sus fuentes, en posesión del cual llevaban ya muchos años.»

«Considerando que, además, la parte recurrente olvida: a) la naturaleza totalmente potestativa de la facultad que el artículo 340 otorga a los Jueces y Tribunales y que, como dispone el párrafo final de ese precepto, 'contra esta clase de providencias *no se admitirá recurso alguno* y las partes no tendrán en la ejecución de lo acordado más intervención que la que el Tribunal les conceda'; b) que aunque el referenciado precepto no señala de manera expresa el dictamen pericial, alude, sin embargo, a 'cualquier reconocimiento o avalúo que se repute necesario', y la doctrina científica, la jurisprudencia y la práctica constante de los Juzgados y Tribunales proclaman al unísono que en esas frases vienen comprendidos lo mismo el reconocimiento judicial que el dictamen pericial que se juzguen necesarios a los fines de justicia; c) olvida también dicha parte recurrente que el criterio legislativo en materia de admisión de pruebas es muy amplio, pues el artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con carácter general, dispone que 'contra la providencia en que se otorgue alguna diligencia de prueba no se dará recurso alguno', y d) que, en último término, el precepto invocado—artículo 340 de la ley—es de naturaleza adjetiva y nunca podría posibilitar un recurso de casación de fondo, y para posibilitar el de forma tendría que venir señalado específicamente en el artículo 1.693.»

b) *Prueba pericial: no es censurable en casación.*—«Considerando que la improcedencia de este motivo es evidente: Primero: Porque el referido artículo 1.243 es un precepto de mero reenvío, es una norma civil en blanco, y su invocación en casación, sin la cita de los que lo desarrollan, es totalmente inoperante, pues, como dice la sentencia de 25 de noviembre de 1935, sólo contiene una referencia al artículo 632 de la Ley de Enjuiciar. Segundo: Porque ni este ni aquel preceptos constituyen normas valorativas de prueba que pudieran ser infringidos por el juzgador y, además, la apreciación de la prueba pericial es facultad soberana de los Tribunales de Instancia, no censurable en casación—sentencias de 11 de diciembre de 1964, 11 de junio de 1963 y otras—. Tercero: Porque, como reiteradamente tiene proclamado la jurisprudencia, contra la libre apreciación de la prueba pericial, realizada por los juzgadores de Instancia, no cabe recurso alguno—sentencias de 2 de diciembre de 1964 y 11 de junio de 1963.»

c) *Congruencia de la sentencia, aunque añada a lo pedido algunos extremos accesorios.*—«Considerando que en el motivo tercero, formulado al amparo de igual número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia una supuesta incongruencia, por entender que el fallo otorga más de lo pedido, con violación, por tanto, de lo dispuesto en el artículo 359 de la referida ley; en defensa de tal motivo se alega que en la demanda origen del pleito se hacían cuatro peticiones, referidas a la ilicitud de la captación de aguas por la sociedad demandada, al perjuicio del derecho de las entidades actoras, a la abstención de producir influencias que privan a éstas de la posesión de las aguas y a la declaración de que se han producido perjuicios económicos a fijar en ejecución de sentencia. Sin embargo, dice la recurrente, la sentencia concede más de lo pedido, pues hace ciertas fijaciones que no se pedían en la demanda.»

«Considerando que con referencia a la congruencia conviene tener presente que, como ha tenido buen cuidado de señalar la doctrina jurisprudencial, no depende de que en el fallo se empleen las mismas palabras de la demanda o de la contestación, si las declaraciones del fallo tienen la eficacia jurídica necesaria para dejar resueltos los puntos objeto del debate—sentencias de 11 de febrero de 1920, 29 de enero y 28 de junio de 1934—y no se falta a ella aunque se agreguen en el mismo extremos accesorios que coadyuven a su efectividad—sentencias de 7 de enero de 1920, 28 de noviembre de 1933, 11 de diciembre de 1940 y 3 de junio de 1965—o se otorgue una específica condena fijando la cuantía de los daños y perjui-

cios, a pesar de que se hubiera pedido sólo la genérica—sentencia de 3 de mayo de 1971.

«Considerando que en el caso de autos basta comparar las peticiones de la demanda y las declaraciones del fallo para comprobar su absoluta conformidad, sin que pueda sostenerse que el fallo las rebase, sino que, al contrario, se ajusta a ellas suministrando precisamente, y con el debido detalle, las bases para que en el trámite de ejecución se fije el importe de los daños y perjuicios sufrido por las actoras, como ellas lo solicitaban.»

d) *Interpretación del artículo 23 de la Ley de Aguas.*—«Considerando que en el cuarto y último motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la interpretación errónea del artículo 23 de la vigente Ley de Aguas, que se comete, según la parte recurrente, al declarar la sentencia recurrida que es ilícita la actividad de captación de agua realizada por la parte demandada y al condenarla a que cese en su conducta y se abstenga de realizar ninguna influencia que prive a las actoras del uso y aprovechamiento normal de sus aguas; para dicha parte recurrente, y en su particular exégesis, el dueño del terreno tiene derecho a alumbrar aguas y apropiarse las que existan debajo de su finca, tanto por medio de pozos artesianos como por socavones y galerías, siempre que guarde las distancias que señala el artículo 24, sin que la simple circunstancia de que por tales obras se distraigan o aparten de su curso o corriente natural convierta ese aprovechamiento en ilícito, ya que, como tal—a juicio del organismo recurrente—sólo puede calificarse el alumbramiento que se realice en terreno propio a menos de aquellas distancias.»

«Considerando que aunque la exégesis que hace la Sala sentenciadora del artículo 20 de la Ley de Aguas—precepto no aplicable al supuesto de autos, en que los dueños del terreno para extraer las aguas subterráneas utilizan motores—no es ortodoxa, sin embargo, la interpretación que realiza del artículo 23 de la referida ley—como base de su aplicación—se ajusta al espíritu que la inspira, que en el sentir de la jurisprudencia no es otro que el de subordinar el derecho del dueño del fundo para alumbrar las aguas de él, a la no preexistencia de un derecho de aprovechamiento anterior.»

«Considerando que constituyen ejemplo de esta correcta interpretación, entre otras, las siguientes clásicas sentencias: a) la de 29 de octubre de 1907, que declara que el sentido y espíritu de la Ley de Aguas, revelado en varios de sus artículos, como el 5, el 6 y el 23, autorizan para afirmar que el uso y aprovechamiento de las aguas... se halla subordinado al reconocimiento de un derecho anterior preexistente, sin que sea, por tanto, lícito intentar el ejercicio de derecho alguno de los reconocidos por la misma ley para tal objeto cuando con él se menoscaba otro preferente..., consistiendo en eso precisamente la principal razón reguladora de toda clase de aprovechamientos de aguas, principio especialmente consignado en el artículo 23, antes citado, a tenor del que el derecho reconocido en su primer párrafo desaparece con el supuesto del segundo; b) la de 29 de octubre de igual año, que reitera que los derechos reconocidos en la Ley de Aguas a los propietarios de los terrenos donde emergen o se alumbran están subordinados al principio fundamental del respeto debido a otro derecho preexistente, y c) la de 22 de diciembre de 1913, que mantiene la misma doctrina interpretativa de ese precepto.»

COMENTARIO.—La doctrina de esta sentencia, en relación con el artículo 23 de la Ley de Aguas, es más que discutible frente a los agudos razonamientos que la parte recurrente hace en el motivo cuarto del recurso, razonamientos que la sentencia no llega a rebatir totalmente, y hasta nos

atreveríamos a decir que no llega ni siquiera a contestar de modo directo y terminante.

Veamos primero lo que dice el artículo 23 de la Ley de Aguas: «El dueño de cualquier terreno puede alumbrar aguas y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías, las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural.» «Cuando amenazare peligro de que por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavón o galería se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente con derechos legítimamente adquiridos, el Alcalde, de oficio, a petición del Ayuntamiento, en el primer caso, o mediante denuncia de los interesados, en el segundo, podrá suspender las obras»...

En relación con este precepto, el problema que se plantea en el motivo cuarto del recurso es el siguiente: partiendo ya de que exista un aprovechamiento preferente que es mermado por una captación de aguas realizada a distancia muy superior de la prevista por el artículo 24, se trata de saber si el que hizo esa captación de aguas debe cesar totalmente en su actividad o si puede continuar usando de las aguas, pero de modo que no merme el caudal aforado de agua que tiene el aprovechamiento preferente.

La postura de la parte recurrente es muy matizada: el artículo 23 de la Ley de Aguas concede *un derecho subjetivo* al dueño del terreno para que alumbré y se apropie de las aguas que existen debajo de la superficie de la finca, siempre que se cumpla lo prescrito sobre distancias por el artículo 24; ese derecho subjetivo tiene el *límite* consistente en no distraer o apartar aguas públicas o privadas de su corriente natural, y este límite es consecuencia de la figura del *abuso del derecho*, que está implícita en el artículo 23. Consecuencia de esta postura es que quien ha captado las aguas en perjuicio de otro aprovechamiento anterior no debe cesar totalmente en su conducta, sino que debe conducirse de modo que no produzca ese perjuicio al aprovechamiento preferente, todo ello partiendo de que éste se cifra en un determinado caudal aforado de agua, y de que si obtiene tal caudal, no debe eliminar la actividad o conducta de la otra parte.

El Tribunal Supremo no se ocupa de todas estas matizaciones, ni de la naturaleza del derecho del artículo 23, ni de la teoría del abuso del derecho y de los límites del mismo, y lo que es más grave, no recoge con precisión la postura de la parte recurrente (confróntese la forma de exponer la interpretación del recurrente en el «considerando» diez). La sentencia se limita a sentar la declaración de que el derecho de captar aguas en su terreno está subordinado a la no preexistencia de un derecho de aprovechamiento anterior. Pero frente a esto podría decirse que si el derecho de aprovechamiento preferente está limitado y se concreta en un determinado caudal, la subordinación del derecho del dueño de un fundo a alumbrar las aguas de él sólo se producirá en la medida en que se merme o distraiga ese concreto caudal que constituye el objeto del aprovechamiento preferente.

Creemos que esto es lo que quería decir la parte recurrente en el motivo cuarto del recurso, pues la sentencia de la Audiencia le condenó a *cesar en su conducta*, que consideraba *ilícita*, y dicho recurrente lo que pretende es que se reconozca su derecho a captar aguas aun respetando el caudal aforado de la otra parte.

En favor de esta postura está no sólo la interpretación del artículo 23 de la Ley de Aguas, sino también el hecho de que en la demanda, la parte contraria solicitaba que se declarase ilícita la actitud de la sociedad demandada captando aguas que producen la merma total en unos casos, y *parcial en otros*, de las fuentes y aprovechamientos de las entidades demandantes. Es decir, la propia parte contraria reconocía que la merma de

su aprovechamiento no era total. En cambio, la sentencia de la Audiencia no recoge ese aspecto de la demanda relativo a la *merma parcial*, sino que condena, sin más, al demandado a cesar en tal conducta ilícita. Así las cosas, parece que la decisión de la Audiencia roza con la incongruencia, pues llega a más de lo que pretendía la parte actora.

Por tanto, desde nuestro modesto y personal punto de vista, se debería haber admitido el recurso casando parcialmente la sentencia de la Audiencia o declarando que la entidad demandada debe cesar en su conducta en tanto en cuanto merme el caudal de las entidades demandantes, debiéndose precisar los detalles correspondientes en trámite de ejecución de sentencia.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CUALQUIER PROPIETARIO DE UN PISO TIENE ACCION CONTRA LOS PROMOTORES DEL EDIFICIO PARA OBTENER LA REPARACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR MALA EJECUCION DE OBRA, AUNQUE RECAIGAN SOBRE LOS ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Los propietarios de unos pisos de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal demandan a los promotores-vendedores por una serie de defectos en la construcción, que habían sido reconocidos por los promotores en un convenio que se había firmado anteriormente. La demanda prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Alegan los recurrentes: *a)* que como la sentencia se basa en la celebración de un convenio debían venir al pleito todas las personas que fueron parte en él; *b)* que el aludido convenio tuvo lugar entre los componentes de la comunidad, en ocasiones representada por su presidente, por lo que debían estar en el pleito todos los propietarios de pisos por sí mismos o por medio de su presidente; *c)* que el convenio no se concertó entre determinados propietarios de pisos y los demandados, como afirma la meritada sentencia, sino entre el presidente y aquéllos, y *d)* que, por tanto, no está bien tratada la relación jurídico-procesal, pues no son parte en el expresado juicio todos los contratantes, además de los promotores.

Con referencia a este motivo basta tener en cuenta que es doctrina legal establecida por esta Sala que cualquier propietario puede ejercitar por sí cuantas acciones le competan frente a los promotores o vendedores de su piso, para obtener la reparación de los daños y perjuicios que sean consecuencia de la mala ejecución de la obra o el cumplimiento de las obligaciones que dichos promotores o vendedores hayan convenido expresamente, bien se refieran únicamente a su piso o bien hagan relación a los elementos comunes, en cuyo último supuesto la actuación individual de un propietario beneficiará a los demás comuneros si tiene éxito, aunque no les perjudicará si fracasa.

NO PUEDE ADQUIRIRSE POR USUCAPION UNA VIVIENDA QUE ES ELEMENTO COMUN DE UN INMUEBLE EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Se arguye «error de derecho» en la apreciación de la prueba, sobre la no valoración pertinente en este aspecto del artículo 1.218, 1.º, del Código civil, sin advertirse que no puede cometerse por un Tribunal un error de esta naturaleza sino cuando no ha reconocido a una prueba determinada el valor de plena eficacia que le concede un precepto legal.

Si se admite que aquella vivienda, por estimarse destinada a la de portero, viene comprendida entre los elementos comunes del inmueble en el concepto que señala el artículo 396 del Código civil, es lógico que ese derecho que en su favor tienen reconocido los copropietarios no puede ser objeto de «usucapión» en favor de los demandados, ya que ni la ocupación por parte de éstos lo fue en concepto de dueños ni el título que aducen es justo.

ARBITRIO DE PLUSVALIA: OBLIGACION DE PAGO DEL ENAJENANTE (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Don George vendió a don Gerhard unas fincas en Canarias, comprometiéndose el vendedor a urbanizarlas y a pagar el Arbitrio de Plusvalía. El comprador demanda a don George por incumplimiento de estas obligaciones. El enajenante es condenado.

Doctrina de la sentencia.—El presente recurso acusa la inaplicación del artículo 1.125 del Código civil, en relación con el 718, apartado 1.º, párrafo 1.º y letra c) de la Ley de Régimen Local, el que ha de desestimarse, porque en el supuesto de transmisiones *inter vivos*, cual es la que se ha llevado a cabo en el caso de autos, la obligación de pago del Impuesto de Plusvalía, conforme al artículo 517 de la Ley de Régimen Local, recae sobre el enajenante, y si bien en el apartado b) del artículo 518 de la misma ley se hace constar que estará obligado al pago el adquirente, acto seguido agrega que salvo pacto en contrario podrá repetir sobre el enajenante el importe del gravamen, y cuando, como en el caso presente, según se afirma en la sentencia de Instancia, en la escritura de transmisión se hizo constar expresamente ser de cargo del vendedor el pago del Impuesto de Plusvalía, es evidente que, aun sin ser preciso, quedó reforzada la expresada obligación a que ha sido condenado el demandado en la sentencia objeto del recurso, sin que el precepto del artículo 1.125 del Código civil ni del artículo 718 de la Ley de Régimen Local, sobre todo teniendo en cuenta el apartado 3.º del propio artículo, pueda ser obstáculo a verificar la declaración.

La obligación de pago del impuesto, que ha sido reconocida o declarada en la sentencia recurrida, no se halla sometida al cumplimiento de ningún suceso futuro o incierto, puesto que tiene su origen en la transmisión llevada a cabo en la escritura de compraventa, siendo en todo caso su efectividad o pago lo que dependa de la liquidación que el Ayuntamiento haya verificado o verifique y su formal notificación a los interesados a los efectos de su conocimiento, firmeza y posibilidad, en su caso, del ejercicio de los oportunos recursos contra la misma por quienes puedan resultar obligados al pago, cuestión que no impide la declaración de la obligación convenida contractualmente en la escritura de referencia.

La naturaleza específica del contenido del recurso de casación, en cuanto

censura una actividad *in judicando*, no puede rebasar los límites en que se ejercitó aquélla, resolviéndose cosas distintas de los temas que en la Instancia fueron planteados y sometidos a la consideración del juzgador.

LOS PACTOS DE ACTUALIZACION DE RENTA SOLO SERAN VALIDOS CUANDO ATEMPEREN SUS EFECTOS A LAS ALTERACIONES QUE EN MAS O MENOS SUFRA EL COSTE DE LA VIDA (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—El arrendatario de un local de negocios demanda la nulidad de una cláusula de su contrato de arrendamiento en la que se prevé la revisión periódica de la renta. La demanda fue acogida.

Doctrina de la sentencia.—Si bien tiene declarado esta Sala que el principio de conservación del negocio jurídico, recogido en el artículo 1.284 del Código civil, obliga a preferir en los casos dudosos aquella interpretación que sea favorable a la validez del negocio y de cada una de sus cláusulas, este principio no puede ser entendido en términos tan absolutos que cuando alguna cláusula del contrato admitiere diversos sentidos tenga que declararse necesariamente su validez, puesto que también es doctrina de esta Sala que el referido artículo no exige que la interpretación atribuya a la cláusula dudosa un efecto determinado, de tal suerte que puede llegar a declararse la invalidez de la misma si determinado su sentido mediante la aplicación de las restantes reglas de hermenéutica contractual, pugna el contenido de ella con el de una norma imperativa o prohibitiva.

El artículo 1.285 del Código civil, referente a la exégesis contractual sistemática, obliga a interpretar las cláusulas de los contratos unas por otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que lo constituye.

No es óbice a la declaración de nulidad de una cláusula contractual que la misma haya tenido que ser objeto de previa interpretación.

Las sentencias invocadas vienen a establecer la doctrina de que los pactos de actualización de renta que se convengan entre las partes sólo serán válidos cuando realmente sirvan a tal finalidad, es decir, cuando atemperen sus efectos a las alteraciones que en más o en menos experimente el coste de la vida y que, por el contrario, no serán válidas cuando se limiten a establecer una posible y constante elevación de la renta, sin permitir a la vez su disminución para el supuesto de que baje el coste de la vida.

COMPENSACION DE CREDITOS (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina jurisprudencial ha tenido que recordar con insistente reiteración que si bien es indudable que por la compensación se extinguen los créditos en la cantidad concurrente, esto sólo puede onerarse con éxito en el supuesto de ser perfectamente conocidos los extremos compensatorios, que permiten estimar, sin duda, el montante de ambas cantidades, y nunca será posible si uno de ellos pende de una liquidación no practicada en el proceso por falta de la oportuna prueba sobre el particular, a cuyo respecto, en el caso de autos, la sentencia recurrida destaca en su segundo considerando que la prueba documental de la parte demandada y recurrente no consiguió otra cosa que poner de relieve una complejísima relación negocial, en la que las partes litigantes

aparecen unas veces como deudoras y otras como acreedoras, sin la existencia cierta de un adeudo, y estima la necesidad de una previa liquidación como indispensable para una conclusión positiva.

ANALOGIA «LEGIS» (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El motivo único del presente recurso es desestimable, porque implicando un problema de analogía *legis*, no invoca ningún precepto hermenéutico, ni aún menos integrador, de los preceptos legales que cita como infringidos, artículos 208 y 278 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, que les haga aplicables al caso de autos para determinar el momento en que hayan de valorarse las construcciones, mejoras y accesiones efectuadas por la recurrente en la finca fideicomitida, cuya cuantía se reclama en la demanda, que la sentencia recurrida refiere al informe parcial correspondiente al tiempo en que tuvieron lugar.

ES INTRANSMISIBLE A LOS SUCESOES DEL DONANTE LA ACCION REVOCATORIA DE LA DONACION MODAL EN EL SUPUESTO DE QUE ESTE NO LA HUBIESE EJERCITADO HABIENDO PODIDO HACERLO (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Respecto a la transmisibilidad o intransmisibilidad a los sucesores del donante de la acción revocatoria de la donación modal, acción fundada en el incumplimiento de las cargas impuestas al donatario, la sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 1957, resumiendo el sentido de nuestra jurisprudencia anterior y posterior al Código civil, establece que tal acción es intransmisibile en el supuesto de que el donante habiendo podido ejercitarla no lo hubiere hecho, presumiéndose que en este proceder existe una renuncia tácita que los sucesores deben respetar; doctrina que no puede estimarse haya sido afectada, en uno u otro sentido, por la de la sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1969, ya que si en ella se alude al artículo 647 del mencionado Código, que prevé la revocación por incumplimiento de «condiciones», el supuesto en la misma decidido se refiere a la revocación de una donación por ingratitud del donatario.

Si se tiene presente aquella doctrina, tiene que percer el motivo primero, que denuncia la interpretación errónea del citado artículo 647, al entender la Sala sentenciadora que la acción de revocación de la donación por incumplimiento de cargas no se transmitió a la sucesora de la donante; habiendo de percer el motivo porque al declarar el juzgador de Instancia que no se ha acreditado la imposibilidad del ejercicio de tal acción por la donante ni la existencia de actos expresivos de su voluntad de revocar tal acto de liberalidad, y al rechazar, en consecuencia, la acción reivindicatoria ejercitada por la referida sucesora, se ha ajustado a la doctrina recordada en el considerando precedente.

PARA QUE EL PAGO EXTINGA LAS OBLIGACIONES HA DE SER COMPLETO (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Es preciso para que el pago constituya un medio de extinguir las obligaciones y producir el efecto de liberar de las suyas al deudor, que sea completo y total, según, entre otras muchas, exigen las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1946 y 22 de marzo de 1947.

Para que pueda condenarse a una persona a satisfacer a otra una suma dineraria en concepto de daños y perjuicios, conforme al artículo 1.101 del Código civil, no es suficiente con que se haya producido el incumplimiento de las obligaciones contraídas, sino que es preciso acreditar adecuadamente la existencia de aquéllos.

PRINCIPIO PROHIBITIVO DE LA «REFORMATIO IN PEIUS» (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, según conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial, no permite al Tribunal de apelación emitir decisiones que agraven la situación del apelante, eliminando o atenuando el vencimiento de su adversario, a menos que éste hubiere ejercitado también igual derecho o adherido a la apelación deducida de contrario.

EVICCIÓN: CITADOS POR EDICTOS LOS DEMANDADOS-VENDEDORES, NO PUEDEN ALEGAR IGNORANCIA DE LA DEMANDA DE EVICCIÓN (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Una compañía mercantil vendió a cuatro hermanos una finca rústica. Posteriormente, los compradores fueron vencidos en juicio y privados de la finca, pues ésta pertenecía al Estado. Los compradores demandan a la compañía vendedora, que es condenada a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—Es inviable el motivo primero, por interpretación errónea de los artículos 1.481 y 1.482 del Código civil, porque si bien es cierto que en los mismos se establece el requisito de la notificación de la demanda de evicción al vendedor como trámite previo a la de saneamiento cuando el que demanda al comprador es un tercero, también lo es que uno de los elementos que sirve para determinar la «voluntad legis» es el teleológico, esto es, la *ratio legis*, conforme a la cual la norma jurídica ha de ser entendida en el sentido que responda mejor a su finalidad, e igualmente es indudable que la notificación mencionada tiende a evitar que el vendedor, por ignorar la presentación de la demanda de evicción, no puede defender el derecho controvertido, no obstante su interés, y en el caso de autos se afirma que en el primer proceso declarativo, en el que los hoy recurridos fueron privados por sentencia firme y por derecho anterior a la compra de la mayor parte de la finca, fueron demandados no sólo ellos, sino también los derecho-habientes o sucesores de la «Compañía Aragonesa de Minas, S. A.», los que fueron citados por edictos, con lo cual quedó cumplida la finalidad de que llegara a su conocimiento el litigio promovido.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Es intrascendente a los fines de la casación civil decir que un documento se interpretó o no con error, pues lo único decisivo al respecto es el alegato de si con dicha interpretación se infringió alguna de las normas de hermenéutica legalmente establecidas y el concepto en que lo fue.

En materia de interpretación contractual, la conocida, por lo reiterada,

doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo ha proclamado que habrá de prevalecer la sentada por los juzgadores de Instancia, a menos que se pruebe que es absurda, ilógica, contradictoria o contraviene algún precepto legal.

NO QUEDAN AL MARGEN DE LA LEY DE USURA LAS OPERACIONES MERCANTILES E INDUSTRIALES (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Lo dispuesto en la Ley de Usura es aplicable a toda operación sustancial equivalente a un préstamo en dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido.

Es jurisprudencia de esta Sala que no ha de entenderse en términos absolutos la antigua doctrina, según la cual quedan al margen de la Ley de Usura las operaciones mercantiles e industriales; siquiera al estar presididas por la idea de lucro, deba autorizarse para ellas una mayor libertad de contratación y aplicarse la norma especial cuando circunstancias muy calificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso.

LA SOLIDARIDAD ESTABLECIDA EN EL ARTICULO 1.138 DEL CODIGO CIVIL, CUANDO DEL TEXTO DE LA OBLIGACION RESULTE SU EXISTENCIA, ES VALIDA NO SOLO PARA LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, SINO TAMBIEN PARA TODA CLASE DE ELLAS (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Un matrimonio concertó con una empresa constructora la edificación de un chalet en un solar de su propiedad. Una vez terminado resultó totalmente inhabitable a causa de hundimientos, grietas y múltiples defectos. El matrimonio demanda a la constructora, al Arquitecto y al Aparejador, quienes son condenados solidariamente a indemnizar a los actores. El Arquitecto recurre en casación, alegando que tal obligación debe ser mancomunada y no solidaria. Pero el Tribunal Supremo rechaza el recurso en base a la siguiente

Doctrina de la sentencia.—Se alega inaplicación del artículo 1.137 de nuestro primer Código sustantivo, al apreciar la sentencia recurrida la existencia de una solidaridad que nunca puede presumirse de no existir precepto legal o norma contractual expresa, debiéndose decir al respecto que ciertamente el Código civil, en caso de concurrencia de varios deudores en una misma relación obligatoria, sigue la vieja máxima romana de *concurso partes fiunt*, que consagra en el artículo 1.137, que establece la regla general de la mancomunidad, no presumiéndose la solidaridad, que solamente podrá existir cuando, excepcionalmente, se haya pactado de modo expreso, en contraste con la moderna dirección encaminada a fortalecer los vínculos obligatorios en garantía del crédito, de que son buenos ejemplos el BGB alemán y el Código italiano de 1942, no mencionándose tampoco la posibilidad de que la ley lo preceptúe, a diferencia asimismo con lo que para esta hipótesis se dice en la mayoría de los vigentes Códigos extranjeros, como el francés, portugués de 1966 y federal suizo de las obligaciones: pero no es menos cierto, sin embargo, que en el artículo 1.138 se permite la solidaridad cuando del texto de la obligación resulte su existencia, lo cual es válido tanto para las obligaciones contractuales, como para toda clase de ellas y, por supuesto, para las nacidas *ex lege*, que determina

y posibilita el artículo 1.089, no sólo cuando así se establezca en contrato, según reconoció con carácter general la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, sino también cuando su texto autorice a hacer aquella deducción; doctrina genérica de que se hizo por la misma jurisprudencia aplicación específica al supuesto que se examina del párrafo primero del artículo 1.591 del Código, en el sentido de que la obligación que el precepto establece no tiene su origen en la voluntad de las partes, sino en la ley, y su contenido expresa la igualdad de las responsabilidades del contratista y del Arquitecto, según las causas que den lugar a la ruina de un edificio, es decir, vicios de la construcción, del suelo o de la dirección, por lo que cuando concurren varias de ellas y no se puede discernir con precisión cuál o cuáles influyeron en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que dada aquella igualdad de responsabilidad habrá de tener el carácter solidario que resulta del texto de la propia obligación que la ley establece, que es justo lo sucedido en el caso contemplado; por todo lo cual, la doctrina, que es conforme, sin duda, con las más modernas directrices doctrinales y legislativas de *iure condendo* imperantes en la materia, debe ser mantenida.

LA FORMULACION DE UN MOTIVO «AD CAUTELAM» ES IMPROPIA, EN CUANTO SUPONE INSEGURIDAD POR LA PARTE RECURRENTE (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Todos los documentos han sido estudiados por la Instancia en los considerandos de su resolución, y deducir de ellos consecuencias distintas de las que dedujo la Sala de la Audiencia equivaldría a sustituir el criterio del Tribunal por el de la parte, lo que según una extensa jurisprudencia de esta Sala desvirtúa el verdadero carácter de esta clase de recurso.

Debe desestimarse el motivo segundo, formulado *ad cautelam*, forma impropia a tenor de la sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1966, en cuanto supone inseguridad por la parte recurrente, pero además inadmisible según el párrafo cuarto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EL CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL IRREGULAR PRODUCE EFECTOS SOLO RESPECTO A SUS SOCIOS, NO CON RELACION A TERCEROS (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es indudable que para que quede válidamente constituida la relación jurídico-procesal y se pueda resolver en cuanto al fondo de la cuestión litigiosa es absolutamente necesario traer al proceso a cuantas personas abarque, de manera inseparable, la relación jurídica material deducida en el mismo, también lo es que en el caso de autos no se da ese presupuesto objetivo, ya que tratándose de sociedad mercantil irregular es evidente que el contrato de sociedad despliega sus efectos sólo respecto a los socios, pero no con relación a terceros, como lo son tanto el arrendador del local, como el vendedor del otro, ya que si bien forman parte en los contratos de arrendamiento y de compraventa, respectivamente, son extraños a los pactos sociales y no pueden resultar obligados por la sentencia.

NO ESTA SUJETA A PRESCRIPCION EXTINTIVA LA ACCION PARA PEDIR QUE SE DECLARE LA INEXISTENCIA DE UN CONTRATO (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Habiendo quedado subsistente la apreciación del juzgador *a quo* de que nos hallamos ante un caso de inexistencia contractual determinada por la falta del consentimiento requerido por el número primero del artículo 1.261 del Código civil, hay que recordar que con arreglo a la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, la acción para declararlo así, pese a lo prevenido en el artículo 1.961 del mismo ordenamiento, no está sujeta a prescripción extintiva, de acuerdo con la antigua regla *quod ab initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*.

EL ARQUITECTO DIRECTOR DE LA OBRA NO ES PARTE EN EL PLEITO ENTRE EL PROMOTOR Y EL CONTRATISTA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—El contratista de una obra demanda al propietario de la misma, reclamándole cierta cantidad. Es condenado el demandado a pagar al actor, tanto en el Juzgado como en la Audiencia. Recurre el promotor alegando defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal por no haber sido demandado también el Arquitecto director de obra. El Supremo rechazó el recurso.

Doctrina de la sentencia.—Aunque los actores pueden, en principio, dirigir libremente su demanda contra la persona o personas que tengan por conveniente, esta Sala tiene declarado con reiteración que cuando por la naturaleza jurídico material del derecho ejercitado no pueda pronunciarse una declaración sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como demandantes o demandadas en el proceso, dado su interés en el derecho sometido a controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados, cuidando de que el litigio se ventile con los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, de tal modo que incumplido este presupuesto procesal de audiencia bilateral, la relación jurídico procesal queda viciosa e irregularmente constituida, impidiendo cualquier pronunciamiento sobre el fondo, defecto revelable de oficio por el Juez o Tribunal que advierta dicha anomalía; doctrina que tiene una clara y concreta manifestación en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos, respecto de los cuales no pueden los Tribunales pronunciarse cuando no figuran en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus respectivos causahabientes.

En el caso de autos, contra lo que denuncia el recurso, esta doctrina legal no ha podido ser violada por la sentencia recurrida porque el Arquitecto director de la obra no es parte, no tiene evidente y legítimo interés en el pleito ni puede resultar afectado por la decisión jurisprudencial que se pronuncie, así como tampoco tiene el carácter de árbitro, con arreglo al artículo 1.598 del Código civil.

CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION: CIRCUNSTANCIAS, ADMINISTRACION, DISOLUCION (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Las características esenciales del contrato de «cuenta en participación», que según la ley, artículos 239 y 240 del Código de Comercio y la doctrina jurisprudencial son precisamente las de que por dicho contrato no se crea una persona jurídica con razón social determinada ni se forma un fondo común de bienes, ya que, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de sociedad, «los cuentaparticipes» se interesan en la proporción que convengan en un negocio ajeno, que continúa perteneciendo privativamente al gestor, quien hace suyas las aportaciones que efectúan para dedicarlas al negocio en cuyas operaciones no tienen aquéllos intervención alguna.

Al no existir colaboración personal en una actividad económica común y siendo uno de los contratantes, el gestor del negocio, el que hace y dirige las operaciones en su nombre y bajo su responsabilidad individual, el colaborar con un capital al desarrollo de una empresa o negocio queda reducido, en este aspecto a una participación pura y meramente capitalista, y claro está que ello en ningún momento da lugar a la formación de un fondo patrimonial común, porque el capital puesto en la cuenta por el «participes» pasa al dominio del gestor, dueño o condueño del negocio, sin perjuicio de que aquél pueda conservar contra éste un derecho de crédito sobre la parte de capital aportado que no se pierda.

Si bien es cierto que la doctrina de este Tribunal viene estableciendo que la disolución de una sociedad no equivale a su extinción inmediata, sino que determina el comienzo de un período de liquidación durante el cual la entidad social sigue existiendo, no lo es menos que tal liquidación presupone su realización con efecto retroactivo al momento del fallecimiento del socio, determinante de la disolución de la sociedad; pero ello sólo debe ser así cuando las operaciones divisorias se produzcan rápidamente y obtengan un positivo resultado logrando su inmediata efectividad, mas cuando, como en este litigio, se demora esa liquidación, produciéndose con ello una indefinida prolongación de las actividades negociales de la sociedad, y durante ese lapso de tiempo se constituye una nueva entidad social, que lleva aparejada la extinción de aquella otra, es lógico que el período de «rendición de las cuentas», que, según la sentencia recurrida, el demandado ha de cumplir, ha de tener su límite precisamente en la fecha en que se constituyó la nueva sociedad.

INTERPRETACION DE CONTRATOS: CONDICIONES PARA QUE ACTUE EL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Los motivos deben ser estimados, pues la Audiencia se atiene exclusivamente al contenido literal de las palabras del contrato, prescindiendo de la intención evidente de los contratantes, ya que no tiene sentido adjudicar en pago una finca para pagar una deuda de 1.500.000 pesetas, cuando la finca soporta una carga superior a esa cifra, adquiriendo sentido que la intención era adjudicar al actor el 40 por 100 del precio que se obtuviere sobre 6.000.000 de pesetas (2.400.000 ptas.) o, al menos, sobre una cifra muy superior a 1.500.000 pesetas, descontando, en todo caso, el valor de la hipoteca; resultando de la interpretación sistemática preconizada por el artículo 1.285 del Código civil, el carácter atípico y complejo de las relaciones jurídicas que mediaban entre los litigantes,

que no ofrece duda alguna son de carácter oneroso, no teniendo en cuenta la Sala de Instancia la mayor reciprocidad de intereses entre los contratantes.

También son estimables los motivos fundados en la infracción del artículo 1.124 del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta, que viene señalando las condiciones necesarias para la resolución, que aparte alguna otra, puede concretarse en las siguientes: *a)* la acusada reciprocidad de las obligaciones en juego, *b)* la exigibilidad de las mismas, *c)* que el reclamante haya cumplido lo que a él incumbía, *d)* una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor, sin que estos cuatro elementos aparezcan acreditados en la sentencia que se impugna, y si bien existe una conducta negligente de los demandados, no puede afirmarse la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde.

NO QUEDAN AL MARGEN DE LA LEY DE USURA LAS OPERACIONES MERCANTILES E INDUSTRIALES (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, si bien debe concederse un mayor margen de libertad a las operaciones mercantiles e industriales, dadas sus características propias, como son el exclusivo fin de lucro y la mayor rapidez y facilidad con que se producen, no por ello debe entenderse que tales operaciones quedan al margen de la Ley de Usura.

CONGRUENCIA: NO ES LICITO VARIAR EN LAS SENTENCIAS EL PLANTEAMIENTO DEL DEBATE (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El concepto jurídico procesal de la congruencia, como lo definía, entre otras muchas, la sentencia de este Tribunal de 11 de julio de 1955, implica una sustancial correlación entre las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio y la parte dispositiva de la sentencia, a fin de que correspondiéndose aquéllas y ésta queden resueltas en sentido afirmativo o negativo todas las cuestiones controvertidas.

En virtud de estos principios, no es lícito variar en las sentencias el planteamiento del debate ni, por tanto, cabe introducir cuestiones nuevas y no controvertidas, y mucho menos tratar de hacerlo cualquiera de las partes en un recurso extraordinario, como el de casación, cuya finalidad consiste en velar por la corrección legal de la sentencia recurrida.

COSA JUZGADA: NO HAY TAL EXCEPCION CUANDO SON DISTINTAS LAS ACCIONES EJERCITADAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—En el único motivo que en el recurso se articula, se denuncia la violación del artículo 1.252 del Código civil, por estimar el recurrente que las peticiones formuladas en el suplico de la demanda origen de este segundo pleito no pueden ser resueltas por vedarlo la cosa juzgada establecida en el precepto que se dice violado; mas un detenido examen de los pedimentos de ambos pleitos, en el primero de los cuales se solicita el pago de una cantidad determinada en dinero, producto de una liquidación practicada por ambas partes, mientras que en el segundo se insta la declaración de que la sociedad ha sido disuelta y, como con-

secuencia, se practique la liquidación, evidencian que en ambos pleitos han sido distintas las acciones ejercitadas, puesto que al declararse por la Sala en su primera sentencia que no estaba practicada la liquidación en forma, era necesario que fuera realizada otra, razones que evidencian el acierto de la Sala *a quo* al rechazar la excepción de cosa juzgada formulada.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

ELEVACION DE RENTA: SI LA RENTA SE FIJA POR MESES, SE ENTIENDE PRORROGADO EL CONTRATO DESDE EL MES SIGUIENTE A LA FECHA DEL MISMO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1974).

La entidad arrendataria de un local de negocio rechazó el aumento de renta pretendido por los propietarios del mismo, por lo que éstos formularon demanda, solicitando la resolución del contrato en el caso de que no pagasen el incremento de renta correspondiente.

No triunfó la demanda en el Juzgado número 5 de Madrid ni en la Audiencia Territorial. Pero sí prosperó el recurso de injusticia en el Supremo, por cuanto la Sala sentenciadora incurrió en error al declarar la caducidad de la acción del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puesto que así lo demuestra el contenido de las cartas dirigidas por los demandantes a la arrendataria; en la contestación a la segunda, la demandada no alude a la caducidad de la acción ni hace la menor observación o reparo a las manifestaciones del notificante. Es legítima la elevación de renta solicitada, pues al fijarse la renta por meses, se entiende hecho el contrato por tal período y prorrogado al mes siguiente de la fecha del mismo, que es la de 1 de marzo de 1958, por lo que procede el incremento de renta del 34 por 100, según el Decreto de 15 de junio de 1972. En cambio, se ha de rechazar la resolución del contrato solicitada, porque, según el artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no procede si se consignan las rentas antes de contestar a la demanda o si la oposición no fuere temeraria, lo que no sucede aquí, por lo que se estima parcialmente el recurso interpuesto.

RETRACTO ARRENDATICIO: LA CITACION EN UN EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACION DEL TRACTO NO SUPONE CONOCIMIENTO SUFICIENTE DE LA TRANSMISION REALIZADA A EFECTOS DEL EJERCICIO DEL RETRACTO ARRENDATICIO (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1974).

La arrendataria ejercita el retracto al enterarse de la existencia de un contrato privado de compraventa entre la primitiva arrendadora y un hermano suyo, cuya noticia tiene después del fallecimiento de aquélla.

El Juzgado número 13 de Madrid estimó la demanda, sin que tuviese éxito el recurso de apelación. Tampoco lo tiene el de injusticia notoria, por confundirse en el primer motivo preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley Arrendaticia, así como de la Ley Hipotecaria, lo que hace ininteligible tal motivo. Por otra parte, se quiere combatir la afirmación de la sentencia recurrida de que al retrayente no se le hizo notificación en forma ni tuvo conocimiento pleno de las circunstancias exigidas por los

artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para garantizar el correcto ejercicio del retracto, a pesar de su citación y presencia en el expediente de dominio para reanudar el tracto, por la vía de las presunciones, que es inadecuada e insuficiente ante la rotunda afirmación en contrario que hace la sentencia recurrida.

ACCION IMPUGNATORIA DEL ARTICULO 53 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: PROCEDE ESTA ACCION EN LOS CASOS DE VENTA DE LA NUDA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1974).

Vendida la nuda propiedad de un piso arrendado, el inquilino solicita, al amparo del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que no se le pueda denegar la prórroga del arrendamiento, por exceder el precio del módulo legalmente autorizado, demandando en este sentido al nudo propietario.

El Juzgado número 1 de Lugo estimó la excepción de falta de legitimación pasiva y no entró en el fondo del asunto. La Audiencia de La Coruña revocó la sentencia anterior, estimando en todas sus partes la demanda y obligando al demandado a la aceptación de la prórroga forzosa del arrendamiento.

No prospera el recurso de injusticia. El recurrente sostiene que si el vendedor de un piso se reserva el usufructo vitalicio no puede ejercitar la acción del artículo 53 hasta que no se consolide la nuda propiedad por fallecimiento de aquél; pero esta alegación carece de fundamento, puesto que el Tribunal Supremo ha declarado que para la acción referida no es obstáculo que lo vendido no sea el pleno dominio, sino la nuda propiedad (sentencias de 1946 y 1958). De otro modo, podría haber lugar a un fraude de ley, porque bastaría transmitir la nuda propiedad para que se burlara el derecho de los inquilinos. No obsta tampoco que el derecho no sea exigible actualmente porque se admite el ejercicio de acciones de declaración de un futuro derecho a una prestación determinada, como es el supuesto del citado artículo de la Ley Arrendaticia. Ni es inconveniente que la mujer no haya sido demandada a pesar de tratarse de bienes gananciales, según la más reciente jurisprudencia, ni que tampoco lo haya sido el vendedor, puesto que es un caso en que nada tiene que defender, al no dirigirse la acción contra él.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE PRUEBA LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO TACITO ENTRE ARRENDADOR Y ARRENDATARIO QUE LE AUTORICE A ESTE A MANTENER CERRADO EL LOCAL (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1974).

Cerrado el local arrendado durante un plazo de dos años, se demanda al arrendatario, solicitando la resolución del contrato.

Tanto el Juzgado número 7 de Sevilla como la Audiencia admitieron la resolución del contrato. No se admite el recurso de injusticia porque la sentencia recurrida da como hechos probados que el local se halla cerrado desde 1969 sin causa que lo justifique, sin que sea bastante la subida de renta para probar la existencia de un convenio tácito entre arrendador y arrendatario que autorizaba a éste para mantener cerrado el local, lo que es un hecho nuevo traído a la apelación y, por tanto, excluido de su ámbito, sin que baste para su resolución la prueba de testigos, según el artículo 1.248 del Código civil, como acertadamente sostiene la Sala en la sentencia recurrida.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: SEGUN REITERADA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, LA FALTA DE OCUPACION DEL LOCAL EQUIVALE AL CIERRE DEL MISMO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1974).

Se alega el cierre del local, anunciado incluso al público, para denegar la prórroga forzosa del arrendamiento.

El Juez de Manresa y la Audiencia de Barcelona estimaron la demanda. Se rechaza igualmente el recurso de injusticia porque acreditado por el conjunto de la prueba el cierre del local y el cese de toda actividad por tiempo superior al del artículo 62, número 3, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no se ofrece en el recurso nada que destruya esta premisa, a lo que cabe añadir que habiendo reiterado esta Sala que, en todo caso, la falta de ocupación equivale al cierre, es cuestión bizantina la planteada por los tres motivos, por lo que procede la desestimación total del recurso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO ES NECESARIO QUE EL CIERRE SE MANTENGA AL FORMULARSE LA DEMANDA, PORQUE ELLO DEJARIA LA PROSPERABILIDAD DE LA EXCEPCION A LA PRORROGA, A LA VOLUNTAD DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1974).

El local arrendado permaneció cerrado durante unos seis años, volviéndose a abrir dedicado a otra actividad. El Juzgado de Tuy estimó la demanda, confirmando la sentencia la Audiencia de La Coruña.

Se desestima el recurso de injusticia porque, según la sentencia recurrida, el local litigioso estuvo cerrado al público durante un período de tiempo superior al que la ley exige como mínimo para que pueda denegarse la prórroga. Como el local es de los que necesitan estar abiertos al público y no de los asimilados a local de negocio, del párrafo segundo del artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en los que es indiferente que estén abiertos o no, el cierre por más de seis meses en un año integra causa de excepción a la prórroga, sin que sea admisible que el cierre exista como requisito *sine qua non* al tiempo de formularse la demanda, porque ello conduciría al absurdo de que la prosperabilidad de la excepción a la prórroga quedase supeditada a la voluntad del arrendatario y no a la realidad del supuesto legal.

OBRAS INCONSENTIDAS: NO EXISTE EXCESO EN LA REALIZACION DE OBRAS RESPECTO A LA AUTORIZACION DEL ARRENDADOR (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1974).

El arrendatario solicitó autorización para la realización de obras, pero, a juicio del arrendador, se excede efectuando algunas no autorizadas, que modifican la configuración de la planta, por lo que se solicita la resolución del contrato. El demandado niega que estas obras no estén incluidas en la autorización concedida.

El Juzgado de Jaca desestimó totalmente la demanda, confirmando esta doctrina la Audiencia de Zaragoza. Se rechaza también el recurso de injusticia, porque no se demuestra el error del Tribunal por la lectura de ninguno de los documentos y, en cambio, está probado el consentimiento del arrendador para la construcción de un nuevo servicio para caballeros, por lo que al darse el recurso sólo contra este motivo resulta inoperante en su totalidad y procede la desestimación.

OBRAS INCONSENTIDAS: NO SE DEMUESTRA DE MODO MANIFIESTO QUE EL ARRENDADOR NO DIESE SU CONSENTIMIENTO AL ARRENDATARIO PARA REALIZAR OBRAS MODIFICATIVAS DE LA CONFIGURACION DEL OBJETO ARRENDADO (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1974).

Fallecido el arrendatario quedó uno de los herederos en el local, quien efectuó diversas obras en el interior sin obtener permiso del propietario, según éste. El Juez de Calahorra estimó la demanda y declaró resuelto el contrato. La Audiencia de Burgos revocó la sentencia anterior.

Es desestimado el recurso de injusticia notoria porque el artículo 1.248 del Código civil es admonitivo y no preceptivo, por lo que contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales *a quo* no se da el recurso de casación ni el de injusticia, ya que han quedado sin efecto todos los preceptos del antiguo Derecho tasando la prueba testifical. No se demuestra de modo manifiesto que no diese su consentimiento el arrendatario para realizar obras modificativas de la configuración del objeto locado ni por el contrato de arrendamiento entre las partes ni por el acta notarial aportada, por lo que no procede la admisión del recurso.

ACCION IMPUGNATORIA DEL ARTICULO 53 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: NO PROCEDE CUANDO EL VALOR DEL TERRENO ES MUY SUPERIOR AL DE LO EDIFICADO, INCLUIDO DENTRO DE AQUEL (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1974).

Vendida la finca arrendada por cantidad superior a la correspondiente a la capitalización de la renta pagada por el arrendatario, éste demanda a los compradores solicitando se les condene a no ejercitar el derecho de denegación de prórroga, conforme al artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Alegaron los demandados que la finca constaba de una extensión de terreno con una casa, dentro de su perímetro, de escaso valor respecto al del terreno, por lo que no procede el ejercicio de esta acción por el arrendatario.

El Juez de Santoña estimó la falta de legitimación pasiva de la vendedora y la caducidad de la acción respecto a los compradores, desestimando la demanda, lo que confirma la Audiencia. Tampoco prospera el recurso de injusticia, ya que no se evidencia error alguno en la apreciación de la prueba pericial y documental por el juzgador de Instancia, estando demostrado de forma absoluta que el valor del terreno dedicado a cultivo es superior a lo edificado dentro de él, por lo que no procede la acción ejercitada al amparo del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

NULIDAD DE CLAUSULA CONTRACTUAL: ES NULA LA CLAUSULA POR LA QUE SE PACTA LA ELEVACION PERIODICA, PROGRESIVA E INDEFINIDA DE LA RENTA (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1974).

Se pactó en un arrendamiento de local de negocio que la renta sufriría cada cinco años un aumento del 20 por 100 sobre la pagada en el anterior quinquenio, cláusula que el arrendatario considera nula por ser contraria a derecho, demandando al propietario para que se declare la nulidad y se devuelva al actor lo pagado de más con sus intereses. El demandado formuló reconvencción, alegando la inadecuación del procedimiento o inidoneidad del proceso elegido, ya que la acción no tiene su fundamento en

derechos reconocidos en la ley especial, por lo que debería ejercitarse el juicio declarativo correspondiente, pidiendo que se sustituya la cláusula en cuestión por otra en la que se fije la renta conforme al índice ponderado del coste de la vida, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, habiendo lugar a devolverse entre las partes las cantidades que procedan, según esta nueva redacción de la cláusula. El Juzgado número 1 de Madrid estimó la demanda, confirmando la anterior sentencia la Audiencia Territorial.

No prospera el recurso de injusticia, porque la acción de nulidad de la cláusula de un contrato por la que se pacta la elevación periódica, progresiva e indefinida de la renta pactada no está sujeta al plazo de caducidad del artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que no emana de los derechos concedidos por la ley especial en materia de renta, sino de los reconocidos al arrendatario de forma irrenunciable, como es el de prórroga legal del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Además, la caducidad es improcedente porque lo que es nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo.

C. R. R.

V. SUCESIONES

DESHEREDACION.—REPUDIACION DE LA HERENCIA.—ADMISION DE LAS DECLARACIONES UNILATERALES DE VOLUNTAD COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.—Artículos 657; 853, 2.º; 997; 999; 988; 989; 1.113, párrafo 2.º, del Código civil (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

LA DESHEREDACION ES DE INTERPRETACION RESTRICTIVA

Don F. L. M. dejó consignada su última voluntad en testamento notarial abierto, cuya cláusula tercera dice así: «Tercera: Declara que su hijo don F. le ha maltratado de obra e injuriado gravemente de palabra en repetidas y numerosas ocasiones y circunstancias con grave perjuicio para su salud, edad y prestigio personal del señor otorgante, pudiéndose acreditar tales imputaciones en los juicios de faltas número 930 del año 1957 ante el Juzgado Municipal número 2 de los de esta capital, y número 568 del año 1958 del Juzgado Municipal número 1 de esta población. Por todo ello, y de acuerdo con lo prevenido en el Código civil, deshereda de un modo formal y solemne a su citado hijo don F. L. C., pero para el supuesto improbable de que esta desheredación no prosperase instituye a dicho hijo en la legítima estricta o corta que con arreglo a derecho le corresponda.»

El hijo desheredado, una vez fallecido su padre, otorgó acta de manifestación en la que se obligaba a no establecer farmacia en la isla de Gran Canaria ni a fijar en ella su residencia; daba por terminadas definitivamente cuantas cuestiones de toda índole, incluso penales y civiles, hayan podido existir o existan entre el mismo y sus hermanos; manifestaba que nada tenía que reclamarles por ningún concepto y renunciaba, en consecuencia y de modo expreso, a los derechos y acciones de cualquier naturaleza que pudieran asistirle. Y otorgó también escritura de repudiación de la herencia paterna, si bien, a pesar de los términos de pura, gratuita y simple con que se la califica, parece que el renunciante percibió de sus hermanos en contraprestación por tal renuncia y sin constancia documental fehaciente la cantidad de 300.000 pesetas.

Estimando ahora el hijo desheredado la inexistencia de las causas de desheredación y que la renuncia de la herencia es nula, por ser acto contrario a derecho, demanda a sus hermanos, únicos herederos de su padre, petición que fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Las Palmas, que declaró inexistentes las causas de desheredación y heredero en su cuota de legítima estricta al presunto desheredado, así como la nulidad de la obligación de no establecer farmacia ni residir en Gran Canaria.

Apelada esta sentencia por el actor y habiéndose adherido a la apelación los demandados, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas estimó en parte la apelación y declaró la inexistencia de las causas de desheredación; que al actor le corresponde la legítima corta en la herencia paterna, de la que debe ser baja la cantidad de 300.000 pesetas, ya recibidas por él; que son nulas las obligaciones de no establecer farmacia ni residir en la isla de Gran Canaria; que son igualmente nulos el apartado de la propia acta en que el actor da por terminadas definitivamente cuantas cuestiones de toda índole, incluso penales y civiles, hayan podido existir o existan entre el mismo y sus hermanos, con la subsiguiente renuncia de acciones, y asimismo la repudiación de la herencia paterna por el actor.

Los demandados formalizan recurso de casación por infracción de ley con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documentos auténticos, que ponen en evidencia la equivocación del juzgador.

Segundo: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos infracción de ley, consistente en la violación del apartado segundo del artículo 853 del Código civil. La desheredación es una institución de Derecho civil establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquellos que debieran heredarle, y tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que por su conducta o por las ofensas que le haya causado se haga indigno de sucederle, pero sin que para el ejercicio de este derecho haya de preceder ninguna sentencia condenatoria.

Tercero: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos infracción de ley, consistente en la violación de los artículos 988, 989, 990 y 997 del Código civil. Despejadas las incógnitas que podían representar los temas relativos a la desheredación del actual recurrido, se hace necesario entrar en el examen del resto de los problemas que se plantearon en el litigio, y en los cuales, lejos de mantener uniformidad las sentencias de Instancia, discrepan profundamente.

Cuarto: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos infracción de ley, consistente en la violación de los artículos 1.089, 1.254 y 1.258 del Código civil, así como la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1932, 10 de enero de 1946, 26 de mayo de 1950, 1 de diciembre de 1955 y 21 de marzo de 1957.

Quinto: Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegamos infracción de ley, consistente en la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de 24 de abril de 1895, 7 de diciembre de 1896, 3 de enero de 1913, 21 de junio de 1945, 20 de septiembre de 1960, 9 de noviembre de 1961, 27 de noviembre de 1961 y 12 de diciembre de 1962.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara haber lugar al tercer motivo del recurso, no así a los restantes, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que el error de hecho en la apreciación de la prueba, que, a través del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se atribuye al juzgador de Instancia en el primer motivo del presente recurso, no puede servir de fundamento para lograr el resultado apetecido por la parte que lo formula, porque los documentos que para conseguirlo se enumeran por los recurrentes carecen de eficacia a dicho fin, ya que el testamento de 23 de julio de 1964 y las sentencias recaídas en los juicios de faltas números 930 de 1957 y 568 de 1958, seguidos ante los Juzgados Municipales números 2 y 1, respectivamente, de Las Palmas, son precisamente los que sirvieron de base a la controversia de que derivan estas actuaciones, y tanto ellos como las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de dicha ciudad en 2 de febrero de 1967 y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1969, se analizaron e interpretaron por el Tribunal *a quo* en los dos primeros razonamientos jurídicos de la sentencia de primer grado, aceptados por la Sala de Segunda Instancia, lo que origina que únicamente sea posible combatirlos en casación por la vía del número primero del citado artículo 1.692 y con apoyo en alguna de las normas de hermenéutica establecidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, y no por el cauce formal alegado, según se proclamó por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 10 de diciembre de 1969 y 15 de junio de 1970; ocurriendo lo mismo con la denuncia formulada por el padre de los litigantes ante la Policía Municipal de la mencionada localidad (documento núm. 5 de los relacionados en el recurso), por ser la que debió servir de base al primero de los juicios de faltas, antes indicados, y con la declaración de la esposa del demandante ante un inspector de vigilancia de la misma capital, por no guardar relación alguna con la causa de desheredación a que el motivo se contrae; así como con los documentos que se reseñan con los números 2, 3, 4 y 7, por tratarse de informes policiales o de distintas autoridades, respecto a la persona del demandante, que no pueden ser estimados como documentos auténticos, en cuanto a la casación, según por analogía se declaró en las sentencias de 10 de abril de 1947 y 29 de septiembre de 1964, aparte de que ninguno de ellos demuestra, y mucho menos de forma evidente, como la ley exige, la equivocación que se dice cometida por el juzgador de Instancia.

Considerando que lo acabado de exponer lleva consigo la decadencia del segundo motivo del recurso, formulado conforme a lo prevenido en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, porque al afirmar el Tribunal *a quo*, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, la no existencia de los malos tratos de obra e injurias graves, a que se aluden en la cláusula tercera del testamento de 23 de julio de 1964, para desheredar al actual recurrido, con apoyo en el número segundo del artículo 853 del Código civil, y al ser precisa la prueba de tales hechos por parte de quienes pretendan obtener la declaración de su eficacia (sentencias de 4 de noviembre de 1904 y 20 de mayo de 1931), cosa que no se ha realizado en el presente caso, es indudable que dicho juzgador no violó el mencionado precepto, sino que lo aplicó correctamente, según se expresa en la sentencia de 20 de junio de 1959, sobre todo cuando estas causas deben interpretarse restrictivamente por aplicación del principio general de Derecho *Odiosa sunt restringenda* y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido en favor de los hijos por los artículos 806, 807, número primero, y 808 de la Ley Civil sustantiva.

Considerando que aun cuando el artículo 1.089 del Código civil no enumera las declaraciones unilaterales de voluntad entre las fuentes productoras de las obligaciones, tampoco contiene ninguna norma que las prohíba explícita y terminantemente, razón por la cual y con apoyo en algunos preceptos, como los artículos 1.254, 1.258, 1.330 y algunos otros del mismo Cuerpo legal y de la Ley Mercantil sustantiva, la jurisprudencia de esta Sala, rectificando criterios anteriores, las ha admitido en sus sentencias

de 10 de enero de 1948 y 26 de mayo de 1950, como creadoras del nacimiento de un título a favor de los sujetos a quienes va dirigido, entendiendo que deben obligar a su cumplimiento a los que las emitieron por reflejar su voluntad e intención de asumir los deberes apreciados, si bien con carácter excepcional y exigiendo con relación a ellas, en determinadas ocasiones, la concurrencia de algunos requisitos, como los de que no engendren incertidumbre respecto a su contenido, que se dirijan a personas determinadas a título dispositivo y no como mera enunciación de un propósito (sentencia de 21 de marzo de 1957), que impliquen el reconocimiento de algún derecho (sentencia de 15 de enero de 1957) o de una relación jurídica preexistente (sentencia de 1 de diciembre de 1955), así como den origen a un acuerdo vinculatorio si van seguidas de aceptación (sentencias de 17 de octubre de 1932 y 5 de mayo de 1958), y como el Tribunal *a quo*, en la sentencia recurrida, después de examinar y analizar detenidamente tales preceptos y doctrina legal y compararlo con lo consignado en el apartado cuarto del acta notarial número 920, de 9 de febrero de 1967, entendió que los requisitos a que se ha hecho referencia no concurrían en el apartado expresado, declarando, como consecuencia de ello, su ineficacia, es evidente que al actuar de ese modo no pudo infringir por violación tales normas y jurisprudencia, cual se pretende en el motivo cuarto del recurso, amparado en el número primero del repetido artículo 1.692, ya que, a lo sumo, únicamente lo podría haber transgredido por interpretación errónea, concepto de vulneración a que no se alude en el motivo y que no puede ser acogido por esta Sala sin contravenir lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Trámites, aparte de no ser insólita ni absurda la labor exegética realizada por dicho juzgador, por no poderse tomar en consideración, como contrapartida de los beneficios ofrecidos a sus hermanos por el emisor del acta, que aquéllos se obligasen a desistir de la denuncia presentada contra él por el delito de injurias cometido contra uno de ellos, o mejor dicho, a perdonarle de sus consecuencias, conforme a lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 467 del Código penal, puesto que había sido condenado por sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 2 de febrero de 1967, ya que nada se deduce de los hechos que la Sala de Instancia declara probados acerca del cumplimiento de semejante obligación por parte de los demandados; todo lo cual conduce a desestimar el cuarto motivo del recurso, y con él, el quinto, porque la prohibición de ir contra sus propios actos, a que aluden las sentencias que le sirven de fundamento, no se quebrantó en este caso concreto al haber incumplido los recurrentes la contraprestación, que sirvió de causa a la realización de los actos propios mencionados.

Considerando que, en cambio, debe prosperar el tercer motivo del recurso, formulado bajo la rúbrica del número primero del artículo 1.692, tantas veces citado, porque si bien es cierto que los artículos 997 y 999 del Código civil, inspirados en la máxima de Derecho romano *Semel heres, semper, heres*, declaran ineficaces las repudiaciones de herencias una vez hubiesen sido aceptadas expresa o tácitamente (sentencias de 23 de abril de 1928, 23 de mayo de 1955 y 14 de marzo de 1957), y que el actor pretende hallarse incluido en el supuesto establecido en el número tercero del artículo 1.000 del indicado Cuerpo legal, al consignar en el segundo pedimento de la súplica de su escrito de demanda que tenía percibida, como parte de la herencia de su padre, la cantidad de 300.000 pesetas, no lo es menos que la resolución impugnada, en su quinto razonamiento jurídico, reconoce la percepción de esa suma por vía presuntiva, pero declarando expresamente no haberse acreditado el concepto en virtud del cual le fue entregada y, por consiguiente, que ella representara el precio de la repudiación, y siendo ello así no puede entrar en juego lo preceptuado en la norma legal últimamente indicada, por lo cual, y teniendo presente que la Sala sentenciadora no da por justificado que la repudiación realizada en el acta número 921,

de 9 de febrero de 1967, no constituyera un acto voluntario y libre del repudiante, ni que su voluntad estuviera afectada por alguno de los vicios que anulan el consentimiento o que apareciera un testamento posterior desconocido, es indudable que al no haber reconocido la validez de tal acto, el Tribunal *a quo* ha infringido los artículos expresados y los 988 y 989 de la Ley Civil sustantiva, siendo ésa, tal vez, la razón por la que no expresó el fundamento por el que llegó a semejante acuerdo y por lo que procede dar lugar a este motivo, sin que contra ello pueda aducirse con éxito el contenido del artículo 991 del repetido Cuerpo legal, porque el actor, al repudiar la herencia de su padre, tenía plena conciencia de su fallecimiento y de los derechos sucesorios que le correspondían, con arreglo a los artículos 807, número primero, y 808, no deduciéndose, en cambio, de los hechos que se declaran probados en los considerandos de la Audiencia y en los del Juzgado de Primera Instancia, aceptados por ésta, su conocimiento, en el instante de emitir aquella declaración de voluntad, de la cláusula tercera del testamento de 23 de julio de 1964, y como el derecho a la legítima constituye la regla general, y la facultad de desheredar, la excepción, por consiguiente, ha de interpretarse en sentido restrictivo, al extremo de invertirse la carga de la prueba en cuanto a las causas en que se apoye (art. 850); de ahí que en el presente caso, el acuerdo judicial adoptado por el Tribunal de Instancia no contradiga las presunciones impuestas por el artículo 991, sobre todo cuando, aunque se entendiera que la declaración de nulidad de la desheredación constituyera una condición previa para gozar de la legítima estricta, en el supuesto aquí contemplado tal condición tendría el carácter de resolutoria y no suspensiva y sería exigible el derecho legitimario del actor, sin perjuicio de los afectos que puedan derivar de una ulterior resolución del mismo, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 657 y párrafo segundo del 1.113, ambos del Código civil, al igual que ocurre en cuantas hipótesis se anule cualquier disposición testamentaria.

Y en la segunda sentencia resuelve:

Considerando que por lo expuesto en los razonamientos jurídicos de dicha sentencia y por los argumentos empleados en los cuatro primeros, así como en los sexto, octavo y noveno de la dictada por el Juez de Primera Instancia número 4 de Las Palmas, debe confirmarse esta última en cuanto a sus tres primeros pronunciamientos y en lo referente a la validez de la repudiación del actor, revocándola respecto a los restantes, sin que sea preciso hacer mención en el fallo de las 300.000 pesetas recibidas por el actor, por no haberse justificado de forma adecuada el concepto en que le fueron entregadas, si bien ello no supone, de ningún modo, que haya de devolverlas.

DESHEREDACION.—*Artículos 695, 699, 851 y 853, 2.ª, del Código civil (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1975).*

Es necesario el *animus iniuriandi* para la existencia de la causa segunda de desheredación prevista en el artículo 853 del Código civil.

La desheredación por causa no probada sólo anula la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada, con base a las siguientes consideraciones de las que se desprenden claramente los hechos que motivaron el litigio:

Considerando que el motivo único del recurso, interpuesto en representación de doña M. y don E. B. P., amparado en el número primero del

artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 853, número segundo, del Código civil, debe ser desestimado porque la Sala sentenciadora para fundamentar el particular del fallo, que declara incierta y no probada la causa de desheredación contenida en el testamento abierto otorgado por el padre de los que aquí contienen en 28 de agosto de 1962, hace la declaración de que tanto las manifestaciones hechas en la demanda que rigió el juicio de mayor cuantía número 144 de 1961, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Vigo, como las efectuadas en la confesión judicial prestada por el desheredado en el juicio de mayor cuantía número 169 de 1961, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma ciudad, han sido vertidas en simple intención de apoyo de la tesis sostenida a nombre del desheredado únicamente en defensa, más o menos vehementemente, de los derechos de que éste se creía asistido, y es pretendida justificación de sus asertos y pretensiones formuladas en los relacionados procedimientos judiciales; afirmaciones todas ellas de hecho, que al no haber sido impugnadas por la vía adecuada en el recurso han quedado incólumes en casación, las cuales ponen de manifiesto que el desheredado no tuvo el propósito de agraviar el honor de su progenitor y que, por ende, falta el *animus iniuriandi*, cuya existencia es necesaria para viabilizar la causa de desheredación de que se trata.

Considerando que el segundo motivo del recurso, interpuesto en representación de don M. B. P., fundado en el número séptimo del ya citado artículo 1.692, denuncia un error de hecho en la apreciación de la prueba, es también desestimable porque según conocida, por lo reiterada, doctrina de esta Sala no son auténticos, a efectos de casación, los mismos documentos que el juzgador tuvo en cuenta para emitir su fallo, cual en este caso acontece con el testimonio judicial de 8 de agosto de 1962 y el acta notarial de 28 de agosto del mismo año, que son las únicas probanzas invocadas para demostrar la equivocación evidente que se imputa a la Sala sentenciadora.

Considerando que el motivo primero, articulado por la vía del número primero del indicado artículo 1.692, acusa la violación de los artículos 695 y 699 del Código civil, con base en que la voluntad testamentaria queda diluida en tres documentos: el propio testamento, el documento unido al mismo y el acta notarial de igual fecha que el testamento; alegaciones que no tienen otro valor que el de ser criterio del recurrente opuesto al de la Sala de Instancia, el cual ha de prevalecer frente al de aquél de no acreditarse su equivocación o manifiesto error, supuesto este último que aquí no concurre, antes, por el contrario, lo que los tres documentos evidencian es que la voluntad testamentaria está íntegra y exclusivamente contenida en el testamento, y que lo que el causante se propuso con la unión al mismo del testimonio judicial y con la referencia que hace al final del testamento en orden a que «bajo el número siguiente del protocolo figurara un acta referente a éste», fue únicamente facilitar la prueba de la desheredación que establecía, lo cual es intrascendente a efectos de la validez o nulidad del testamento, decayendo, en su consecuencia, el motivo examinado, así como el tercero, cuya prosperabilidad resulta estar subordinada al éxito de los dos anteriores.

Considerando que el cuarto y último motivo se funda en el número segundo del mencionado artículo 1.692, denunciando la violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender el recurrente que la resolución combatida resuelve la cuestión litigiosa de manera distinta a como fue planteada por las partes; motivo que ha de correr igual suerte que los precedentes. Conclusión a la que se llega con sólo considerar que no puede estimarse la incongruencia si no se expresa clara y concretamente cuáles fueron las declaraciones que debieron hacerse en la sentencia, lo que aquí no determina el recurrente; mas si se entendiera que lo que

reprocha a la resolución recurrida es no haber declarado la nulidad absoluta de la institución de heredero y herederos en iguales condiciones y proporción a los tres hijos del causante, entonces habría de estimarse que al socaire de la denuncia de un vicio de incongruencia, lo que en realidad se pretende es que la cuestión de fondo a que se contrae el pedimento B del suplico de la demanda sea resuelta en sentido distinto a como lo hace la Sala sentenciadora, la cual, ateniéndose a los términos en que tal cuestión fue propuesta y debatida, otorga al hoy recurrente menos de lo pedido, porque interpretando el artículo 851 del Código civil, llega a la correcta conclusión de que la desheredación por causa no probada, no anula absolutamente la institución de heredero, sino sólo en cuanto perjudique al desheredado, perjuicio que acertadamente hace consistir en la privación al recurrente de su legítima estricta o corta.

F. C. L.